



HAL
open science

La diversité : étude en droit du travail

Marie Peyronnet

► **To cite this version:**

Marie Peyronnet. La diversité : étude en droit du travail. Droit. Univ. Bordeaux, 2018. Français.
NNT: . tel-02279370

HAL Id: tel-02279370

<https://shs.hal.science/tel-02279370>

Submitted on 5 Sep 2019

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.

THÈSE PRÉSENTÉE
POUR L'OBTENTION DU GRADE DE

**DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX**

ÉCOLE DOCTORALE de DROIT

Par Marie PEYRONNET

La diversité : étude en droit du travail

Sous la direction du Professeur Christophe RADÉ

Soutenue publiquement le 4 décembre 2018

Membres du jury :

M. Patrice ADAM,

Professeur à l'Université de Lorraine, *Rapporteur*

M. Gilles AUZERO,

Professeur à l'Université de Bordeaux

Mme Danièle LOCHAK,

Professeure émérite de l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, *Présidente du jury*

M. Christophe RADÉ,

Professeur à l'Université de Bordeaux, *Directeur de thèse*

Mme Sophie ROBIN-OLIVIER,

Professeure à l'Université Paris I-Panthéon-Sorbonne, *Rapporteur*

L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Elles doivent être considérées comme propres à leur auteur.

*À mes parents, Véronique et Mehdi,
qui m'ont tant donné, tant appris et tant supportée.*

Remerciements

Je tiens, en premier lieu, à exprimer ma profonde gratitude à Monsieur le Professeur Christophe Radé pour la liberté qu'il m'a laissée tout au long de ces années, la célérité avec laquelle il a toujours répondu à chacune de mes sollicitations, et enfin, la patience et le soutien dont il a fait preuve à mon égard.

Mes remerciements vont ensuite aux enseignants-chercheurs et chercheurs, du COMPTRESEC et d'ailleurs, qui ont toujours été de bon conseil et des soutiens précieux dans les moments de doutes. Je pense tout particulièrement à Mesdames Marie Mercat-Bruns, Delphine Tharaud, Laurène Joly et Isabelle Daugareilh ainsi que Messieurs les Professeurs Lucas Bento De Carvalho, Jérôme Porta, Sébastien Tournaux et Gilles Auzero. Ce fut un plaisir de pouvoir échanger avec vous pendant ces années.

Pour leur aide et l'esprit de solidarité dont j'ai bénéficié, je souhaite remercier mes amis doctorants : Prune, Baptiste, Mehdi, Adil, Mai Lien, Hélène, Pauline, Séverin, Clément, Coralie, Rym, Haoussétou, Imad et David.

Je souhaite remercier de tout cœur Véronique Bertile, ma chargée de travaux dirigés de droit administratif en 2^{ème} année, devenue une amie très chère, qui m'a fait comprendre et aimer le droit et sans qui je n'aurais jamais connu le plaisir de la recherche et de l'enseignement. J'espère que tous les aspects de droit constitutionnel que tu as lus dans cette thèse me feront pardonner d'avoir privilégié le droit privé.

Je remercie mes parents de m'avoir soutenue en toutes occasions et depuis toujours. Il est probable que le droit du travail ne m'aurait pas tant parlé si je ne les avais pas vus tant travailler.

Enfin Mehdi, mon ancre et ma bouffée d'air, sans toi ces années n'auraient pas été si agréables. Merci.

Liste des principales abréviations

aff.	affaire
<i>AJ</i>	<i>Actualité jurisprudentielle (du recueil Dalloz)</i>
<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique de droit administratif</i>
al.	alinéa
art.	article
Ass. Plén.	Assemblée plénière
BO	Bulletin officiel
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. crim.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation</i>
c.	contre
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
coll.	collection
Concl.	Conclusions
CPH	Conseil de prud'hommes
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
DC	Déclaration de conformité (Cons. Constit.)
dir.	sous la direction de
<i>Dr. soc.</i>	<i>Droit social</i>
<i>Dr. ouv.</i>	<i>Droit ouvrier</i>
éd.	édition
GAJA	Grands arrêts de la jurisprudence administrative
GADT	Grands arrêts du droit du travail
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
GPEC	Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences

<i>Ibid.</i>	au même endroit
<i>in</i>	dans
<i>infra</i>	ci-dessous
J.-Cl	JurisClasseur
<i>JCP G</i>	<i>Juris-classeur périodique (La semaine juridique), édition Générale</i>
<i>JCP E</i>	<i>Juris-classeur périodique (La semaine juridique), édition Entreprise</i>
<i>JCP S</i>	<i>Juris-classeur périodique (La semaine juridique), édition Sociale</i>
<i>JOAN</i>	<i>Journal officiel débats de l'Assemblée nationale</i>
<i>JOCE</i>	<i>Journal officiel des Communautés européennes</i>
<i>JORF</i>	<i>Journal officiel de la République française</i>
<i>JOUE</i>	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
<i>JSL</i>	<i>Jurisprudence Sociale Lamy</i>
<i>LPA</i>	<i>Les Petites Affiches</i>
obs.	Observations
OIT	Organisation internationale du travail
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONU	Organisation des Nations Unies
<i>Op. cit.</i>	Opere citato, cité précédemment
p.	page
pan.	panorama
<i>RDT</i>	<i>Revue de droit du travail</i>
<i>Rec.</i>	<i>Recueil</i>
<i>Rép. trav.</i>	<i>Répertoire de droit du travail Dalloz</i>
<i>RDSS</i>	<i>Revue de droit sanitaire et sociale</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RJS</i>	<i>Revue de jurisprudence sociale</i>
<i>RRJDP</i>	<i>Revue de la recherche juridique, droit prospectif</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD eur.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
<i>RTDH</i>	<i>Revue trimestrielle des droits de l'homme</i>
<i>S.</i>	<i>Recueil Sirey</i>
somm.	sommaire
<i>SSL</i>	<i>Semaine Sociale Lamy</i>

suppl.	supplément
<i>supra</i>	ci-dessus
t.	tome
TGI	Tribunal de grande instance
v.	voir
vol.	volume

Sommaire

Partie 1 : L'ancrage difficile de la notion de diversité en droit français

Titre 1 : La décomposition de l'universalisme au prisme de la diversité

Chapitre 1 : L'utopie universaliste

Chapitre 2 : La réalité de la diversité

Titre 2 : La recomposition de l'universalisme au prisme de la diversité

Chapitre 1 : Le concept juridique de diversité aux États-Unis

Chapitre 2 : La difficile réception en droit français du concept de diversité

Partie 2 : La mise en œuvre ordonnée de la diversité en droit du travail

Titre 1 : La recherche de diversité

Chapitre 1 : Des composantes de la diversité inégales face à la mesure statistique

Chapitre 2 : Les moyens d'introduction de certaines composantes de la diversité

Titre 2 : La sauvegarde de la diversité

Chapitre 1 : L'obligation pour l'entreprise de s'adapter à la diversité des situations des travailleurs

Chapitre 2 : La gestion égalitaire des libertés individuelles dans l'entreprise

Introduction

« Notre capacité à atteindre l'unité dans la diversité
sera la beauté et le test de notre civilisation »
Gandhi¹.

Définition générale

1. L'entrée « diversité » est absente de la plupart des dictionnaires ou lexiques juridiques, ce qui en dit long sur la place de celle-ci dans le droit positif. Il faudra donc prendre appui sur les définitions et usages communs de la diversité pour en percevoir plus clairement les contours. D'un point de vue étymologique d'abord, le mot diversité vient du latin *diversitas*, dérivé du mot *diversus*, divers, « qui est en sens opposé », « différent de ». En ancien français, ce terme a pris une coloration négative et visait celui qui est « méchant »². Le Petit Robert la définit comme le caractère ou l'état de ce qui est divers et lui donne comme synonymes la multiplicité, la pluralité ou encore la variété³. Ce qui peut distinguer ces derniers termes de celui de diversité est la référence, qui est généralement faite avec ce dernier, à un ensemble fini : la « biodiversité » par exemple est la « diversité » d'un écosystème déterminé. Un détour par les sciences du vivant est éclairant car, outre l'importance du sujet et de la nécessité de protéger un élément essentiel de la survie des espèces, y compris la nôtre, elles mettent surtout en évidence que l'étude de la « diversité » consiste à répertorier les différents individus se trouvant dans un milieu en particulier. L'évolution de la diversité, la comparaison entre ce qu'elle était et ce qu'elle devient, est un indicateur de la bonne santé – ou non – d'un écosystème. La disparition de certaines espèces et les déséquilibres qui en découlent font l'objet d'une mesure constante et inquiètent. Des efforts – plus ou moins grands selon les conséquences environnementales qui en résultent et l'intérêt porté aux espèces en voie de disparition – sont consentis pour protéger la biodiversité. Ces mesures visent à la fois à réduire les causes de la disparition des espèces, généralement clairement identifiées (pollution

¹ GANDHI, « Kathiawad conference address », 8 jan. 1925, in *Young India* « 1924-1926 », S. Ganesan, Triplicane, Madras, 1927, p.464.

² Oscar BLOCH et Walther von WARTBURG (dir.), *Dictionnaire étymologique de la langue française*, 3. éd, coll. Quadrige Dicos poche, Paris, PUF, 2008.

³ Le Petit Robert de la langue française, 2017.

des eaux, gaz à effet de serre, plastiques, etc.), et à réintroduire celles qui peuvent encore l'être pour que le milieu retrouve un équilibre.

2. Cette double dynamique de protection de la diversité du milieu, d'une part, et de réintroduction de composantes disparues de la diversité d'autre part, est étonnamment assez similaire à ce qui se fait – ou du moins pourrait être fait – en matière de respect de la diversité humaine. Tous les êtres humains appartenant à la même espèce, la diversité d'une société humaine se traduit différemment. Dans un tel contexte, la diversité peut être appréhendée de manière globale, comme toutes les différences existantes entre les individus, ou bien de manière spécifique, en visant la diversité interne à chaque élément de différenciation. On parlera alors plus précisément de la diversité culturelle, de la diversité religieuse ou encore de la diversité « ethnique » d'une société. La diversité est dite externe lorsque l'on observe la composition d'une société et interne⁴ lorsque l'on observe l'ensemble des caractéristiques d'un individu. C'est la combinaison de l'ensemble des caractéristiques internes qui permet de saisir une personne en tant qu'individu et c'est l'agrégat de l'ensemble de ces individus qui fait la diversité de la société à laquelle ils appartiennent.

Précisions terminologiques

3. Avant d'aller plus loin, il est important de préciser que chaque fois qu'il sera question d'une diversité spécifique, c'est-à-dire que l'on s'intéressera aux conséquences d'une caractéristique en particulier sur la situation des différents groupes pouvant être distingués sur la base de cette caractéristique, se poseront des questions terminologiques délicates qu'il convient d'aborder dès à présent. Dans une société traditionnellement « aveugle aux différences »⁵, nommer les différentes variations de la diversité ne manquera pas de heurter les sensibilités. Si l'on peine parfois à nommer ce sur quoi nous sommes différents : la « race » ? l'« ethnique » ? l'« origine » ?, il est encore plus difficile de décrire ces variations et de les nommer : blanc ? caucasien ? origine européenne ? Pour définir et identifier les victimes et les bénéficiaires des discriminations, il faut faire des choix d'ordre terminologique, et bien évidemment, de tels choix ne sont pas neutres, ni même adéquats en toutes circonstances. Sur la question de la « race » ou des origines, il serait absurde, alors que

⁴ « J'étais grisé par la diversité de ma vie, qui commençait à m'apparaître, et par ma propre diversité » : André GIDE, *Si le grain ne meurt*, 1926.

⁵ Danièle LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, coll. Les voies du droit, Paris, Presses universitaires de France, 2010, p. 11.

le Constituant entreprend⁶ de supprimer l'occurrence du mot « race » dans l'article premier de la Constitution⁷, d'essayer de décrire cette catégorie qui n'a de réalité que dans les esprits étroits. L'origine géographique serait une base plus objective, d'autant qu'elle est inscrite dans notre état civil ou celui de nos ascendants. Cependant, le renvoi de citoyens français à leurs origines étrangères, sauf employé dans un contexte historique pour décrire des vagues d'immigration et leur intégration à la société française, alimente la dichotomie entre les « Français de souche » et les autres. Il entretient l'idée qu'ils viennent d'ailleurs et pourraient donc « rentrer chez eux », qu'il existerait des citoyens de second rang⁸, ce qui est contraire au principe d'égalité mais continue malheureusement de faire débat⁹. De plus, cela reviendrait à assigner une identité aux individus, parfois très approximative (origine « africaine ») ou distendue (en cas d'assignation d'une personne antillaise ou réunionnaise à la catégorie « origine africaine » du fait de ses traits et sa couleur de peau). Or, si une auto-assignation ou un « ressenti d'appartenance » n'est pas problématique¹⁰, l'assignation d'une identité à un collectif ou à un tiers peut l'être du fait de l'extériorité de celui ou celle qui effectue cette assignation. Ainsi, si les ressorts des discriminations qui affectent certaines catégories de personne sont les mêmes, il conviendra d'éviter de les regrouper sous une catégorie relevant d'un stéréotype. Les juges également peinent à identifier les contours de cette « catégorie juridique »¹¹. Ils ont donc « opté pour une définition par analogie, dressant ainsi des contours juridiques de la "race", en la rapprochant de l'origine¹², de la communauté¹³, de la nation¹⁴ et

⁶ Le mot restera cependant dans l'[alinéa premier du Préambule de la Constitution de 1946](#), il ne s'agit donc pas d'une disparition totale.

⁷ [Amendement n°199 adopté définitivement le 3 juillet 2018 par l'Assemblée nationale et V. les débats à la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République du mercredi 27 juin 2018.](#)

⁸ CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport annuel 2018 « La citoyenneté - Être citoyen aujourd'hui »*, n°69, coll. Les Études du Conseil D'État, La documentation française, 2018.

⁹ V. Claire ZALC, « La déchéance de nationalité. Éléments d'histoire d'une révision constitutionnelle ratée », vol.166, n°3, *Pouvoirs*, 2018, pp. 41-57, DOI : 10.3917/pouv.166.0041 ; Cons. Constit., Décision n° 2014-439 QPC du 23 janvier 2015 M. Ahmed S. [Déchéance de nationalité], *D.*, 2015, p. 208, et p. 2465, obs. M.-H. Gozzi ; *AJDA*, 2015, p. 134, et 1000, note B. Pauvert ; *AJ pénal*, 2015, p. 201, obs. C. Chassang ; *Constitutions*, 2015, p. 253, chron. O. Le Bot ; *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 115, note P. Lagarde.

¹⁰ Simone VEIL et COMITÉ DE RÉFLEXION SUR LE PRÉAMBULE DE LA CONSTITUTION, *Redécouvrir le Préambule de la Constitution - Rapport au Président de la République*, coll. Collection des rapports officiels, La Documentation française, 2008, p. 60.

¹¹ Danièle LOCHAK, *La race : une catégorie juridique ?*, *Mots n°33*, Sans distinction de... race, 27 mars 1992 ; Christophe WILLMANN, « Définir la « race » et l'ethnie, préalable à la lutte contre le racisme en entreprise », *Dr. soc.*, 2007, p. 936.

¹² *Cass., Crim.* 24 nov. 2009, n° 09-80.841, *Publié au bulletin* : « origine maghrébine » : *AJ pénal*, 2010, p. 81 ; *Dr. pénal*, 2010, n° 34, obs. Véron ; *ibid.* Chron. 5, obs. Mouysset ; *Procédures*, 2010, n°136, obs. Buisson ; *Cass., Soc.* 18 janv. 2012, n° 10-16.926, *Publié au bulletin* : où l'on constate que la cour d'appel qualifie une « discrimination raciale » à l'encontre d'une salariée d'« origine maghrébine » en comparant sa situation à celle d'une salariée d'« origine asiatique » et une salariée d'« origine française » : *Daloz actualité*, 26 janv. 2012, obs. Siro ; *RJS*, 5/2012, n° 406.

de la confession¹⁵. Ces termes, qui englobent d'autres réalités, comportent néanmoins leurs propres difficultés sémantiques »¹⁶. On privilégiera donc, pour cette étude, une approche plus descriptive du phénotype des individus : personnes noires, blanches ou, si l'on vise le groupe, ce sera en usant de majuscule : Noirs, Blancs... En effet, comme le fait très justement remarquer le Défenseur des droits, « les discriminations directes liées à l'origine réelle ou supposée sont généralement fondées sur les caractéristiques apparentes d'une personne. Il est donc pertinent de s'intéresser à la manière dont les personnes pensent être vues par les autres plutôt que de leur demander à quelle(s) origine(s) elles s'identifient »¹⁷. Cependant, parfois la description physique est exagérée et négativement connotée (« jaune », « bridés »), on se rabattra alors sur l'origine géographique faute de mieux en parlant de « type asiatique », de « type arabe ou maghrébin »¹⁸. Pour les fois où il faudra faire apparaître une dichotomie entre un groupe « majoritaire » ou « dominant » et des groupes « minoritaires » (en termes de facilité d'accès aux droits), on bannira l'expression « personne de couleur » ou celle de « personnes issues de la diversité ». Cette dernière expression, systématiquement utilisée à chaque nomination d'une personne non blanche¹⁹, est détestable à plusieurs égards. Tout d'abord, elle n'est utilisée que pour qualifier une personne issue d'une minorité, excluant dès lors ceux qui font partie de la « majorité ». Cela laisse supposer qu'il y aurait la « diversité » d'un côté et « l'identité » de l'autre ou qu'il existerait une « présomption d'une "unité de la différence" »²⁰. Ensuite, le fait de parler d'une personne « issue » de la diversité laisse entendre qu'elle en a été extraite pour lui permettre d'accéder à un autre ensemble. La combinaison des deux mots qui composent cette expression lui donne un arrière-goût

¹³ Cass., Ass. Plén., 16 fév. 2007, n° 06-81.785, *Publié au bulletin* : D., 2007, AJ, p. 665 ; *ibid.*, p. 1822, obs. Ménotti ; *AJ pénal*, 2007, p. 182, obs. Royer ; *JCP*, 2007, II. 10047, note Derieux ; *Dr. pénal*, 2007, p. 50, obs. Véron ; *ibid.* Chron. 1, obs. Mouysset ; *Gaz. Pal.*, n°1, 2007, p. 478 ; *ibid.* n°2, p. 3283, note Guerder. Les juges font ici référence à la « communauté juive en tant que communauté humaine » et caractérise une « injure visant un groupe de personnes en raison de son origine ».

¹⁴ Cass., Crim. 22 mai 2012, n° 10-88.315 : D., 2012, Actu., p. 1405 ; RSC, 2012, p. 610, obs. Francillon ; *AJ pénal*, 2012, p. 592, obs. Poissonnier et Dubuisson : « origine nationale » « appartenance à une nation » « discrimination nationale » dans une affaire où une commerçante avait apposé des autocollants sur des produits d'un fournisseur venant d'Israël.

¹⁵ Cass., Crim. 16 oct. 2012, n° 11-82.866, *publié au bulletin* : « les personnes d'origine ou de confession juive ».

¹⁶ Sophie ROSSIGNOL, « Race » in *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination* (dir. Delphine THARAUD et Caroline BOYER-CAPELLE), L'Harmattan, à paraître.

¹⁷ *11e Baromètre de la perception des discriminations dans l'emploi*, coll. Études et résultats, Défenseur des Droits et OIT, 2018, p. 3.

¹⁸ Le Défenseur des droits et l'OIT retiennent une méthodologie similaire dans le note 17. : « Les sujets répondants avaient la possibilité de ne pas se prononcer. Les personnes perçues comme étant noires, arabes, métisses ou asiatiques seront pour les besoins de l'étude regroupées sous l'appellation « personnes perçues comme non-blanches ».

¹⁹ C'est sous cette étiquette que Rachida Dati, Rama Yade, Najat Vallaud-Belkacem ou encore plus récemment Myriam El Khomri ont été présentées en politique.

²⁰ Gloria LADSON-BILLINGS, William F. TATE IV, « Pour une Critical Race Theory » in Hourya BENTOUHAMI et Mathias MÖSCHEL, *Critical race theory: une introduction aux grands textes fondateurs*, 2017, p. 460.

d'ethnocentrisme assez dérangeant : comme si le groupe majoritaire acceptait la présence d'éléments issus de la diversité en son sein, mais refusait d'être assimilé à une simple composante de cette dernière et par conséquent un égal. C'est pourquoi on usera en définitive de l'expression de personnes « perçues comme non-blanches », très employée par le Défenseur des droits, ou celle plus récente de personnes « racisées »²¹ pour faire référence à ces groupes minoritaires. Cette dernière expression peut irriter au premier abord car elle réemploie la racine du mot race, mais c'est, à bien y regarder, une approche assez fine et surtout conjoncturelle car la personne n'est racisée que du fait de l'existence du racisme, si ce dernier disparaît le terme de « racisé » disparaît également. On remarquera tout de même que cela a pour conséquence de rendre homogène la catégorie des Blancs alors même qu'au sein de cette catégorie il existe des groupes discriminés (Roms, Juifs) ou qui ont été discriminés (Italiens, Polonais, etc.)²². Les citations d'auteurs ou de décisions respecteront en revanche les éléments de langage utilisés dans l'affaire ou par l'auteur.

4. Concernant les autres différences pouvant être nommées et faisant l'objet de discriminations, elles semblent poser moins de difficultés. Pour le sexe, la distinction femme/homme n'a, pour l'heure, pas encore été bouleversée par une reconnaissance juridique des catégories « intersexe », sexe « neutre » ou « indéterminé »²³, même si certains pays, comme l'Allemagne, sont en train de franchir le pas²⁴. Pour l'orientation sexuelle, il sera fait référence aux hétérosexuels, bisexuels ou homosexuels et, pour cette dernière catégorie, on pourra ponctuellement faire référence aux « gays » et « lesbiennes » lorsqu'il sera nécessaire, notamment dans le cadre d'une approche intersectionnelle, de distinguer selon le sexe. Ces termes correspondent aux appellations couramment retenues dans la communauté LGBT+²⁵.

²¹ Françoise VERGÈS, *Le ventre des femmes : capitalisme, racialisation, féminisme*, coll. Collection « Bibliothèque Albin Michel idées », Paris, Albin Michel, 2017.

²² Le groupe blanc est une construction historiquement située servant de base aux théories racistes justifiant l'esclavage et le colonialisme (V. Alain RUSCIO, « 8. Blanc, couleur de l'empire », dans *De quelle couleur sont les blancs ?*, coll. Cahiers libres, Paris, La Découverte, 2013, p. 88-97). Cette construction répond donc à des enjeux politiques et économiques, notamment celui d'instaurer une distinction de nature, infranchissable, entre les colons et les colonisés remplaçant l'ancienne distinction maître/esclave (V. Frédéric RÉGENT, « 6. La fabrication des Blancs dans les colonies françaises », dans *De quelle couleur sont les blancs ?*, coll. Cahiers libres, Paris, La Découverte, 2013, p. 65-75). La blancheur de la peau est érigée en critère de beauté, de pureté. Ce qui a des conséquences dramatiques sur l'estime de soi et la santé des personnes noires, notamment des femmes qui pour coller aux canons de beauté en viennent à se blanchir la peau. (V. Pap N'DIAYE, « 2. Questions de couleur. Histoire, idéologie et pratiques du colorisme », dans *De la question sociale à la question raciale ?*, coll. Cahiers libres, Paris, La Découverte, 2006, p. 37-54).

²³ Une telle modification de l'état civil a été refusée par Cass., 1^{ère} civ., 4 mai 2017, n°16-17.189, FS-P+B+R+I.

²⁴ Le gouvernement allemand a déposé un projet de loi visant à faire apparaître la mention « divers » à côté de « masculin » et « féminin » dans les futurs actes de naissance.

²⁵ Initiales signifiant Lesbienne, Gay, Bisexuel, Trans (tout court pour englober transsexuel et transgenre), et le « + » renvoi aux catégories plus récentes de Queer, Intersexe, Asexuel...

5. Selon les contextes, une ou plusieurs caractéristiques peuvent isoler l'individu, dans le sens où l'une de ses caractéristiques, ou la combinaison de plusieurs d'entre elles, sera différente du reste d'un collectif et pourra conduire à l'isolement et parfois l'exclusion de cette personne. Si la même exclusion se constate pour toutes les personnes porteuses de la même caractéristique, dans différents contextes, alors elle a une dimension systémique. C'est pour mettre en évidence ces mécanismes systémiques, et surtout le besoin d'y remédier, que le terme « diversité » est employé, voire valorisé. La prise en compte de la diversité peut se faire de deux façons, par la prise en compte de la différence de situation dans laquelle se trouvent les personnes, les mesures adoptées seront alors de nature *différencialiste*, ou bien, par la prise en compte de la différence de la personne, la mesure pourra alors être de nature *différentialiste*. La nuance est ténue, mais l'on fera usage du mot avec un *t* chaque fois que l'on perçoit dans la mesure utilisée une vision essentialisée des personnes et un risque d'entretenir un stéréotype²⁶.

6. Enfin, puisque la langue est un bon outil de déconstruction des stéréotypes, l'intégralité de ce travail a été rédigée en appliquant la règle de proximité. Il n'y aura donc pas, dans les prochaines pages, de « masculin qui l'emporte sur le féminin » et les accords en genre seront faits avec le nom le plus proche qu'ils qualifient. Ainsi, « les droits et libertés fondamentaux » deviendront « les droits et libertés fondamentales » et les « accords et conventions collectifs » deviendront les « accords et conventions collectives ». La recherche d'universalité, par l'inclusion de la diversité dans la norme universelle, s'appliquera pour ce qui nous concerne aux règles grammaticales.

Apparition de la question de la diversité en France

7. L'utilisation du vocable « diversité » est apparue dans le débat public français au milieu des années 1990 alors que la professionnalisation de l'armée française était en préparation²⁷. En 1995, un rapport d'information sénatorial actant les difficultés croissantes

²⁶ L'orthographe retenue permet de distinguer l'idéologie « différentialiste » à connotation naturaliste ou essentialiste et le différencialisme qui « ne renvoie à aucun courant de pensée ou doctrine, mais suppose la simple prise en considération des différences de fait ». V. Olivia BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, coll. Corpus Essais, Paris, Economica, 2004, p. 5.

²⁷ La fin du service militaire a été annoncée le 22 février 1996 par Jacques Chirac, et effective à compter de la [loi n° 97-1019 du 28 octobre 1997 portant réforme du service national](#).

rencontrées au sein de l'armée de terre dans le cadre de la conscription universelle, proposait comme solution « l'élargissement du recrutement des engagés aux communautés issues de l'immigration »²⁸. Cette évolution, inspirée par les pratiques de l'armée américaine²⁹, présentait également « l'avantage [...] d'accroître la représentativité de l'armée professionnelle, dont d'aucuns craignent qu'elle ne mette un terme au lien armée-Nation. Les capacités intégratrices de l'armée de métier pourraient également, dans cette perspective, contribuer à atténuer la fracture sociale dont souffre la France ». En effet, le service militaire étant auparavant obligatoire pour toute une classe d'âge, il avait en partie une « fonction (historiquement avérée, mais largement épuisée) de "creuset républicain" et de lieu de brassage entre les groupes sociaux »³⁰. Or, en 1988, le colonel Yves Biville faisait état d'importants problèmes d'intégration des jeunes français d'origine maghrébine (taux anormalement élevé de dispenses accordées par l'autorité militaire, mais aussi de désertions ou de refus d'obéissance)³¹ rendant le maintien de la conscription universelle très compliqué. Ce constat très palpable au sein de l'armée a également été fait plus tard dans d'autres corps de la fonction publique, notamment au sein de la police nationale. Des meurtres racistes perpétrés par certains membres des forces de l'ordre au début des années 1980 ont conduit, en 1983, à la suite d'une nouvelle bavure, à la première marche de protestation non violente en France³², sur le modèle de celles organisées par Martin Luther King aux États-Unis et Gandhi en Inde. Pendant plusieurs mois la « Marche pour l'égalité et contre le racisme » aussi appelée « Marche des Beurs » rend visible et audible une partie de la population issue de l'immigration qui réclame la réalisation concrète de la devise française : « Liberté, Égalité, Fraternité ». Certains responsables politiques ont donc été convaincus que le renouvellement démographique de la population rend nécessaire pour des institutions comme la fonction publique, la police ou l'armée³³ de refléter davantage « l'image de la population »³⁴ comme

²⁸ *L'avenir du service national*, rapport d'information de Serge VINÇON, fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées, n° 349 (1995-1996), 9 mai 1996.

²⁹ *Id.* citant François HEISBOURG, *Les volontaires de l'an 2000*, 1995 : « l'exemple américain, avec ses contrats engagement-formation et de préparation aux diplômes d'études supérieures, illustre ce qui peut être fait en la matière en faveur des populations les moins privilégiées : noirs, hispaniques, personnes à bas revenus. L'armée américaine est devenu un mécanisme d'intégration particulièrement efficace ».

³⁰ Gwénaële CALVÈS, « "Refléter la diversité de la population française" : naissance et développement d'un objectif flou », *Revue internationale des sciences sociales*, 2005, n° 183, pp. 177-186.

³¹ V. à propos du rapport de Yves BIVILLE, *Armées et population à problèmes d'intégration : le cas des jeunes Français d'origine maghrébine*, Compiègne, Centre d'études sur la sélection du personnel de l'armée de terre (CESPAT), 1990.

³² Michel PIGENET et Danielle TARTAKOWSKY, « Les marches en France aux XIXe et XXe siècles : récurrence et métamorphose d'une démonstration collective », n° 202-1, *Mouv. Soc.*, 2003, pp. 69-94.

³³ Une volonté se traduisant par des campagnes parfois un peu stéréotypées : *un homme noir qui a « soif d'aventure pour ceux qui ont faim de liberté »*, une femme accompagnée d'un magnifique slogan « Dans l'armée

cela avait pu être fait en Angleterre (police communautaire) ou aux États-Unis (théorie de la bureaucratie représentative). En France, cette tendance s'est traduite, par exemple, entre 1998 et 2003, par la création de la police de proximité. Face aux difficultés grandissantes rencontrées par la police dans certains quartiers pour communiquer avec les riverains, l'idée a germé que si les effectifs de police « ressemblaient » un peu plus à la population qu'ils devaient encadrer, ils pourraient mieux « désamorcer les accusations de racisme ou de "discrimination institutionnelle", mais aussi réduire la distance sociale entre les policiers et la population »³⁵.

8. L'utilisation même du terme « diversité » connaît alors un succès inédit : « l'étude de la presse quotidienne nationale [...] pour la période 1997-2007 indique [...] des occurrences significatives en 1996, à la suite de la publication du rapport du Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité* (1996). La notion est toutefois peu reprise à l'époque et ses usages dans la presse renvoient essentiellement à la rubrique internationale, servant à caractériser la situation américaine ou britannique. C'est à partir des années 2000 que le terme "diversité" commence à faire sens dans le contexte français, rapportée d'abord à la question de la représentation des minorités dans les médias »³⁶, elle devient une « valeur idéologique et programmatique lorsqu'en 2002 Jacques Chirac y fait référence au deuxième tour des élections présidentielles qui l'opposent au candidat du Front National, Jean-Marie Le Pen »³⁷. Après son élection, le Président continuera à convoquer la « diversité » dans certains de ses discours en appui aux notions d'égalité des chances, de pacte républicain et de justice³⁸.

9. Sept années seulement après l'irruption positive de la diversité dans l'espace public avec une équipe « Black, Blanc, Beur » championne du monde composée alors des derniers

un gommage ... c'est du camouflage » ou encore un homme blanc qui veut « repousser [ses] limites au-delà des frontières ».

³⁴ G. CALVÈS, préc., note 30, p. 181.

³⁵ *Id.*, p. 180.

³⁶ Milena DOYTCHÉVA, « Usages français de la notion de diversité : permanence et actualité d'un débat », *Sociologie*, vol. 1, 2010, pp. 423-438.

³⁷ *Id.*

³⁸ Jacques CHIRAC, *Discours sur la laïcité*, Palais de l'Élysée, le 17 décembre 2003, retranscrit sur le site internet du journal *Le Monde* : « Sursaut des consciences, pour redécouvrir avec fierté l'originalité et la grandeur de notre culture et de notre modèle français. Sursaut de l'action, pour inscrire au cœur de notre pacte républicain l'égalité des chances et des droits, l'intégration de tous dans le respect des différences. Sursaut collectif, pour qu'ensemble, fort de cette diversité qui fait notre richesse nous portions notre volonté, notre engagement, notre désir de vivre ensemble vers un avenir de confiance, de justice et de progrès ».

descendants d'immigrés³⁹, la dure réalité du traitement réservé à cette diversité issue des quartiers populaires et de l'immigration, est sur toutes les chaînes de télévision. En novembre 2005, la crise qui secoue les banlieues françaises est un électrochoc pour beaucoup de politiciens, médias, entreprises ou simples citoyens. On découvre qu'une partie de la population se trouve ostracisée dans des banlieues peu ou pas desservies par les transports publics et où le taux de chômage est alarmant⁴⁰. Ainsi, l'accès à l'emploi, aux services publics et au logement ne sont pas garantis à tous de la même manière en France. Le principe d'égalité pourtant clairement affirmé ne suffit pas à donner les mêmes chances à tous. La « diversité » devient l'étendard de cette prise de conscience, mêlée cette fois-ci au concept d'égalité des chances et de « discriminations positives » (vocabulaire qui n'a pas aidé à faire admettre la nécessité de recourir temporairement à un traitement différencié).

10. À la suite de la crise des banlieues en 2005, les différents médias ont tenté de refléter davantage la diversité de la population française. Cela s'est traduit par une meilleure visibilité de certains journalistes (la titularisation d'Audrey Pulvar dès septembre 2005 au journal de France 3, le passage d'Harry Roselmack d'i-télé au journal télévisé de 20h de TF1 en 2006) et la création d'espace de paroles dans les médias pour les jeunes de banlieues (comme le *Bondy Blog* aujourd'hui partenaire du journal *Libération*⁴¹ ou encore le *Jamel Comedy Club* diffusé pour la première fois par Canal+ en juillet 2006). Ces initiatives dans l'audiovisuel ont essaimé dans le reste du monde professionnel, à commencer par les grands groupes. La diversité est alors présentée et promue comme un « atout » pour l'image, l'inventivité, la productivité et l'attractivité des entreprises. La diversité devient très vite un enjeu de gestion pour les entreprises car elle demande des efforts positifs pour changer les pratiques de recrutement, pour modifier la perception de certaines catégories de personnes, pour rendre l'entreprise plus inclusive. Afin d'accompagner les entreprises dans cet effort d'ouverture,

³⁹ En 1998, ce sont les jeunes des quartiers défavorisés qui font la fierté de la France : Thierry Henry (Quartier des Ulysses), Patrick Viera (Dreux), Zinedine Zidane (Castellane), Lilian Thuram (Fougère), Christophe Dugary (Lormont). En 1976, c'était les joueurs de l'équipe de Saint-Etienne qui, malgré une défaite en finale de la Coupe d'Europe, avaient suscité un immense engouement national : Christian Lopez (pieds noirs), Jacques Santini (d'origine italienne), Georges Bereta (d'origine polonaise)...

⁴⁰ L'INSEE faisait à l'époque état de « taux de chômage considérables pour les 15-24 ans : 41,1 % dans le quartier de la Grande-Borne, à Grigny (contre 27,1 % pour la commune) ; 54,4 % à la Reynerie et Bellefontaine, à Toulouse (28,6 %) ; 31,7 % à l'Ousse-de-Bois, à Pau (17 %) ; 37,1 % dans le grand ensemble de Clichy-sous-Bois - Montfermeil (31,1 %) ; 42,1 % pour Bellevue, à Nantes - Saint-Herblain (28,6 %) » : Laurent BONELLI, « Les raisons d'une colère », *Le Monde diplomatique*, déc. 2005, pp.1, 22 et 23 ; FITOUSSI Jean-Paul, LAURENT Eloi, MAURICE Joël, *Ségrégation urbaine et intégration sociale, Rapport du Conseil d'analyse économique, La documentation française, fév. 2004, 327p.*

⁴¹ Le Bondy Blog a été créé en novembre 2005 pendant la crise des banlieues par le magazine suisse *L'Hebdo*. V. l'histoire du Bondy Blog sur [son site internet](#).

l'idée d'une Charte de la diversité est lancée dans un rapport de 2004 de l'Institut Montaigne⁴² et proposée à la signature dès le 22 octobre 2004. Quatre ans plus tard, un label « diversité » est créé par les pouvoirs publics⁴³. L'engouement suscité par ces certifications et badges de bonnes pratiques s'explique par un besoin réel d'encadrement et de sécurité juridique pour les entreprises souhaitant mettre en œuvre des mesures positives. Ce besoin se fera d'autant plus grand, quelques années plus tard, suite à l'intégration de la définition de la discrimination indirecte dans le droit positif par la loi du 27 mai 2008⁴⁴. Si l'interdiction des discriminations directes fut rapidement intégrée par les recruteurs, l'interdiction des discriminations indirectes leur pose encore de nombreuses difficultés. La discrimination indirecte a d'abord été mobilisée pour lever les obstacles entravant les carrières des syndicats. Démontrée par la preuve statistique (méthode Clerc⁴⁵) et la reconstitution de carrière, elle a très vite été utilisée par les femmes pour démontrer l'absence d'évolution de carrière après une grossesse. Ce n'était qu'une question de temps avant que d'autres catégories n'usent de la preuve statistique pour obtenir réparation. En 2018, la condamnation de la SNCF à payer 180 millions d'euros à ses cheminots de nationalité étrangère apporte la démonstration que le contentieux des discriminations ne doit pas être aujourd'hui pris à la légère et constitue un risque juridique majeur pour les entreprises, à condition néanmoins que les victimes de discrimination osent la voie judiciaire⁴⁶.

11. La réaction politique la plus marquante face à cette question des inégalités a sans nul doute été la création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) en 2004⁴⁷. Cette autorité administrative indépendante a réussi le tour de force de rendre visible la lutte contre les discriminations et d'engendrer une augmentation très importante des recours fondés sur la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les

⁴² Yazid SABEG et Laurence MEHAIHNER, *Les oubliés de l'égalité des chances*, Institut Montaigne, 2004.

⁴³ Décret n° 2008-1344 du 17 décembre 2008 relatif à la création d'un label en matière de promotion de la diversité et de prévention des discriminations dans le cadre de la gestion des ressources humaines et à la mise en place d'une commission de labellisation, *JORF* n°0295 du 19 décembre 2008 page 19456 texte n° 27.

⁴⁴ 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* du 28 mai 2008, p. 8801. Il est à noter que le terme de discrimination indirecte avait cependant été introduit dès la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, mais sans qu'il ne soit défini par le législateur français.

⁴⁵ Chappe, Vincent-Arnaud, « La preuve par la comparaison : méthode des panels et droit de la non-discrimination », *Sociologies pratiques*, vol. 23, n° 2, 2011, pp. 45-55.

⁴⁶ Retour d'expérience de l'avocate Emmanuelle BOUSSARD-VERRECCHIA à l'occasion de son intervention intitulée « De l'écoute de la personne à la qualification des faits et à la stratégie judiciaire », à l'occasion du colloque organisé par le Défenseur des droits les 18 et 19 janvier 2018 à Paris : « Multiplication des critères de discrimination : enjeux, effets et perspectives ».

⁴⁷ 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 du 31 décembre 2004.

discriminations⁴⁸. En effet, entre 2005 et 2010, le nombre de réclamations enregistrées par la HALDE n'a cessé de croître, passant de 1 410 à 12 467 sur cette période⁴⁹. La loi du 16 novembre 2001, qui transpose 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](#), peinait à convaincre les victimes de discrimination de porter plainte et la HALDE a considérablement aidé sur ce plan, tant par l'information sur toutes les formes de discriminations que par l'assistance qu'elle fournit aux victimes. L'intégration des missions de la HALDE au sein du Défenseur des droits en 2011⁵⁰ a suscité quelques inquiétudes tant la HALDE était devenue une actrice majeure et omniprésente de la lutte contre les discriminations⁵¹. Ces craintes étaient justifiées et parfaitement logiques. Les missions du Défenseur des droits étant beaucoup plus larges que celles de la HALDE⁵², les questions de discriminations se sont bien souvent retrouvées être l'accessoire d'une réclamation entrant dans un autre champ de compétence du Défenseur des droits. En 2017, le nombre de réclamations reçues par le DDD reste encore plus de deux fois moins important que celles reçues par la HALDE lors de sa dernière année d'exercice en 2010⁵³. Cependant, le travail remarquable réalisé par Jacques Toubon depuis sa prise de fonction en juillet 2014 et la visibilité grandissante de cette autorité sur les questions de discrimination sont encourageantes.

12. Il a fallu quelques années pour que le concept de « diversité » soit appréhendé par la HALDE. En 2008, cette dernière considérait que « la diversité résulte de l'absence de discrimination et de la mise en œuvre d'une politique d'égalité effective : elle est un indicateur de résultat »⁵⁴. Son approche de la diversité a été affinée l'année suivante dans le cadre du bilan de la politique de gestion des ressources humaines menée par les sociétés nationales de programme afin de lutter contre les discriminations et de mieux refléter la diversité de la société française. La HALDE relève à cette occasion que « le souhait du

⁴⁸ [Loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations](#), *JORF* n°267 du 17 novembre 2001 page 18311.

⁴⁹ V. [MOLINIÉ Éric, Rapport annuel d'activité 2010, Halde, avril 2011.](#)

⁵⁰ Le Défenseur des droits est une autorité constitutionnelle indépendante, créée par [la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008](#) et instituée par la [loi organique du 29 mars 2011](#).

⁵¹ La première année d'exercice du Défenseur des droits, le nombre de réclamations reçues en matière de discrimination a diminué de 34.4% selon le rapport annuel du Défenseur des droits de l'année 2011 (8 183) par rapport aux réclamations reçues par la HALDE en 2010 (12 467).

⁵² Outre la lutte contre les discriminations, le Défenseur des droits s'est vu confier les relations avec les services publics, la défense des droits de l'enfant et les relations avec les professionnels de la sécurité.

⁵³ Selon le [rapport annuel d'activité 2017 du Défenseur des droits](#), l'institution a reçu 5 407 réclamations en matière de discrimination (p. 10) contre 12 467 pour la dernière année d'exercice de la HALDE.

⁵⁴ Délibération de la HALDE n°2008-113 du 2 juin 2008.

législateur de donner [aux sociétés nationales de programme de l'audiovisuel public], au-delà du rappel de [l'interdiction de discriminer], l'objectif plus ambitieux (qui n'est fixé par la loi à aucun autre employeur public ou privé) de "mieux refléter la diversité de la société française"⁵⁵, signale la reconnaissance de la nécessité de leur caractère exemplaire, à la fois par leur rayonnement dû à la nature même de leur activité de communication et de diffusion, et par leur responsabilité sociale particulière au sein du secteur audiovisuel du fait de leur mission de service public ». Néanmoins, dans ce même rapport, la HALDE estime que « viser un reflet "représentatif" quantifiable de la réalité de la société française n'apparaît pas comme un objectif opérationnel en matière de gestion des ressources humaines »⁵⁶. En outre, elle juge qu'une « cartographie générale de la diversité, pour autant qu'elle soit possible, n'est en réalité pas nécessaire dès lors que l'on n'entend pas l'objectif de "mieux refléter la diversité de la société française" comme supposant de chercher à assurer, à l'échelle d'une entreprise par exemple, une représentativité conforme au modèle global de notre corps social en fonction des groupes ou catégories de personnes qui le composent »⁵⁷. À l'inverse, elle estime qu'une « approche plus pragmatique consiste à considérer la diversité comme une finalité vers laquelle tendre ("mieux" refléter), en s'appuyant sur les moyens à disposition, seuls à la fois efficaces et respectueux du droit, que sont la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité »⁵⁸.

13. Malgré un engouement certain d'acteurs publics, comme privés, pour la « promotion de la diversité », cette notion n'a pas fait l'objet d'une consécration juridique. Une réflexion sur le sujet a été confiée en 2008 à Simone Veil et un groupe de réflexion par le Président de la République, Nicolas Sarkozy, afin de répondre, entre autres choses, à la question suivante : « Faut-il rendre possible de nouvelles politiques d'intégration valorisant davantage la diversité de la société française pour favoriser le respect effectif du principe d'égalité ? »⁵⁹. Le rapport, remis en 2008, considéra qu'il était inopportun de constitutionnaliser la notion de diversité⁶⁰. Ce revers explique en partie le vide juridique dans lequel cette notion est restée. Dès le début de sa réflexion sur le sujet, le comité explique avoir « rapidement dégagé un consensus en son

⁵⁵ Article 6 de la loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision.

⁵⁶ HALDE, Bilan de la politique de gestion des ressources humaines menée par les sociétés nationales de programme afin de lutter contre les discriminations et de mieux refléter la diversité de la société française, Décembre 2009, p.6.

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ *Ibid* p.7

⁵⁹ S. VEIL et COMITÉ DE RÉFLEXION SUR LE PRÉAMBULE DE LA CONSTITUTION, préc., note 10, p. 52.

⁶⁰ *Id.*

sein pour refuser la promotion de la diversité entendue comme permettant des différenciations directement fondées sur la race, les origines ou la religion »⁶¹, tout en relevant l'importance de mesurer de manière plus directe ces inégalités, ce qui selon ce rapport n'est nullement entravé par la Constitution⁶². En définitive, le Comité Veil conclut que l'intégration de la notion de diversité dans la Constitution n'apporterait rien de plus à ce que cette dernière permet déjà.

14. L'actuel projet de loi Constitutionnelle, dont la reprise de l'examen est annoncée pour janvier 2019, changera peut-être l'état du droit positif en introduisant à pas moins de deux reprises dans l'article premier le terme « diversité » pour viser la « diversité biologique »⁶³ et la « diversité des territoires »⁶⁴ et à l'article 34 de la Constitution le terme « biodiversité »⁶⁵. S'il est symboliquement intéressant de voir que le Constituant propose de faire entrer le terme dans la Constitution, les incertitudes sur le contenu de cette notion, si son introduction est définitivement votée, demeurent. Ces occurrences nouvelles, en dépit de leur positionnement au sein de l'article premier, ne consacrent pas pour autant un principe général de respect de la diversité tel qu'il a été étudié – et rejeté – par le Comité Veil dix ans plus tôt.

15. L'introduction de cette notion dans le champ juridique est d'autant plus délicate que le droit européen et le droit de l'Union européenne, pourtant si innovants en matière de lutte contre les discriminations, usent du terme « diversité » sans jamais réellement le définir ou en fixer un contenu stable.

Diversité en droits européens

16. La diversité se trouve depuis longtemps « au cœur de plusieurs politiques de l'Union européenne, le concept permettant de parvenir à un point d'équilibre entre les compétences

⁶¹ *Id.*, p. 53.

⁶² *Id.*, p. 60.

⁶³ [Amendement n° 328 adopté en séance publique à l'Assemblée nationale le 4 juillet 2018](#) : « *Après la troisième phrase du premier alinéa de l'article 1er de la Constitution, est insérée une phrase ainsi rédigée* : "Elle agit pour la préservation de l'environnement et de la diversité biologique et contre les changements climatiques." ».

⁶⁴ [Amendement n° 2165 adopté en séance publique à l'Assemblée nationale le 6 juillet 2018](#) : « *La dernière phrase du premier alinéa de l'article 1er de la Constitution est ainsi rédigée* : "Elle reconnaît la diversité de ses territoires par son organisation décentralisée." ».

⁶⁵ [Amendement n° 1047 adopté en séance publique à l'Assemblée nationale le 6 juillet 2018](#) : « *Au quinzième alinéa de l'article 34 de la Constitution, après le mot* : "environnement" *sont insérés les mots* : ", de la biodiversité." ».

respectives de l'Union et des États membres »⁶⁶. Dès 1992, et le Traité de Maastricht⁶⁷, la notion de diversité apparaît explicitement dans le droit primaire aux articles 126 et 128. Elle se trouve cependant systématiquement accompagnée de qualificatifs « *diversité culturelle et linguistique* », « *diversité nationale et régionale* ». Il faudra patienter jusqu'en 2000 pour voir apparaître une diversité au sens plus large et matérialisée dans la devise de l'Union européenne « *Unie dans la diversité* ». Une formule dont la valeur normative – proche du néant – n'a pas manqué de susciter quelques interrogations quant à son sens. Le fait d'accoler la diversité à l'unité est à notre sens révélateur du dilemme constant de l'Union européenne qui est de « trouver un équilibre au sein d'une contradiction permanente : réaliser son unité dans le respect de sa diversité, construire un ensemble de plus en plus vaste fondé sur l'"héritage culturel commun" des États membres de l'Union tout en protégeant les traditions propres à chaque peuple et à chaque territoire »⁶⁸. Une ambiguïté demeure quant à « l'orthographe retenue (*unie* plutôt que *unis*) [qui] confirme qu'il s'agit bien de la devise de l'Union et non celle des Européens. La devise européenne n'évoque pas l'unité *contre* la diversité, mais *dans* la diversité, ce qui exclut tout objectif systématique d'uniformisation »⁶⁹. Le Professeur Yves Petit remarque que « cette approche semble en contradiction avec celle du portail Europa, qui mentionne expressément "les Européens" ». Cette devise n'a pas été reprise dans le Traité de Lisbonne et n'est plus qu'un outil de communication pour la Commission européenne. Elle a néanmoins pour mérite de rappeler un aspect important de la diversité, son lien avec l'unité. Parler de diversité n'a de sens qu'à condition de déterminer le périmètre dans lequel elle sera observée. Elle est indissociable du référentiel utilisé pour sa mesure : c'est ainsi que la diversité européenne est différente de la diversité française qui est, elle-même, différente de la diversité américaine. Et si, comme le disait Bossuet, « le propre de l'unité est d'exclure »⁷⁰, l'Union européenne s'efforce à l'inverse « de lier l'intégration avec le respect de l'altérité et de la différence afin d'aboutir à un équilibre délicat, fruit d'un travail permanent de conciliation entre des visées parfois contradictoires. La diversité culturelle est

⁶⁶ Yves PETIT, « La reconnaissance de la diversité en droit de l'Union européenne » dans Philippe ICARD et Juliette OLIVIER LEPRINCE, *Le concept de diversité en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 21.

⁶⁷ [Traité de Maastricht sur l'Union européenne du 7 février 1992, Journal officiel n° C 191 du 29/07/1992 p. 0001-0110.](#)

⁶⁸ Claire MARZO, « La citoyenneté européenne, instrument de la réception du concept de diversité en droit de l'Union européenne » in P. ICARD et J. OLIVIER LEPRINCE, préc., note 66, p. 149. V. aussi Jean-Christophe BARBATO et Jack LANG, Rubrique « culture », Répertoire Dalloz de droit communautaire, septembre 2013, n°208.

⁶⁹ François-Xavier PRIOLLAUD et David SIRITZKY, *La Constitution européenne. Texte et commentaires*, Paris, La Documentation française, 2005.

⁷⁰ [Œuvres de Bossuet, Tome troisième : Sermons. - Panégyriques. - Méditations sur l'Évangile, Paris, Firmin Didot Frères, 1847, p. 366.](#)

particulièrement présente au sein du droit primaire. Toutefois ce dernier offre peu d'indications quant à la signification de la notion, à ses modalités de mise en œuvre et à ses implications »⁷¹.

17. C'est ainsi qu'en l'an 2000, la diversité fait une apparition différente à l'article 22 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui dispose que « l'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique ». Pour le Professeur Guy Braibant, il s'agit là d'« une expression atténuée de la reconnaissance des minorités »⁷². On regrettera cependant que la diversité y soit évoquée de manière déterminée en étant adossée à trois adjectifs alors que la devise de l'Union européenne faisait – semble-t-il – référence à une diversité au sens plus large. On notera avec amusement que la conception de la diversité retenue au sein de cette Charte est exactement celle rejetée de prime abord par le Comité Veil en France.

18. En octobre 2014, la question de la diversité est de nouveau mise sur le devant de la scène avec l'élaboration d'un bulletin d'information de la Commission de l'Union européenne sur les chartes de la diversité⁷³. L'objectif poursuivi est de mettre en avant les bonnes pratiques de gestion de la diversité qui contribuent « à la lutte contre les discriminations sur le lieu de travail et à la promotion de l'égalité ». L'Union européenne s'approprie et diffuse à son tour le sens promu au sein des entreprises.

19. La prise en compte de la diversité est également un élément clé de l'intervention du Conseil de l'Europe. D'une part, dans une optique de respect du pluralisme linguistique des États adhérents à la Convention, le Conseil de l'Europe a édicté une Charte pour la protection des langues régionales et minoritaires⁷⁴ et mis en place un programme de traduction de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁷⁵. La première mesure vise à protéger la diversité linguistique au sein des États alors que la seconde vise au contraire à garantir le respect de la diversité linguistique au sein du périmètre de la Convention pour

⁷¹ J.-C. BARBATO et J. LANG, préc., note 68, n°178.

⁷² Guy BRAIBANT, *La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Editions du Seuil, 2001, p. 159.

⁷³ V. le rapport WONDRAK, M. J., *Overview of Diversity Management - Implementation and impact amongst Diversity Charter signatories in the European Union*, Commission européenne, Bruxelles, 2014, et la [plateforme de l'UE sur les chartes de la diversité](#).

⁷⁴ [Charte européenne des langues régionales ou minoritaires ouverte à la signature le 5 novembre 1992](#) et entrée en vigueur le 1^{er} mars 1998.

⁷⁵ CONSEIL DE L'EUROPE, « *La Convention à votre porte* » - *Le projet de traduction de la jurisprudence de la Cour (2012-2016) : Progrès et défis restants*, Février 2017.

garantir la diffusion de la jurisprudence de la Cour EDH auprès des États. D'autre part, la Cour EDH se fixe régulièrement comme limite, sur des questions sociétales, le respect des systèmes et traditions juridiques nationales⁷⁶. Dans certains arrêts, la Cour EDH peut utiliser la notion de diversité dans un sens différent. Ce fut notamment le cas dans un arrêt portant sur la liberté religieuse, la Cour remarquant que « *le principe de laïcité-neutralité constitue l'expression d'une règle d'organisation des relations de l'État avec les cultes, qui implique son impartialité à l'égard de toutes les croyances religieuses dans le respect du pluralisme et de la diversité* »⁷⁷. On peut ici penser que la Cour fait référence à la diversité religieuse, c'est-à-dire les différentes religions existantes, mais également à la diversité des pratiques et expressions au sein d'une même religion. Cependant, dans la même décision, elle mobilise le terme de « diversité » dans un sens plus proche du droit communautaire en faisant référence à « *la diversité des approches nationales* »⁷⁸.

Influence du droit américain et du droit de l'Union européenne

20. Avec des approches aussi diverses, une consécration juridique de la notion de diversité, en France et en Europe, paraît difficile. D'autant plus que, beaucoup d'entreprises qui promeuvent la diversité, principalement celles issues de grands groupes de dimension internationale, sont influencées par la conception juridique et les usages qu'en ont les États-Unis⁷⁹ et qui ont été consacrés par plusieurs décisions de la Cour suprême⁸⁰. Cependant, la traversée de l'Atlantique de cette notion ne saurait être naturelle, car le cheminement ayant mené à un usage juridique de la « diversité » aux États-Unis est très différent de celui mené en France. Les États-Unis se sont en partie construits sur le travail des esclaves « importés » massivement d'Afrique. Lors de l'abolition de l'esclavage, la question du statut des anciens esclaves a été très débattue, particulièrement par les États du Sud où la population noire était

⁷⁶ Voir par exemple [CEDH, 15 mars 2012, Sitaropoulos et Giakoumopoulos c/ Grèce, n° 42202/07, point 32](#) : « *il existe de nombreuses manières d'organiser et de faire fonctionner les systèmes électoraux et une multitude de différences au sein de l'Europe notamment dans l'évolution historique, la diversité culturelle et la pensée politique, qu'il incombe à chaque Etat contractant d'incorporer dans sa propre vision de la démocratie (Hirst c. Royaume-Uni (no 2) [GC], n° 74025/01, § 61, CEDH 2005-IX)* ».

⁷⁷ [CEDH, 25 novembre 2015, Ebrahimian c/ France, n° 64846/11, point 67](#).

⁷⁸ *Ibid.* point 56.

⁷⁹ [Hélène GARNIER-MOYER, Réflexions autour du concept de diversité - Éclairer pour mieux agir, AFMD et Univ. Paris 1, 2012, p. 15.](#)

⁸⁰ Consacrée pour la première fois dans une première affaire [Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 \(1978\)](#), qui sera confirmée dans l'affaire [Grutter v. Bollinger, 539 US 306 \(2003\)](#), et encore très récemment par une décision [Fisher v. University of Texas at Austin \(Fisher II\), 579 U.S. \(2016\)](#).

majoritaire⁸¹. La reconnaissance de l'égalité s'est donc faite – avec beaucoup d'appréhensions et de craintes – par une longue période de « ségrégation de droit », sur le fondement de la doctrine « *Séparés mais égaux* », suivie d'une période de « réparation » et de rééquilibrage des positions sociales par le biais de l'*affirmative action* et la pratique des quotas. Lorsque les mesures d'*affirmative action* n'ont plus été acceptées et ont été de plus en plus contestées, notamment du fait de l'arrivée sur le territoire de nouvelles minorités et parce que l'argument de la réparation avait fait son temps, la « diversité » est apparue comme une approche plus diluée et inclusive – et donc plus acceptable – de l'*affirmative action*. À l'inverse, dans le cas de la France, l'exploitation des êtres humains s'est faite à distance, par le biais des colonies où les habitants avaient une « nationalité de sujet »⁸². Lors de l'indépendance des colonies, il n'y avait donc pas, sur le territoire hexagonal, à faire face à l'accès massif d'une partie de la population au statut de citoyen. Si la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen reconnaît des droits à tous les hommes, elle ne fait pas de tous les hommes des citoyens⁸³. La France a donc certes reconnu des droits aux étrangers sur son territoire, notamment au regard des traités conclus avec leurs États d'origine, mais la question de l'égalité entre français et étrangers ne s'est pas posée avant que la construction européenne ne l'impose comme corollaire à la libre circulation des travailleurs⁸⁴. Il était donc d'autant plus facile dans le contexte français d'être « aveugle aux différences » que ces dernières étaient considérablement moins présentes que dans le contexte américain et que le champ de comparaison s'arrêtait à l'acquisition de la nationalité. La France, dans une période d'entre deux guerres avec une démographie sur le déclin, a reconnu la nationalité française aux personnes issues des différentes vagues d'immigration (polonaise, italienne, arménienne, etc.), notamment en permettant aux femmes de garder leur nationalité française en cas de mariage avec un étranger et en reconnaissant la nationalité française des enfants issus de ces unions⁸⁵. L'accès à la citoyenneté a donc été progressif, par vagues (régulières) de naturalisation chaque fois que la France a eu besoin de main d'œuvre ou de soldats et par le

⁸¹ En 1860, presque 60% de la population de la Caroline du Sud était composée d'esclaves : [Michael TRINKLEY, « Growth of South Carolina's Slave Population », *South Carolina's Information Highway*.](#)

⁸² [Patrick WEIL, « Le statut des musulmans en Algérie coloniale. Une nationalité française dénaturée », *Hist. Justice*, n°16-1, 2005, pp. 93-109.](#)

⁸³ V. à titre de comparaison avec la figure du citoyen dans l'Antiquité : Jean-Manuel ROUBINEAU, *Les cités grecques, essai d'histoire sociale*, PUF, 2015, plus précisément le « Chapitre 1, le poids des statuts ».

⁸⁴ [Sophie ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire : étude à partir des libertés économiques*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999, section 1, du chapitre 1, du titre 2 de la première partie.](#)

⁸⁵ Loi du 10 août 1927 sur la nationalité, *JORF* du 14 août 1927 page 8697, dont une disposition vient d'être jugée inconstitutionnelle par une [décision n° 2018-737 QPC du 5 octobre 2018 M. Jaime Rodrigo F. \[Transmission de la nationalité française aux enfants légitimes nés à l'étranger d'un parent français\]](#).

biais des mariages mixtes⁸⁶. Mais les vagues de déchéance de nationalité et d'expulsions ont été également très courantes et vécues comme une trahison et une injustice par les immigrés ayant prêté main forte en temps de guerre et de besoins, en particulier pour les immigrés algériens. Les difficultés concrètes d'accès aux droits, constatées pour les enfants de ces groupes, entrés tardivement, progressivement et parfois de manière précaire dans le cercle des citoyens, ont bouleversé la doctrine prônant un droit « aveugle aux différences », rendant nécessaire d'ouvrir les yeux sur la diversité de la population française et de ce que recouvre aujourd'hui la notion de citoyenneté⁸⁷. La lutte contre ces inégalités n'a été possible que grâce à l'introduction de la notion de discrimination par le droit européen qui a profondément bouleversé la vision française de l'égalité. La notion de discrimination indirecte, en ce qu'elle se réfère à la situation du groupe, identifié par une caractéristique donnée, déplace le regard de l'individu vers l'un des groupes auxquels il se rattache. Ainsi, alors qu'en France, on utilise la diversité pour tenter d'introduire des mesures positives visant à corriger des inégalités héritées du passé jusqu'alors sciemment ignorées par le droit, aux États-Unis cette notion a, à l'inverse, été introduite pour sauver ce qui pouvait l'être des politiques différentielles visant à rétablir une égalité concrète entre les différents groupes composant la société américaine. De ce fait, la diversité apparaît comme un point de convergence des expériences française et américaine, une forme de rencontre entre les usages trop poussés de l'universalisme, d'un côté, et du différentialisme de l'autre.

Justification de la notion de diversité

21. Cependant, c'est seulement dans le contexte américain que la notion de diversité a reçu une consécration juridique⁸⁸. Il existe aux États-Unis deux justifications à cet argument de la diversité, développées dans le cadre de la sélection des étudiants lors des admissions à l'université et dans l'accès à l'emploi.

22. La première justification à l'utilisation de la « diversité », privilégiée par les juges américains, est celle de la lutte contre les discriminations et de la poursuite de l'égalité réelle.

⁸⁶ La loi n°84-341 du 7 mai 1984 relatif à l'acquisition de la nationalité française par mariage, *JORF* du 10 mai 1984 page 1355, supprime les incapacités qui subsistaient en matière civique pour les naturalisés (délai avant d'être éligible par exemple) et instaure un délai de 6 mois après le mariage pour souscrire une déclaration de nationalité.

⁸⁷ CONSEIL D'ÉTAT, préc., note 8.

⁸⁸ La diversité est devenue un concept juridique aux États-Unis et quelques années plus tard au Canada également.

Partant du principe qu'en l'absence de discriminations tout au long de la vie, les chances d'accès à certains droits ou biens rares, tels que l'enseignement supérieur ou l'emploi, seraient les mêmes pour tous les groupes d'individus, il est légitime de rechercher des effectifs d'étudiants ou de travailleurs qui soient le reflet de la société.

23. La seconde justification, très critiquée mais également très répandue, est de nature utilitariste et consiste à mettre en avant le fait que la diversité d'un corps étudiant ou d'un collectif de travail est bénéfique pour l'enseignement ou la productivité de l'entreprise. On retrouve une justification similaire dans la directive 2014/95/UE qui fait un lien direct entre la diversité des individus et « *la diversité des compétences et des points de vue* ». Cette dernière faciliterait « *une bonne compréhension de l'organisation des entreprises et des affaires de l'entreprise concernée. Elle permet [...] d'exercer une critique constructive des décisions de la direction et d'être plus ouverts aux idées innovantes, battant ainsi en brèche le phénomène de la "pensée de groupe", caractérisé par la similitude des points de vue* ». Cette approche contribue à essentialiser les personnes, comme s'il existait une automaticité entre le fait d'être une femme et de penser différemment d'un homme, et que chaque groupe penserait de manière homogène. Cette justification est assez révélatrice de l'inspiration libérale qui soutend un grand nombre de politiques de diversité et qui consistent à leur rechercher un avantage économique ou productiviste. Cette approche a été en partie écartée par la Cour suprême du fait de sa dangerosité. Le Professeur Alain Supiot explique les raisons et les risques d'un tel glissement dans la rhétorique : « face à ces doctrines déniaient toute pertinence à l'idée de justice sociale, de nombreux auteurs se sont efforcés d'asseoir cette dernière sur une base théorique solide. Mais ils l'ont fait le plus souvent en se plaçant sur le terrain même où se plaçaient leurs adversaires, c'est-à-dire selon une méthode conséquentialiste consistant à faire dépendre la légitimité d'une règle de l'utilité escomptée de son application. La plus grande victoire des adversaires de la justice sociale est en réalité d'être parvenue à banaliser ce recours au calcul d'utilité et à disqualifier par là même l'idée d'impératif catégorique attaché à la dignité humaine⁸⁹ »⁹⁰. Mais cette justification n'a été qu'en partie écartée par les juges car elle présente un avantage indéniable. En favorisant la diversité des effectifs,

⁸⁹ L'auteur ne « s'étonne donc même plus de voir l'OIT avancer les cinq raisons suivantes pour justifier le droit des travailleurs à se nourrir convenablement : l'amélioration du moral des employés et de la productivité ; la diminution du nombre d'accidents et de jours de congés maladie ; la réduction des coûts à long terme de la protection sociale ; la promotion de la réputation de l'entreprise et l'augmentation des recettes fiscales et du PIB V. Ch. WANKEK, *Food at Work. Workplaces Solutions for Malnutrition, Obesity and Chronic Diseases*, Genève, ILO, 2005, 448p. ».

⁹⁰ Alain SUPIOT, « L'idée de justice sociale », dans Laurence BURGORGUE-LARSEN, *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, coll. Cahiers européens, n°4, Paris, Pedone, 2013, p. 5-30 à la page 16.

notamment en garantissant la présence de plusieurs membres des minorités, l'institution permet de créer une « masse critique » révélant la diversité interne à chaque groupe – et par voie de conséquence déconstruisant certains préjugés et stéréotypes, et, d'autre part, limitant les risques de harcèlement discriminatoire susceptibles de résulter de l'isolement.

Justice sociale et diversité

24. La justice peut s'entendre principalement de deux manières, la justice légale, découlant du droit positif et de la manière dont les institutions l'appliquent, et la justice sociale, qui quant à elle renvoie à un idéal normatif pour la société. La notion de diversité est une partie de l'une des nombreuses réponses suscitées par la nécessité de garantir une répartition juste entre les individus de certains biens relevant de droits qui leur sont reconnus.

25. Pour les libertariens, comme Robert Nozick⁹¹, une société n'est juste que si elle vise à maximiser la liberté individuelle des individus qui la composent, ce qui implique qu'il n'existe d'autres limites que celles résultant du respect des libertés d'autrui. Cela signifie également, dans une approche lockienne⁹² du libertarisme que la définition du caractère juste ou injuste d'une distribution des différents avantages sociaux aujourd'hui, doit être étudiée au regard des conditions dans lesquelles a été effectuée cette distribution hier⁹³, ouvrant ainsi droits, si nécessaire, à des mesures de réparation pour les groupes jadis spoliés.

26. Une autre conception de la justice est celle des utilitaristes à laquelle se rattachent déjà fortement les usages de la diversité. Ce courant suppose de maximiser le bien-être collectif (« *greater good* »), chaque personne comptant de manière égale. Le bien-être collectif peut cependant être atteint, parfois, par la mise à l'écart ou l'asservissement de minorités au profit de la majorité. Cette idée se traduit par exemple chez les économistes par la théorie du « *greater fool* » pour décrire l'« idiot » qui achète des actions hautement spéculatives, au plus haut du marché, dans l'espoir qu'elles prennent encore de la valeur, permettant ainsi, par son optimisme démesuré, à tous les autres de s'enrichir avant que la valeur des actions ne soit rapidement dépréciée. Le mal-être des uns est alors compensé par l'extrême bien-être des

⁹¹ Robert NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, Basil Blackwell, 1974.

⁹² John LOCKE, *Traité du gouvernement civil* (1690), *Les classiques des sciences sociales*, coll. Les auteur(e)s classiques, trad.en français par David Mazel de 1795.

⁹³ *Id.*

autres dans un jeu de moyenne. C'est un peu cette logique qui explique que les conventions et accords collectifs portant sur la diversité, parce qu'ils ne permettraient pas de démontrer des résultats importants ou mesurables, mettent de côté certaines composantes de la diversité, jugées non prioritaires⁹⁴. Pour certains auteurs, c'est même toute la lutte contre les discriminations qui est non prioritaire⁹⁵ ou participe à détourner les individus de la plus grande des inégalités⁹⁶ : celle de l'inégale répartition des richesses entre les 99% les plus pauvres et le 1% des plus riches de la population. C'est d'ailleurs ce qui expliquerait que la promotion de la diversité soit principalement d'inspiration libérale⁹⁷.

27. Avec son ouvrage, *Théorie de la justice*, publié en 1971, John Rawls a profondément renouvelé le débat sur la justice sociale et provoqué l'apparition du concept d'égalité des chances. Cet auteur prône un égalitarisme libéral répondant à plusieurs principes. Le premier d'entre eux est celui de l'égalité de liberté, c'est-à-dire l'affirmation d'un droit égal, pour toute personne, à bénéficier d'un ensemble de libertés fondamentales qui soit conciliable avec un ensemble équivalent de libertés pour autrui. À ce titre, « les dispositions naturelles et les circonstances sociales dans lesquelles naît et évolue une personne ne devraient pas déterminer sa position sociale »⁹⁸. Pour autant, John Rawls n'est pas favorable, contrairement aux libertariens, à une réparation de ces positions sociales héritées, mais il admet la possibilité de les compenser pour garantir l'égalité des chances et qu'un traitement différent soit admis dès lors qu'il profite aux plus défavorisés. Dans une telle logique, la recherche de diversité pourrait se faire à l'aide de dispositifs visant à mettre à égalité les candidats à l'emploi : incitation à candidater, CV anonyme, etc., la décision finale appartenant toujours à l'employeur.

⁹⁴ Le prioritarisme est une déclinaison de la pensée utilitariste. V. Richard J. AMERSON, « Luck Egalitarianism and Prioritarianism », *Ethics*, vol. 110 (2), 2000, pp.339-349.

⁹⁵ Walter Benn MICHAELS et Frédéric JUNQUA, *La diversité contre l'égalité*, Paris, Raisons d'agir, 2009.

⁹⁶ François Dubet, *Ce qui nous unit. Discriminations, égalité et reconnaissance*, Le Seuil, Paris, 2016, 128 p. V. la critique de cet ouvrage par Vincent-Arnaud Chappe, « François Dubet, Ce qui nous unit. Discriminations, égalité et reconnaissance », *Sociologie du travail*, vol. 60 - n° 2, Avril-Juin 2018, mis en ligne le 24 mai 2018 : « La thèse principale de l'ouvrage est celle d'une nécessaire hiérarchisation entre l'objectif de réduction des inégalités sociales, prioritaire, et celui de disparition des discriminations, subordonné au premier. Si l'auteur se défend de vouloir "rabattre les discriminations sur la vieille question sociale" (p. 12) ».

⁹⁷ Les politiques de diversité sont en effet très majoritairement portées par les entreprises, l'AFMD, les « think tank » libéraux comme l'institut Montaigne, ou encore l'Union européenne. Autant de groupe d'intérêt qui questionnent assez peu l'inégale répartition des richesses et la nécessité de lutter contre.

⁹⁸ Pierre-Etienne VANDAMME, « Justice sociale (A) », dans M. Kristanek (dir.), *L'Encyclopédie philosophique*, avril 2018.

28. Amartya Sen, prix Nobel d'économie, résume l'ensemble de ces approches de la manière suivante⁹⁹ : trois enfants se disputent une flûte. Anne est la seule à savoir comment en jouer. Bob est le plus pauvre, contrairement aux deux autres enfants, il ne dispose d'aucun jouet. Clara, quant à elle, a travaillé plusieurs mois pour fabriquer cette flûte. À qui faut-il donner la flûte ?¹⁰⁰ Pour l'utilitariste, la flûte doit revenir à Anne : son plaisir sera le plus grand, elle sait en jouer et les autres pourront profiter de son talent. Pour le libertarien et le marxiste, à Clara : elle a droit aux fruits de son labeur. Pour l'égalitariste, à Bob, il n'a ni les moyens d'en acheter une ni les outils pour en fabriquer une. Pour Rawls, il faudrait que les enfants se mettent d'accord en amont de tout litige sur la manière juste de se répartir les choses, en faisant une abstraction totale de leur situation sociale ou de leurs capacités respectives.

29. Les réponses apportées par les philosophes à ce que doit être la justice sociale font apparaître globalement deux certitudes. La première est qu'il existe une grande « diversité des critères considérés comme légitimes pour parvenir à un partage jugé juste par chaque acteur, suivant notamment la nature des conflits en cause »¹⁰¹. Parmi ces critères, les plus courants sont ceux prenant en considération pour la répartition : les besoins, l'équité (et donc le mérite) ou enfin une stricte égalité arithmétique. La seconde certitude est qu'il existe également une grande « diversité des contextes dans lesquels ces conflits se déroulent »¹⁰². Or, en droit, l'égalité est traditionnellement l'affaire des juristes publicistes. Il est pourtant indéniable qu'on ne saurait appréhender de la même manière, avec les mêmes règles de justice des droits de première génération, civils et politiques, pour lesquels une stricte égalité est pertinente, et des droits de seconde génération, sociaux et économiques pour la plupart, pour lesquels une égalité arithmétique est inconcevable. On ne saurait en effet distribuer le droit d'obtenir un emploi selon les mêmes règles que le droit de vote, d'où la création de la distinction entre droit-créance et droit-liberté.

⁹⁹ Amartya SEN, *The Idea of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2009, pp. 12-15.

¹⁰⁰ Pour le besoin de l'exemple, Amartya Sen n'évoque pas une hypothèse, qui serait celle qu'appliquerait la plupart des parents dans une telle situation : « Partagez-là à tour de rôle en commençant par Anne qui montrera aux deux autres comment en jouer ! ». De tels parents sont des adeptes du socialisme ou de la troisième forme de justice rapidement évoquée par Aristote dans *Ethique à Nicomaque* en ce qui concerne la justice dans les transactions où il considère que « la réciprocité veut qu'on rende en proportion et non selon le principe d'égalité ».

¹⁰¹ Michel FORSÉ, « Une comparaison internationale à propos des principes de justice sociale », dans *Inégalités et justice sociale*, coll. Recherches, Paris, La Découverte, 2014, p. 108-129.

¹⁰² *Id.*

30. C'est en définitive, la conception de la justice de Michael Walzer qui semble le mieux adaptée à notre étude sur la diversité¹⁰³. Dans son livre *Sphères de justice*, cet auteur défend le principe d'une égalité « complexe » prenant en compte la multiplicité des formes de justice et la nature très diverse des biens devant être répartis. Il juge inutile de chercher à définir une règle de justice permettant de régler toutes les questions de distribution. Il considère qu'il est préférable de définir, selon chaque « sphère » – au sein desquels se trouvent des biens à distribuer, une justice propre au regard des intérêts en jeu. Pour nous, cette théorie revient à se demander, pour chaque « sphère », quels sont les droits et libertés en cause qui doivent être conciliées pour définir la règle de répartition la plus juste. Une fois définies, il conviendra de veiller à ce que les règles de justice promues au sein d'une sphère ne colonisent pas le périmètre d'autres sphères au risque de basculer dans la tyrannie. Ainsi, si au sein de la sphère de l'emploi, la valeur est celle de la compétence, se traduisant pour ceux qui la possèdent par l'octroi d'une bonne rémunération, ce bien (l'argent) obtenu de manière juste au sein de la sphère de l'emploi, ne saurait accorder un droit au sein d'une autre sphère (politique, éducation, etc.). Celui qui est fortuné ne peut donc pas, en raison de son succès légitime au sein d'une sphère, obtenir une position privilégiée ou de pouvoir au sein d'une autre sphère au risque que la « compétence » ne devienne la seule et unique valeur qui compte au sein de la société. La diversité, dans un tel contexte, est ce qui permettrait de s'assurer que les règles de justice d'une sphère ne colonisent pas une autre sphère et de s'assurer que celles fixées au sein d'une sphère ne sont pas injustes pour certaines catégories de personnes. L'approche utilitariste est donc *a priori* à éviter sur cette question.

31. Le Professeur Alain Supiot, dans un parallèle entre la médecine et le droit, remarque que « tandis que la norme de fonctionnement de l'organisme s'identifie à son existence même, une société doit, pour exister et se maintenir, poser en dehors d'elle-même la norme qui la fonde. À la différence de la norme biologique, la norme à laquelle on se réfère pour définir du juste et de l'injuste ne procède donc pas de l'observation des faits »¹⁰⁴. Et pourtant, l'étude de la diversité d'une société, de l'accès de toutes ses composantes à l'ensemble des droits, ne peut-elle pas être considérée comme une forme d'observation des faits, de laquelle découleraient des prescriptions normatives visant à rétablir plus de justice dans la répartition des biens rares ? Ne peut-on pas, ne doit-on pas, tirer des conséquences d'un manque de

¹⁰³ Michael WALZER, *Sphères de justice: une défense du pluralisme et de l'égalité*, Paris, Seuil, 2013.

¹⁰⁴ A. SUPIOT, préc., note 90.

diversité au sein des effectifs d'une entreprise au regard de la diversité de la population française¹⁰⁵ ?

Motivations entourant la recherche de diversité dans le contexte français de l'entreprise

32. Que les motivations accompagnant les politiques de diversité en France soient purement utilitaristes ou véritablement tournées vers un objectif d'égalité des chances, le premier argument reste celui qui est le plus couramment employé, notamment parce qu'il est utile pour convaincre les acteurs qu'ils ont un intérêt à poursuivre un tel objectif. La conception de la diversité que l'on retrouve dans les entreprises françaises combine ces deux mécanismes de justifications : utilitariste d'une part et lutte contre les discriminations et pour l'égalité des chances d'autre part. L'égalité de résultat est peu ou pas mobilisée par les accords en raison de leur potentielle contradiction avec le principe de non-discrimination issu du droit de l'Union européenne¹⁰⁶. Dans le contexte de l'entreprise, cela se traduit par une mise en valeur de la diversité pour la productivité et l'image des entreprises, mais également comme un moyen pragmatique de satisfaire certaines exigences légales. En effet, la recherche de diversité permet aux entreprises de se prémunir contre les sanctions importantes résultant de l'intégration en droit français de l'interdiction des discriminations et de satisfaire les obligations légales pouvant d'ores et déjà exister sous la forme d'obligation de négociation et de respect de quotas ou de parité prévu pour certaines catégories de personnes. La volonté de se mettre en conformité avec le droit existant représente une part non négligeable de la motivation qui anime les employeurs à promouvoir la diversité¹⁰⁷. Parmi eux, les moins volontaires se satisferont de la publicité offerte par la signature de la Charte de la diversité¹⁰⁸ et les plus engagés négocieront avec les partenaires sociaux sur le thème de la diversité. Une telle démarche de négociation s'inscrivant parfois dans un processus de certification pour l'obtention du label « diversité ».

¹⁰⁵ Chaque fois que l'on fera une comparaison entre la diversité française et la diversité au sein d'une entreprise, que l'on se placera donc dans la sphère de l'emploi, la diversité française s'entend de tous les citoyens en âge de travailler mais également de tous les étrangers disposant du droit de travailler, le principe de non-discrimination s'appliquant également à leur égard.

¹⁰⁶ Sophie ROBIN-OLIVIER, *Manuel de droit européen du travail*, Bruylant, 2016, p. 260.

¹⁰⁷ V. l'essor actuel de la « *compliance* » qui consiste pour les entreprises à se mettre en conformité aux normes juridiques, voire à anticiper les normes futures. V. Marie-Anne FRISON-ROCHE, « *Le Droit de la compliance* », *D.*, 2016, n°32, p. 1871.

¹⁰⁸ Début 2018, la Charte de la diversité comptait 3500 entreprises signataires. V. *Liaisons sociales quotidien*, actualité n°17511, p.7, jeudi 15 février 2018.

33. En dépit des efforts mis en œuvre, les inégalités dans l'accès à l'emploi sont encore très importantes et la réduction de certaines inégalités, comme celles entre femme et homme, stagne dans la plupart de pays de l'OCDE¹⁰⁹. Plusieurs études, dont l'enquête de référence TeO « Trajectoires et Origines » réalisée par l'INED en 2008¹¹⁰, ont démontré la persistance des inégalités d'accès au marché du travail liées à l'origine. Récemment, une nouvelle enquête – à moindre échelle – réalisée par *France Stratégie* confirme que « les écarts sur le marché du travail liés au sexe, à l'origine migratoire et au lieu de résidence restent considérables en France : les femmes, les personnes issues de l'immigration et les habitants de certains quartiers défavorisés connaissent des difficultés d'accès à l'emploi et une insertion dans l'emploi de moindre qualité, en termes de contrat de travail comme de salaires »¹¹¹. Mais les femmes et les personnes issues de l'immigration ne sont pas les seules à voir leur chance diminuée sur le marché de l'emploi. L'association de gestion du fonds pour l'insertion professionnelle des handicapés (Agefiph)¹¹² constate qu' « en 2015, 2.7 millions de personnes ont une reconnaissance administrative de leur handicap (+300 000 personnes en 2 ans), soit 7% de la population totale. Le taux de chômage (19%) reste près de 2 fois supérieur au tout public et 35% des personnes handicapées sont en emploi, soit 938 000 personnes dont 70% dans le secteur privé »¹¹³. L'association remarque que « le chômage des personnes handicapées est caractérisé par une forte proportion de seniors (près d'un demandeur sur deux est âgé de 50 ans ou plus) et par une ancienneté d'inscription importante (près d'un demandeur sur quatre est inscrit depuis 3 ans ou plus) ».

Diversité et négociation collective

34. L'engagement de négociations autour du thème de la diversité prend de l'ampleur dans les entreprises et représente une opportunité intéressante de satisfaire simultanément plusieurs obligations légales. Il existe en effet certains objets de négociation obligatoire pouvant être regroupés sous l'étiquette de la diversité : l'égalité entre les femmes et les hommes, l'emploi

¹⁰⁹ OCDE, *Rapport 2017 : Atteindre l'égalité femme-homme : Un combat difficile*, éd. OCDE, publié le 23 février 2018.

¹¹⁰ Cris BEAUCHEMIN, Christelle HAMEL, Patrick SIMON et François HÉRAN, *Trajectoires et origines : enquête sur la diversité des populations en France*, coll. Grandes enquêtes, Paris, Ined éditions, 2016.

¹¹¹ Catherine BRUNEAU, Clément DHERBÉCOURT, Jean FLAMAND et Christel GILLES, « Marché du travail : un long chemin vers l'égalité », *France Stratégie*, 2016.

¹¹² Instituée par la loi n° 87-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés.

¹¹³ AGEFIPH, « Le tableau de bord Emploi et chômage des personnes handicapées - Bilan au 1^{er} sept. 2017 », actualité sur le site internet de l'Agefiph.

des travailleurs en situation de handicap, la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (insertion/formation des jeunes et adaptation du travail aux seniors). Une négociation globale sur la diversité permet de respecter les injonctions légales¹¹⁴, tout en mutualisant le temps consacré aux négociations. Cependant, les nouvelles règles de négociation obligatoire et d'articulation entre les accords issus de différents niveaux de négociation issues de la loi « El Khomri » et des ordonnances « Macron » peuvent venir contrarier la négociation portant sur la diversité, voire la rendre moins intéressante. Malgré un engouement certain pour ce thème de négociation, au point que plus d'un million d'accords sont répertoriés sur Légifrance sous le thème « Non-discrimination et diversité », l'objet de négociation « diversité » n'a pas été défini par le législateur et n'est pas non plus devenu un objet de négociation obligatoire. Au contraire même, les thématiques qu'un tel objet pourrait couvrir sont éclatées entre différents niveaux de négociation et différentes périodicités, certains thèmes relevant de la négociation obligatoire de branche (égalité H/F, GPEC et handicap)¹¹⁵, d'autres de la négociation obligatoire au niveau de l'entreprise (égalité H/F et GPEC)¹¹⁶ et d'autres enfin ne faisant l'objet d'aucune obligation de négociation (tous les autres motifs de discrimination). Tous les thèmes précités doivent être renégociés au minimum tous les 4 ans, sauf en ce qui concerne la révision des classifications qui doivent prendre en considération « l'objectif d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et de mixité des emplois » qui ne doit être renégocié qu'une fois tous les 5 ans¹¹⁷. Il serait bien évidemment possible, dans le cadre d'une négociation portant sur la diversité de calquer le calendrier des thèmes de négociation sur les objets les plus exigeants et relevant d'une négociation tous les 4 ans, à condition cependant que la branche n'ait pas prévu un calendrier plus court pour l'une de ces thématiques de négociation. En l'absence de négociation sur le calendrier, les dispositions supplétives prévoient que la négociation obligatoire devient annuelle pour ce qui est de l'égalité entre les femmes et les hommes¹¹⁸. Enfin, dans l'hypothèse d'un accord d'entreprise couvrant l'ensemble de ces objets de négociation, il conviendra de remarquer que certaines dispositions de l'accord, s'il existe un accord portant sur le même objet à un niveau territorial ou professionnel plus large, devront s'effacer, à moins de présenter des garanties au moins équivalentes, devant un tel accord (égalité H/F)¹¹⁹. Dans le même temps, concernant la négociation sur le handicap, les dispositions de l'accord

¹¹⁴ Qui pour certaines relevaient jusqu'au mois d'août 2016 de la négociation annuelle obligatoire.

¹¹⁵ [Art. L. 2241-1 du Code du travail.](#)

¹¹⁶ [Art. L. 2242-1 du Code du travail.](#)

¹¹⁷ [Art. L. 2241-1 du Code du travail.](#)

¹¹⁸ [Art. L. 2242-17 du Code du travail.](#)

¹¹⁹ [Art. L. 2253-1 du Code du travail.](#)

de branche prévalent sur l'accord d'entreprise à condition que l'accord de branche ait pris soin de prévoir une clause de « verrouillage » allant en ce sens¹²⁰. Pour ce qui est des autres objets qui pourraient entrer dans le champ d'un accord diversité (religion, origine, parentalité, etc.), les dispositions de l'accord d'entreprise prévaudront toujours sur celles de l'accord de branche¹²¹. Pour résumer, au sein d'un accord « diversité », certaines clauses seront parfois écartées par l'accord de branche, de manière plus ou moins systématique et d'autres s'imposeront malgré l'existence d'un accord de branche ; certaines négociations sont obligatoires et d'autres non, et toutes peuvent être soumises à un calendrier qui leur est propre. Autant dire que les règles actuelles encadrant la négociation collective ne favorisent guère la lisibilité et la cohérence d'une politique de diversité négociée dans le cadre d'un accord.

35. Faut-il dès lors encadrer davantage la recherche de diversité au sein des entreprises ? Donner à l'entreprise de nouvelles obligations... ? Ce n'est guère dans l'air du temps. Et pourtant, quel meilleur terrain d'expérimentation qu'un droit en profonde mutation¹²². La libéralisation du droit du travail a été amorcée dès 1972 par la création de l'intérim, satisfaisant un besoin de flexibilité exprimé par le patronat. En 1977, c'est une mesure catégorielle, « le stage », qui va contribuer à la dérégulation du travail sous prétexte de « favoriser l'emploi des jeunes » rendu difficile du fait de la montée du chômage provoquée par le premier choc pétrolier¹²³. En 1979, c'est la naissance du contrat à durée déterminée¹²⁴. Censé être une exception très encadrée, il représente aujourd'hui la forme de contrat adoptée pour 87% des embauches. L'alternance politique au début des années 1980, loin de rompre avec la dynamique néolibérale enclenchée par Raymond Barre, alors premier ministre de Valéry Giscard d'Estaing, va au contraire venir l'appuyer. Depuis, d'Yvon¹²⁵ à Pierre Gattaz¹²⁶, la « flexibilité » est le principal mot d'ordre qui semble avoir été entendu par les pouvoirs publics. Entre ces deux déclarations du père et du fils, un rythme soutenu de réformes vise à « libérer l'entreprise » des contraintes nées sous la plume du Conseil national

¹²⁰ Art. L. 2253-2 du Code du travail.

¹²¹ Art. L. 2253-3 du Code du travail.

¹²² Laurent MAUDUIT, « Les 40 ans de dérégulation qui ont mis le code du travail en miettes », *Mediapart*, 28 juin 2017.

¹²³ Décret n°77-714 du 5 juillet 1977 fixant les modalités d'application de l'article 5 de la loi n°77-704 du 5 juillet 1977 portant diverses mesures 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.

¹²⁴ Loi n° 79-11 du 3 janvier 1979 relative au contrat de travail à durée déterminée.

¹²⁵ V. les propos rapportés in Robert CASTEL, *La montée des incertitudes travail, protections, statut de l'individu*, Paris, Éditions du Seuil, 2009, p. 52.

¹²⁶ « Pierre Gattaz : "Il y a une réelle peur d'embaucher" », *Les Echos*, 9 juin 2015.

de la résistance et au cours des trentes glorieuses. La France a connu, pour la seule période 2000-2013, « pas moins de dix-sept réformes sur la protection de l'emploi », et « cent soixante-cinq, si l'on élargit à l'ensemble des champs relatifs au marché du travail (assurance chômage, minima sociaux, accompagnement des demandeurs d'emploi, etc.) »¹²⁷. Depuis 2015, le rythme et l'ampleur des réformes ont été fortement amplifiées. Il faut fluidifier le marché du travail et l'une des rhétoriques utilisées consiste à mettre en concurrence les individus. Les *outsiders* privés d'emploi ou cantonnés aux emplois précaires le seraient du fait des protections (trop fortes) du droit du travail dont bénéficient les *insiders*¹²⁸. Les employeurs ayant « peur » d'embaucher du fait de la rigidité des procédures et des risques juridiques s'attachant à une rupture du contrat de travail, les pouvoirs publics ont « sécurisé » la rupture du contrat de travail en plafonnant les indemnités pouvant être fixées par les juges en cas d'illicéité. Le Code du travail étant trop « épais » et inadapté à la « réalité » des entreprises, la loi « El Khomri » et les ordonnances « Macron » ont ouvert davantage le champ de la négociation au sein de l'entreprise pour permettre la détermination des conditions de travail au plus proche de ceux auxquels elles doivent s'appliquer. Les nouvelles pistes de réflexions pour le gouvernement concernent à présent l'indemnisation du chômage, jugée trop généreuse et donc n'incitant pas les individus à reprendre une activité¹²⁹. Or, diminuer les protections offertes par l'assurance chômage, notamment par la réduction des périodes d'indemnisation, affectera de manière disproportionnée – parce qu'ils représentent déjà une part importante des chômeurs ou des travailleurs précaires¹³⁰ – ceux qui ne répondent pas à l'holotype du travailleur. Le contexte de mise en concurrence et donc de sélection des travailleurs, résultant du chômage de masse, rend encore plus préoccupante la question de l'égal accès à l'emploi. Dans une telle configuration, le respect de la diversité redouble d'intérêt. La diversité n'est pas un thème de négociation imposé, c'est une volonté émanant des entreprises elles-mêmes. Accompagner cette volonté, qui pour l'heure semble bridée, en offrant un cadre légal à la notion de diversité ne revient ni plus ni moins qu'à prendre les entreprises au mot. « Sauver le droit du travail »¹³¹, ou « re-former un "autre monde" autour

¹²⁷ Thomas PORCHER, *Traité d'économie hérétique : en finir avec le discours dominant*, Paris, Fayard, 2018, chap. 4 « Marché du travail, des réformes libérales sans fin...et sans succès ».

¹²⁸ Luc SIMAR, « Le modèle des « *insiders-outsiders* » : entre théorie et pratiques », *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2003/4, Tome XLII, pp. 81-90.

¹²⁹ Amandine CAILHOL, « Assurance chômage : le retour des idées dégressives », *Libération*, 3 sept. 2018.

¹³⁰ V. les sujets de préoccupation identifiés, à l'occasion de l'adoption de la loi El Khomri, par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, *Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la France*, E/C.12/FRA/CO/4, 13 juillet 2016.

¹³¹ Pascal LOKIEC, *Il faut sauver le droit du travail*, coll. Collection Corpus, Paris, Odile Jacob, 2015.

des impératifs de justice sociale – et de respect de la dignité humaine »¹³² pourrait commencer par une réflexion sur un droit du travail aux normes plus inclusives. L'amélioration des conditions de travail de tous, en prenant appui sur les besoins identifiés grâce à la diversité, serait un moyen de reconstituer une union des classes populaires pour l'heure divisées par le « spectre des conflits identitaires »¹³³ que la diversité est accusée d'exacerber¹³⁴.

Nécessité d'un encadrement légal

36. Une étude de la DARES portant sur quatre-vingt accords ayant pris pour objet la diversité démontre que le contenu des mesures adoptées au sein de ces accords concerne principalement – pour ne pas dire exclusivement – l'égalité entre les femmes et les hommes, le handicap et l'âge, trois composantes de la diversité pour lesquelles il existe des dispositifs spécifiques et légaux pour la réduction des inégalités et surtout des possibilités, ou obligations, de mesurer l'ampleur des inégalités et les progrès réalisés par le biais de statistiques. Or, la mesure de la diversité au sein de l'entreprise et de ses progrès est un élément central pour l'obtention des différents labels (diversité, égalité) octroyés par les organismes de certification dont on sait qu'ils tiennent une place importante dans la motivation des entreprises. Invariablement, lorsqu'une entreprise obtient le label « diversité », ce sont généralement ses efforts en matière de promotion de l'égalité entre femmes et hommes, de handicap et d'insertion des jeunes et des seniors qui sont mis en valeur¹³⁵. C'est également l'angle promu par l'association française des managers de la diversité (AFMD) dans un guide portant sur le dialogue social et la gestion de la diversité à destination des entreprises voulant négocier ou agir sur ce thème¹³⁶. De temps en temps, l'origine géographique est l'objet de mesures spécifiques, mais les efforts sont rarement étendus aux autres composantes de la diversité. En effet, les quatre composantes précitées font toutes l'objet de dispositions spécifiques dans la loi qui prévoient expressément que certaines mesures ne peuvent être considérées comme discriminatoires¹³⁷. L'absence d'encadrement

¹³² Patrice ADAM, « Réformer et re-former », *Dr. soc.*, 2016, p. 489.

¹³³ Gérard NOIRIEL, *Une histoire populaire de la France : de la guerre de Cent Ans à nos jours*, coll. Mémoires sociales, Agone, 2018, p. 741-742.

¹³⁴ W. B. MICHAELS et F. JUNQUA, préc., note 95.

¹³⁵ *Liaisons sociales quotidien*, actualité n° 17302, p.7, jeudi 6 avril 2017.

¹³⁶ Annie CORNET, *Le dialogue social et la gestion de la diversité*, AFMD et ORSE, 2014.

¹³⁷ V. le Chapitre 3 « Différences de traitement autorisées » du Titre III « Discriminations » du Livre 1^{er} de la Première partie du Code du travail qui énumère les hypothèses où il est possible de viser un motif discriminatoire – sans que cela ne soit considéré comme une discrimination - dès lors que c'est pour favoriser l'égalité de traitement. L'usage le plus courant est celui des dispositifs de mise à la retraite pour favoriser

législatif des autres composantes ou d'obligations de négociation les concernant, couplée à une législation en matière de discrimination peu commode à saisir, semblent profondément affecter le contenu des accords portant sur la diversité. La faiblesse des mesures positives proposées en faveur de ces autres composantes¹³⁸, notamment celles concernant l'origine, tranche avec l'intention initiale de l'ANI « *d'aborder, dans un premier temps, les discriminations directes ou indirectes, conscientes ou inconscientes, relevant des origines réelles ou supposées, c'est-à-dire de s'engager en faveur de la diversité sociale, culturelle et ethnique dans l'entreprise* »¹³⁹ ou encore celle portée par la charte de la diversité de « *chercher à refléter la diversité de la société française et notamment sa diversité culturelle et ethnique dans [les] effectif[s], aux différents niveaux de qualification* ». L'encadrement légal des obligations positives semble donc libérer les initiatives des entreprises qui se sentent de ce fait plus à l'aise, dans l'élaboration de mesures positives, avec la manipulation des motifs de discrimination – qu'elles ont été conditionnées à bannir de leurs pratiques.

Méthodologie de la recherche

37. L'étude des accords a rapidement permis de constater que leur intérêt et leur originalité sont très limitées, tant pour la définition de ce que serait la « diversité », qui est presque automatiquement renvoyée à la liste de motifs de discrimination de l'article L. 1132-1 du Code du travail, qu'au regard des mesures adoptées qui, globalement, sont très timides. Ce manque d'audace s'explique peut-être en partie par le fait que reconnaître le besoin de mesures positives revient à faire l'aveu de l'existence de discriminations, ce qui expose judiciairement l'entreprise. Ces premières observations effectuées sur une quarantaine d'accords, d'entreprise, de groupe, de branche ou régional, ont rapidement été confirmées par l'étude menée par la DARES sur 80 accords¹⁴⁰. Une étude du contenu des accords ayant déjà été réalisée, il nous a semblé pertinent de partir de cette dernière et de nos propres constatations pour construire notre réflexion. C'est la raison pour laquelle, plutôt que de s'intéresser au contenu des accords, nous avons choisi de nous intéresser aux raisons

l'emploi des jeunes, pas toujours bien maîtrisé par les employeurs : *Cass. Soc. 17 mars 2015, 13-27.142* : *Dalloz actualité*, 14 avr. 2015, obs. Peyronnet ; *D.*, 2015, Actu., p. 737 ; *JCP S*, 2015, p. 1298, obs. Bossu ; *Cass. Soc. 11 mai 2010, 08-45.307* : *D.*, 2010, Actu., p. 1357 ; *RDT*, 2010, p. 587, obs. Mercat-Bruns.

¹³⁸ V. Hélène GARNER et Magali RECOULES, *Égalité, diversité, discrimination. Etude de 80 accords d'entreprise sur la diversité*, 182, *DARES*, 2014, p. 24 : « Alors que l'ANI de 2006 visait à traiter de l'origine, on constate que ce composant est à la fois le moins cité et le moins outillé dans les accords. A l'inverse, le sexe apparaît comme le composant le plus cité et le plus outillé ».

¹³⁹ *Accord national interprofessionnel relatif à la diversité dans l'entreprise signé le 12 octobre 2006*, p.2.

¹⁴⁰ *DARES*, préc., note 138.

invoquées, aux motivations mises en avant, pour la conclusion de tels accords et d'essayer de comprendre en quoi la diversité représenterait un objectif légitime à poursuivre, tant au regard du besoin de justice ou d'égalité que de l'utilité d'une telle notion et des raisons pour lesquelles les moyens déployés pour y parvenir demeurent si timorés. Pour concevoir ce qu'une approche juridique de la diversité pourrait apporter au droit français, un détour par les États-Unis s'est imposé naturellement. En France, la diversité n'est pas une notion reconnue sur le plan juridique ; cependant, un grand nombre de chercheurs, sociologues, politistes ou spécialisés sur les questions de management et de gestion se sont intéressés à la notion. Cette littérature est, contrairement à la littérature juridique, très souvent disponible en libre accès sur internet. C'est pourquoi, pour un meilleur confort de lecture et faciliter l'accès aux sources, les adresses internet ont été intégrées au corps du texte ou aux notes de bas de page sous la forme de liens hypertextes. L'ensemble des éléments accessibles en ligne a été matérialisé dans la police d'écriture par l'utilisation de la couleur bleue (grise à l'impression). Le processus facilitant grandement la vérification des sources, nous avons pris pour habitude de procéder de la même manière pour les textes de loi ou la jurisprudence¹⁴¹. On remarquera que le dernier rapport du Conseil d'État a adopté une pratique similaire en ajoutant des liens hypertextes vers les décisions de justice citées.

La diversité et le droit du travail

38. Alors que l'accord national interprofessionnel du 22 octobre 2006 a posé des bases remarquables à la négociation portant sur la diversité, force est de constater que sa traduction aux niveaux inférieurs n'a pas été à la hauteur des ambitions affichées. Il y avait pourtant des orientations intéressantes traçant un lien entre plusieurs conceptions de la justice¹⁴², ou mettant en évidence l'aspect systémique des inégalités et le besoin d'établir les différentes responsabilités pour les corriger¹⁴³. La Halde avait, dès sa deuxième année d'exercice, fait remarquer que « si l'on croit à l'égalité, l'absence de diversité est le signe visible de

¹⁴¹ La copie de certains documents étant parfois délicate à trouver, le lien hypertexte peut renvoyer directement sur un fichier « pdf » qui sera alors automatiquement téléchargé.

¹⁴² « Lutter contre les discriminations en s'attachant au respect de l'*effectivité du droit* et s'engager en faveur de la diversité, de l'*égalité des chances et de traitement*, reconnaître à *chacun sa place dans la société*, sont autant d'actions indispensables au *respect rigoureux des droits de l'Homme* ».

¹⁴³ « S'agissant d'un *problème de société*, il appelle l'implication de l'ensemble des *acteurs publics et privés*. Dans le champ de *responsabilité* qui est le leur, les parties signataires entendent apporter, par le présent accord, leur contribution effective à ces actions ».

discriminations ou d'une égalité des chances mal assurée »¹⁴⁴. La recherche de collectifs de travail reflétant la diversité française au sein des entreprises est une approche nouvelle et plus inclusive de l'égalité et de la non-discrimination. Alors que dans ces dernières approches, l'individu appartenant au groupe dominant est systématiquement pris comme norme de comparaison, dans une approche visant à refléter la diversité française, l'individu « étalon » et son « groupe » sont intégrés au reste de la communauté.

39. Si les acteurs de terrain ont un rôle indéniable à jouer, il semble utopiste de penser que cela puisse se faire sans la moindre incitation et le moindre encadrement. Le constat du manque d'encadrement légal est également fait par le Défenseur des droits qui, intervenant au titre de sa mission de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité, a adressé à l'Assemblée nationale un avis à l'occasion de l'étude du projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises dans lequel il insiste sur la nécessité d'élargir « la prévention des autres motifs de discrimination tels que l'origine »¹⁴⁵. Il précise que selon lui il appartient à la loi « d'obliger les entreprises à évaluer et mesurer objectivement la situation de leurs salariés et des personnes recrutées en adoptant des indicateurs non financiers en matière de lutte contre les discriminations »¹⁴⁶. Cela fait déjà plusieurs années que le Défenseur des droits, appuyé par la CNIL, plaide pour une mesure plus précise et globale de la diversité¹⁴⁷.

40. Pour que les partenaires sociaux puissent réellement négocier en faveur de la diversité, il faudrait dans un premier temps que la loi définisse ce qu'elle attend d'eux, mais aussi ce qu'elle doit attendre d'elle-même. Un grand nombre de lois rendent impossible la négociation en entreprise en faveur de la diversité du fait notamment de différences de traitement instituées sous un angle différentialiste et qui, parfois, confortent des stéréotypes et discriminations systémiques. Il est indispensable de désacraliser l'universalité du droit, d'étudier sa formulation et ses effets sous le prisme de la diversité – comme cela a pu être fait pour le genre¹⁴⁸, et de reformuler les textes dans une vision plus inclusive. Ces éléments

¹⁴⁴ HALDE, *Rapport annuel 2006*, janvier 2007, p. 5.

¹⁴⁵ Défenseur des droits, *Avis n°18-20 portant sur l'article 61 du projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises (PACTE) visant à encadrer les enjeux sociaux et environnementaux au sein de l'entreprise*, 30 août 2018.

¹⁴⁶ *Id.*

¹⁴⁷ DEBET Anne (rapporteur), « Mesure de la diversité et protection des données personnelles », *Rapport présenté en séance plénière, CNIL*, le 15 mai 2007.

¹⁴⁸ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Mathias MÖSCHEL et Diane ROMAN, *Ce que le genre fait au droit*, coll. À droit ouvert, Paris, Dalloz, 2013; Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Marc PICHARD et Diane ROMAN (dir.), *La loi et le genre : études critiques de droit français*, Paris, CNRS Éditions, 2014.

corrigés, il sera alors possible aux partenaires sociaux d'adopter des mesures positives sur le même modèle. Rechercher à reconstituer au sein des entreprises la diversité française est un objectif légitime, mais il doit cependant être encadré pour être fait dans le respect des principes existants, d'égalité de traitement et de non-discrimination.

Plan de l'étude

41. L'absence de reconnaissance juridique de la diversité oblige le juriste à s'interroger sur l'opportunité d'ajouter une nouvelle approche de l'égalité, restant à définir, dans un droit positif déjà saturé par les différentes conceptions de cette dernière. C'est donc l'ancrage difficile de cette nouvelle notion qui guidera la première partie de cette étude. Nous démontrerons que loin d'ignorer les inégalités résultant d'un manque de considération de la diversité, le droit a d'ores et déjà intégré des mécanismes pour la défendre, le droit de la non-discrimination étant à ce titre le bras armé de la diversité dans bien des domaines. Mais la multiplication des mesures différentialistes et des exceptions pour tenir compte des différences, contribue à mettre en opposition ceux qui sont la norme et ceux qui ne la sont pas. L'universalité du droit doit donc être étudiée au prisme de la diversité pour que des règles inclusives, qui affecteraient toutes les composantes de la diversité de la même manière, soient privilégiées. Une fois l'utilité démontrée d'une telle notion, c'est à l'étude de sa mise en œuvre que nous nous consacrerons. Les contours de la diversité et de ses composantes doivent être définies et les modalités de comparaison, entre ce que la diversité est et ce qu'elle devrait être, précisées. Parce que l'entreprise est le terrain privilégié sur lequel les différents acteurs tentent d'implanter la notion de diversité, nous verrons comment le droit du travail peut s'adapter à l'usage d'une telle notion.

Partie 1 : L'ancrage difficile de la notion de diversité en droit français

Partie 2 : La mise en œuvre ordonnée de la diversité en droit du travail

Partie 1 : L'ancrage difficile de la notion de diversité en droit français

42. Le principe de l'universalité des droits, qui prédomine en France, a été entièrement forgé à l'aide de la figure du citoyen qui a été le réceptacle des droits civils et politiques reconnus par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Cependant, ce qui fonctionne bien (aujourd'hui) pour l'attribution égalitaire des droits de première génération que sont les droits civils et politiques, fonctionne beaucoup moins bien pour les droits de deuxième génération que sont les droits sociaux, du fait notamment de la rareté de leur objet : le droit à l'emploi peut être un droit universel, mais le nombre d'emplois sur le marché du travail reste limité. Le contexte distributif suppose de préserver un certain équilibre dans l'octroi des biens sociaux et le respect de la diversité apparaît dès lors comme un moyen de vérifier que la répartition de ces biens se fait sans biais ou déséquilibres au bénéfice ou détriment d'une partie de la population. La question se pose donc de savoir si la diversité et les techniques qu'elle a pu impliquer aux États-Unis sont compatibles avec la conception de l'égalité et plus généralement avec le système juridique français. Dans la mesure où il existe déjà un programme en faveur de l'égalité de traitement et un autre en faveur de la lutte contre les discriminations, qu'est-ce que la diversité peut apporter de plus, ou de différent, qui justifierait de l'introduire en droit français ?

43. En premier lieu, à l'analyse on peut remarquer que le principe même de l'universalité des droits peut sérieusement être discuté. D'une part, parce qu'il n'est pas absolu et est teinté d'hypocrisie à bien des égards, et d'autre part, parce qu'il a souffert ces dernières décennies d'un certain nombre d'exceptions. Ces contradictions sont directement liées aux besoins de reconnaissance de plus en plus pressants de la diversité française et de la prise en compte de différences jusqu'ici ignorées.

44. En second lieu, la notion de diversité peut être utilisée pour reconstruire une universalité des droits qui serait, cette fois, sensible au pluralisme de notre société tout en maintenant le principe de l'égalité des droits. En d'autres termes, la différence ne doit pas conduire à priver une personne de ses droits, mais ne doit pas non plus lui permettre d'accéder à des droits supplémentaires. Contrairement aux mécanismes distributifs classiques, comme les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en droit du travail, avec la

diversité on s'attache davantage au résultat global de la distribution qu'à la manière dont elle s'est effectuée. Cela suppose notamment de rompre avec la logique individuelle pour reconnaître l'existence juridique de groupes.

45. Ainsi, si l'on devait décrire son effet (potentiel) sur notre conception de l'universalisme, on pourrait dire que la diversité agit sur l'universalisme comme un prisme sur la trajectoire de la lumière : elle est aussi bien capable de le décomposer (Titre 1) que de le recomposer (Titre 2).

Titre 1 : La décomposition de l'universalisme au prisme de la diversité

46. Ce n'est pas tant l'universalisme qui pose difficulté que les circonstances dans lesquelles il a été pensé et la manière dont on le « réactualise ». Le « moule » du citoyen étant déjà initialement trop étroit pour contenir l'ensemble des individus, il n'est pas étonnant qu'il se trouve aujourd'hui dépassé dans l'accueil de la diversité de notre société contemporaine. Les acceptations successives de nouvelles personnes dans le cercle des citoyens n'ont pas fait d'elles des citoyens à part entière, mais des « sous-citoyens ». Soit parce que l'exclusion qu'elles ont vécue – en tant que groupe – hier, n'a pas été véritablement « réparée », soit parce qu'encore aujourd'hui elles subissent des discriminations qui les empêchent de bénéficier des droits qui s'attachent à la qualité de citoyen qu'elles ont pourtant formellement acquise. Imaginons que l'ascension sociale soit matérialisée par un train. À une époque, les femmes et certains hommes ont été privés de monter dans un train, on leur refusait purement et simplement de leur vendre un ticket. Les hommes blancs ont pu embarquer sans être mis en concurrence avec ces autres catégories, ils se sont installés et se sont répartis entre eux les meilleures places. Le fait de déclarer aujourd'hui que tous les hommes et toutes les femmes peuvent voyager en train rend-il pour autant effectif la possibilité de monter dans le train, de s'y asseoir et d'y occuper certaines des meilleures places ? Faut-il ou non imposer que pour monter dans le train, certains en descendent ? Ne faut-il pas que les meilleurs sièges soient réattribués pour que tout le monde puisse avoir la chance d'en profiter ? Sur ce point, le droit français apparaît partagé entre un principe d'égalité des droits qui a ses limites et la volonté de prendre en considération les biais de cette approche avec des mécanismes plus récemment introduits en droit comme le principe de non-discrimination. La décomposition de l'universalisme passe avant toute chose par la reconnaissance de ses limites intrinsèques, par sa nature nécessairement utopique (Chapitre 1) et se matérialise par la prise en compte – toujours plus étendue – des caractéristiques qui peuvent donner lieu à des discriminations. Parce qu'il met en évidence les différents aspects de la diversité rendus invisibles par le moule républicain, le principe de non-discrimination apparaît comme la dimension pathologique de la diversité. Sa consécration constitue ainsi une étape cruciale dans la reconnaissance de la réalité de la diversité (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'utopie universaliste

47. Le principe de l'universalité des droits de 1789 a été débattu dès le premier jour du fait de l'exclusion qu'il opérerait de plus de la moitié de l'humanité – les femmes¹⁴⁹ – et d'une partie des hommes – les esclaves¹⁵⁰. Depuis, le législateur et les différentes Constitutions n'ont eu de cesse de corriger le contenu de l'universalité pour la faire évoluer avec la société. L'évolution du principe de l'universalité des droits, par l'inclusion de nouvelles personnes dans le cercle des citoyens, est *per se*, la reconnaissance – l'aveu ? – de la nature imparfaite de l'universalité proclamée. Or, une telle prise de conscience peut être difficile. Pendant combien de temps les auteurs ont-ils abusivement daté la création du suffrage universel à 1789 alors qu'il ne l'a été qu'en 1944 avec l'obtention du droit de vote par les femmes¹⁵¹, voire ne l'est techniquement pas encore puisque les mineurs et les résidents étrangers continuent à ne pas pouvoir voter à certaines élections ?

48. Quoi qu'il en soit, le constituant de 1789 est parti du postulat que si l'on reconnaît les mêmes droits à tous les hommes, alors ces hommes seront égaux ou du moins que c'est là le seul impératif d'égalité qui incombe à l'État. Ainsi, l'universalisme français repose sur l'idée directrice que le droit doit être « aveugle aux différences » (Section 1).

49. Cependant, la conception formelle de l'égalité des droits, bien qu'étant une prémisses indispensable, a été pendant longtemps abusivement présentée comme suffisante à réaliser l'égalité. En cela, l'universalité des droits constitue une forme d'utopie dont on a rapidement perçu les limites. Le problème vient de la traduction concrète de l'universalité des droits qui ne prend pas en considération le contexte ou les décalages avec lesquels elle a été définie. Les absences de reconnaissance et de prise en compte, en amont, de la différence contribuent à la formation de nombreuses inégalités et aux besoins de les résorber, parfois maladroitement en multipliant des exceptions, en aval. Ces exceptions, si elles favorisent parfois l'égalité réelle,

¹⁴⁹ Raison pour laquelle Olympe de Gouges a écrit en septembre 1791 sa Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne. [V. ses motivations et le contenu de cette déclaration sur le site de la bibliothèque nationale de France \(BNF\)](#).

¹⁵⁰ Certains révolutionnaires se sont prononcés clairement contre le maintien de l'esclavage et « à l'instar de Robespierre s'exclamant : "Périssent les colonies si vous les conservez à ce prix", entendent faire produire toutes ses conséquences à la proclamation des droits naturels de l'homme. Et si la Convention vote finalement l'abolition de l'esclavage – "aujourd'hui, dit Danton, nous proclamons la liberté universelle", on sait que le décret n'est jamais entré en application » : D. LOCHAK, préc., note 5, p. 66.

¹⁵¹ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ et Diane ROMAN, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 3e édition, coll. Hypercours Dalloz [cours & travaux dirigés], Paris, Dalloz, 2017.

contribuent également, par leur anarchie et leur manque de cohérence entre elles, à affaiblir le principe de l'universalité des droits. D'un refus initial de voir les différences, le droit prétendument universaliste se trouve aujourd'hui aveuglé par elles (Section 2).

Section 1 : Un universalisme reposant sur un droit aveugle aux différences

50. Le célèbre article premier de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, aux termes duquel « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* », pose un préalable à l'intervention de l'État, un postulat, et non un objectif à atteindre et encore moins une réalité sociologique. Cette posture est confirmée par la formulation retenue dans l'article premier de la Constitution du 4 octobre 1958 dans lequel c'est bien l'État qui « *assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine de race ou de religion* ». Le droit français de l'égalité se trouve donc fondé sur une fiction universaliste (§1) se traduisant juridiquement par une conception formelle et procédurale de l'égalité (§2).

§1 : La fiction universaliste

51. Le postulat de départ est celui d'un droit « aveugle aux différences » (A). Les limites de ce postulat sont immédiatement visibles puisque pour interdire les distinctions, l'article premier définit des critères de distinction et son second alinéa va même plus loin en prévoyant que « *la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* ». D'une égalité formelle souffrant aucune exception, *a priori*, on a depuis basculé, dans certains domaines, dans une égalité réelle où l'on s'intéresse non plus seulement au contenu de la loi, mais aux résultats qui découlent de son application. Ce n'est pas la seule exception au principe d'égalité formelle et la loi n'est, dans bien des cas, pas si aveugle aux différences que cela (B).

A. Le postulat d'un droit « aveugle aux différences »

52. La logique universaliste adoptée par les révolutionnaires poursuivait deux objectifs : unifier et homogénéiser la société de l'Ancien Régime gangrénée par les inégalités « dont le temps, le hasard, les abus, les privilèges, la faveur ou le despotisme avaient composé le

chaos »¹⁵². Pour la Professeure Olivia Bui-Xuan, « le droit élaboré à cette époque a explicitement pour objectif de construire "Une" nation. Ce projet s'est concrétisé à travers différentes mesures : uniformisation des droits bien sûr¹⁵³, mais aussi uniformisation administrative, uniformisation linguistique et uniformisation des poids et des mesures ». C'est ainsi que l'« universalisme [guide] la conception française de la citoyenneté – citoyenneté conçue comme exclusive¹⁵⁴, transcendant les différences – et [commande] directement l'égalité des droits et de traitement des individus »¹⁵⁵.

53. Concrètement, dans l'idéal révolutionnaire, chaque individu doit, lorsqu'il pénètre l'espace public, mettre de côté ses intérêts particuliers (corporatistes, religieux, familiaux, etc.) et se mettre au service de la recherche de l'intérêt général. Cette neutralité dans la détermination de l'intérêt général s'est traduite aussi par l'application universelle de la règle de droit ainsi dégagée et c'est cet héritage qui « explique pourquoi la France a toujours refusé de reconnaître juridiquement l'existence de minorités »¹⁵⁶. La loi étant faite par tous, elle s'applique à tous. Il est inutile de faire des lois spéciales pour certains citoyens puisque tous les citoyens sont égaux, ils ont donc tous, dans une même situation, des besoins et devoirs identiques, ces derniers étant dégagés en fonction de l'intérêt général. Cela se traduit, bien plus tard, dans la définition de la mission de l'école républicaine qui « doit permettre au futur citoyen de s'émanciper de ses communautés originelles et d'acquérir la capacité de raisonnement nécessaire à la compréhension des affaires de la cité »¹⁵⁷. On retrouve cette logique d'« émancipation » dans les motifs¹⁵⁸ accompagnant l'adoption de la loi du 15 mars 2004 encadrant le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics¹⁵⁹, preuve que cette vision de l'universalisme et de la République innerve encore aujourd'hui nos textes de lois.

¹⁵² Jean- Paul RABAUD DE SAINT ETIENNE, « Réflexions sur la nouvelle division du royaume par M. Rabaud de Saint-Etienne », en annexe de la séance du 12 novembre 1789 in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787-1799)* sous la direction d'Emile LAURENT et Jérôme MAVIDAL, Tome X - Du 12 novembre au 24 décembre 1789, Paris, Librairie Administrative P. Dupont, 1878. p. 37.

¹⁵³ Cela concerne bien évidemment la suppression des trois ordres avec l'abolition des privilèges mais également l'homogénéisation du droit sur l'ensemble du territoire.

¹⁵⁴ Jacques CHEVALLIER, « Les transformations de la citoyenneté », *Regards sur l'actualité*, avril 1999, p.4-5.

¹⁵⁵ O. BUI-XUAN, préc., note 26, p. 16.

¹⁵⁶ *Id.*, p. 17-18.

¹⁵⁷ *Id.*, p. 18.

¹⁵⁸ *Exposé des motifs de la loi du 15 mars 2004* : « A cet égard, la réaffirmation du principe de laïcité à l'école, lieu privilégié d'acquisition et de transmission de nos valeurs communes, instrument par excellence d'enracinement de l'idée républicaine, paraît aujourd'hui indispensable » (§4).

¹⁵⁹ Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, *JORF* du 17 mars 2004, p 5190.

54. L'universalisme se traduit généralement dans les textes par une formulation neutre de la règle de droit : « toute personne », « tout individu », « nul », « chacun », « quiconque », « tous ». C'est une interprétation moderne qui permet de considérer la formulation « tous les hommes » comme étant une formulation universaliste de la règle de droit. On réécrit en quelque sorte l'histoire en substituant l' « homme » en tant qu'être masculin, à l'Homme, avec un « H » majuscule, au sens d'être « humain ». On notera d'ailleurs qu'en droit international, les conventions les plus récentes préfèrent « êtres humains » ou « droits humains » aux formulations précédentes.

55. L'universalité des droits est ce qui permet en France de « faire société ». Les exceptions dans le contexte français sont généralement mal vécues. Le cœur du problème réside dans le fait qu'aujourd'hui l'universalisme, l'absence de reconnaissance de certaines minorités, montre ses limites. Il semble parfois s'appliquer, du fait des imperfections innées de l'universalité, des doubles standards insupportables. Par exemple, l'incitation, parfois brutale, à l'invisibilité de la religion musulmane serait plus facilement acceptable si dans le même temps on enjoignait à la religion chrétienne d'en faire de même. « Les origines chrétiennes » de la France, sa tradition et son histoire, sont souvent invoquées pour justifier du non-respect de la laïcité lorsqu'est en cause une fête ou un avantage dont profitent les chrétiens. Cela n'est pas tolérable dans un État fondé sur l'universalité des droits. L'existence de certains décalages entre la règle de droit et son application a obligé le législateur à réagir pour corriger la situation de certaines catégories de la population.

56. C'est à ce moment-là, comme a pu le remarquer la Professeure Danièle Lochak, que « l'idéal universaliste montre ses limites. Il arrive d'abord qu'il soit pris en défaut, que la règle ne soit pas la même pour tous, soit qu'elle consacre ouvertement des inégalités, soit que sa façade universaliste masque des discriminations indirectes. On est parfois contraint, ensuite, pour garantir une application identique de la règle de droit à tous les individus, de prévoir une protection spécifique pour certaines catégories de personnes particulièrement exposées aux discriminations. Enfin, l'universalité de la règle – volontiers confondue, on l'a dit, avec son uniformité – n'est pas toujours suffisante pour assurer une égalité effective. L'application indifférenciée d'une même règle à tous les individus peut aboutir à entériner des inégalités de fait, voire à les aggraver. Dans ces conditions, la renonciation à l'universalité abstraite de la norme juridique paraît parfois nécessaire pour assurer à tous la jouissance des

droits proclamés. Se pose alors la question de savoir jusqu'où on peut aller en ce sens pour assurer une égalité véritable sans risque de remettre en cause l'idéal universaliste lui-même »¹⁶⁰.

B. Une fiction juridique

57. Toute la difficulté que représente l'universalisme est de nous obliger à composer avec un moule initialement conçu trop étroitement. Seuls les hommes, blancs, étaient citoyens et pouvaient participer à l'élaboration des lois. Il est donc logique que ces dernières répondent avant toute chose à leurs besoins et leurs préoccupations. « La citoyenneté a en effet "été élaborée à partir des attributs, des capacités et des activités des hommes" blancs, de sorte que la citoyenneté ne peut être étendue aux femmes et aux "non-blancs" "qu'en tant qu'homme inférieur" »¹⁶¹. Réjane Sénac nous invite, dans son ouvrage, *Les non-frères au pays de l'égalité*¹⁶², à repenser notre conception de l'égalité à l'aune de ses interactions avec les deux autres principes de notre devise, à savoir la liberté et surtout la fraternité¹⁶³. Pour cette auteure, « la question fondamentale de savoir qui est un "frère" et qui est un "non-frère", au sens d'exclu.e.s de la fraternité républicaine, est un impensé de la République »¹⁶⁴. Elle considère donc que « lever le tabou sur le péché originel "fraternel" de la République française, c'est éclairer non seulement l'histoire, mais aussi la modernité des frontières entre les frères et les non-frères »¹⁶⁵. Or, une telle entreprise de déconstruction de l'universalisme supposerait que tout le Droit des deux derniers siècles soit passé au peigne fin, notamment, du genre, de l'ethnocentrisme ou de l'hétéronormativité, afin de révéler les inégalités qu'il porte en son sein. C'est là tout l'intérêt des études de genre – aujourd'hui tant décriées par toute une partie de la classe politique, et de la population, défenseuses du *statu quo*. La Professeure Danièle Lochak, dans son ouvrage, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*¹⁶⁶, dresse une liste non exhaustive, mais très parlante, des victimes de l'universalité proclamée, qui permet

¹⁶⁰ D. LOCHAK, préc., note 5, p. 59-60.

¹⁶¹ Réjane SÉNAC, *L'égalité sous conditions: genre, parité, diversité*, coll. Domaine fait politique, Paris, Sciences Po Les Presses, 2015, p. 33.

¹⁶² Réjane SÉNAC, *Les non frères au pays de l'égalité*, coll. Nouveaux débats, Paris, Sciences po, les presses, 2017.

¹⁶³ V. sur cette notion Michel BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, LGDJ, 1993.

¹⁶⁴ R. SÉNAC, préc., note 162, p. 8.

¹⁶⁵ Elle reprend ici les idées de Françoise GASPARD, « Du patriarcat au fratriarcat. La parité comme nouvel horizon du féminisme », *Cahiers du genre*, hors-série, n°2, 2011/3, p. 135-155 et Carole PATEMAN, « The Fraternal Social Contract », in John Keane (ed.), *Civil Society and the State : New European Perspectives*, Londres, Verso, 1988, p. 107-127.

¹⁶⁶ D. LOCHAK, préc., note 5, p. 65.

de faire le point sur les lacunes du principe de l'universalité des droits. Parmi ces défauts, on retrouve la définition du périmètre de la « citoyenneté » que Réjane Sénac évoque sous l'angle des « frères » et des « non-frères ». L'universalité des droits ne s'applique qu'entre les citoyens français. Or, bon nombre de personnes ont été initialement exclues de la citoyenneté : les étrangers, les femmes, les enfants, les déments, les prisonniers, et, pour certains, continuent de l'être. Les exclusions des esclaves, des femmes, des jeunes de 18 à 21 ans ont été abandonnées progressivement, d'autres ont été maintenues (les étrangers résidents, les moins de 18 ans, etc.). Par conséquent, chaque fois qu'une personne n'entre pas dans le périmètre de la citoyenneté, elle ne peut pas bénéficier de l'égalité des droits. Il est indispensable de toujours s'interroger sur la norme que l'on présente comme universelle. En 1944, il y a eu des débats portant sur l'opportunité, la nécessité même, de refondre la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁶⁷, qui n'avait pas empêché le Régime de Vichy et le dépouillement de certains groupes de leur qualité de citoyens, au premier rang desquels les juifs. Au niveau international, il existe aussi une critique de la Déclaration universelle des droits de l'homme¹⁶⁸. L'UNESCO a même lancé en 1947 une enquête mondiale sur les droits de l'homme et confronté les avis d'intellectuels de toutes les cultures pour remettre en question le caractère « universel » de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948. Leurs contributions sont sans appel et la conclusion prévisible : la DUDH est très occidentale et ne prend pas en considération les valeurs de certaines cultures (orientales et arabes principalement)¹⁶⁹

58. L'entrée tardive de certaines catégories dans celle des « citoyens » a-t-elle été compensée d'une quelconque manière ? Les avantages et positions acquises par les hommes blancs pendant cette période d'accès privilégié à la citoyenneté ont-elles été redistribuées ? Pas vraiment, la majorité dominante était déjà éduquée, élue aux positions les plus prestigieuses et l'introduction par exemple de la parité dans les listes électorales¹⁷⁰ n'a pas permis, comme nous le verrons, de modifier radicalement la composition de l'Assemblée nationale¹⁷¹.

¹⁶⁷ Joseph YACOUB, « Pour un élargissement des droits de l'homme », 2004, n°206-2, *Diogenes*, pp. 99-121.

¹⁶⁸ V. Gilles Lebreton, « Critique de la Déclaration universelle des Droits de l'homme », CRDF, n°7, 2009, p. 17-22.

¹⁶⁹ J. YACOUB, préc., note 167.

¹⁷⁰ La loi n° 2000-493 du 6 juin 2000, tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives module l'aide publique aux partis politiques en fonction de leur respect de l'application de la parité pour la présentation des candidats aux élections, *JORF* du 7 juin 2000, p. 8560.

¹⁷¹ Les femmes ne représentaient que 26,2% des députés à l'Assemblée nationale au cours de la précédente législature. V. Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes, *Guide de la Parité - Des lois pour le*

1. Le cas de l'origine ou de la « race »

59. Une autre difficulté posée par le principe d'universalité des droits est d'avoir conduit à consacrer une égalité formelle sans tenir compte du décalage qu'implique l'application du droit. Le fait de déclarer les citoyens égaux n'a pas nécessairement pour effet de les rendre égaux. À ce titre, la Professeure Danièle Lochak donne l'exemple de l'abolition de l'esclavage¹⁷² : les révolutionnaires de 1789 ont clairement vu la contradiction qu'il y aurait à ne reconnaître l'universalité des droits qu'aux hommes blancs et l'abolition de l'esclavage s'imposait donc comme une condition préalable incontournable. Cependant, les décrets d'application permettant l'abolition effective de l'esclavage n'ont jamais été pris, laissant ceux que l'on considérait comme des égaux dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans un état de soumission inhumain.

60. La conception universaliste de 1789 n'a pas survécu à la Révolution : « avec la référence au droit naturel disparaît la vocation à l'universalité : ce sont au mieux les droits des Français que les constitutions ultérieures – qu'elles soient monarchiques, impériales ou républicaines – se contentent d'exposer »¹⁷³. La question n'est d'ailleurs pas propre à la France. Comme le relève Carolin Emcke, « les acteurs politiques et sociaux qui, en Europe, invoquent à nouveau le "peuple" et la "nation", emploient ces notions dans une acception délibérément étroite : le "peuple" n'est pas compris comme *demos* mais le plus souvent comme *ethnos*, c'est un clan dont les membres ont une origine, une langue et une culture que l'on prétend communes »¹⁷⁴. Dans le cas français, on peut faire le parallèle avec l'utilisation de la fiction juridique du « citoyen ». En effet, dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le citoyen constitue un sous-ensemble fermé, exclusif.

61. L'exclusion de certaines catégories de la population a été particulièrement visible à l'égard des colonies françaises où « l'indigène colonisé [était] astreint à un régime de sous-citoyenneté, voire de non-citoyenneté, tout en "bénéficiant" de la nationalité française dans

partage à égalité des responsabilités politiques, professionnelles et sociales, éd. 2016. Il aura nécessité un remaniement complet de l'Assemblée nationale avec l'apparition de nouveaux partis disposant de peu d'anciens élus pour que les femmes gagnent plus de terrain. En effet, la nouvelle assemblée élue en 2017 comprend 38.8% de femmes.

¹⁷² D. LOCHAK, préc., note 5, p. 66.

¹⁷³ Danièle LOCHAK, « Penser les droits catégoriels dans leur rapport à l'universalité », *Rev. Droits L'homme Rev. Cent. Rech. D'études Sur Droits Fondam.* 2013, n°3, mis en ligne le 26 novembre 2013.

¹⁷⁴ Carolin EMCKE, *Contre la haine : plaidoyer pour l'impur*, Le Seuil, 2017, p. 128.

ses aspects de contrainte (notamment, le service militaire) »¹⁷⁵. On retrouve encore cela avec les immigrés, qui peuvent travailler en France, payer leurs impôts en France, sans pour autant entrer dans la sphère des « frères » et bénéficier de la citoyenneté ou alors de manière très limitée pour les ressortissants communautaires à l'occasion des élections municipales¹⁷⁶. Le droit du travail est sur ce point assez précurseur puisque les travailleurs étrangers peuvent voter et être élus aux élections professionnelles depuis 1979, mais ils restent néanmoins inéligibles aux élections prud'homales¹⁷⁷. Cette ambiguïté sur la question raciale est parfaitement visible aujourd'hui dans notre incapacité à saisir le phénomène du racisme. Pour beaucoup, la question se pose de savoir si reconnaître la race comme étant une catégorie juridique, y compris pour interdire les discriminations raciales, revient à admettre son existence¹⁷⁸. L'égalité formelle reconnue entre « blancs » et « non-blancs » ne fait aujourd'hui pas débat en France puisque l'universalisme, le moule du citoyen, n'a pas de couleur. On évoque dans la Constitution le refus des distinctions en fonction de la race, pour autant on refuse catégoriquement de la définir, ce qui alimente la vision binaire « blanc/non blanc » entre ceux dont on a reconnu d'emblée la citoyenneté et ceux que l'on a « admis » plus tard dans ce cercle. On retrouve aujourd'hui cette vision très ethnocentrée dans l'expression à la mode lors de la nomination d'« une personne issue de la diversité ».

62. L'exclusion ne se fait pas seulement par l'invisibilisation, elle peut également se faire par la reconnaissance d'un statut parallèle comme ce fut le cas par exemple pour les femmes. En effet, leur situation est traitée de la manière suivante par le droit : l'homme est au cœur de l'élaboration de la règle, la femme est le cas particulier ou l'exception qui justifie la création d'un statut spécifique.

2. *Le cas des femmes*

63. Les femmes sont l'exemple le plus intéressant de l'inefficacité de l'égalité formelle et matérielle dans la résorption des inégalités. En effet, contrairement à la race qui n'a pas fait l'objet d'une reconnaissance marquée comme cela a pu être le cas aux États-Unis, les femmes

¹⁷⁵ Hervé ANDRES, « Droit de vote : de l'exclusion des indigènes colonisés à celle des immigrés », *Asylon(s)*, n°4, mai 2008.

¹⁷⁶ Loi organique n°98-404 du 25 mai 1998 déterminant les conditions d'application de l'article 88-3 de la Constitution relatif à l'exercice par les citoyens de l'Union européenne résidant en France, autres que les ressortissants français, du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales, et portant transposition de la directive 94/80/CE du 19 décembre 1994, *JORF* du 26 mai 1998, p. 7975.

¹⁷⁷ Art. L.1441-7 du Code du travail.

¹⁷⁸ D. LOCHAK, préc., note 11, p. 63.

ont toujours été considérées et traitées comme un groupe « à part ». L'existence d'un corpus de textes traitant explicitement du statut des femmes a rendu bien plus difficile l'assimilation de ces dernières dans le cercle des citoyens, neutres, auxquels s'applique un droit « universel ». Le droit n'a pas été repensé dans son ensemble pour intégrer les femmes, il a été amendé, couche après couche, pour des raisons pragmatiques¹⁷⁹ et sa diffusion au sein de l'Union européenne a suivi la même logique¹⁸⁰. Cela explique que la reconnaissance formelle de l'égalité entre les hommes et les femmes ait été encore plus tardive que pour les « non-blancs », car ces dernières existaient déjà en étant appréhendées par le droit avec un statut différent. L'égalité formelle a consisté notamment à gommer l'infériorité du statut des femmes, mais il reste encore aujourd'hui teinté par la théorie de la « complémentarité des sexes » et la différenciation des rôles sociaux qui évitent d'avoir à réellement se poser la question d'un traitement égalitaire. Si l'on grossit le trait, de la même manière qu'il a pu exister une doctrine « séparés, mais égaux » concernant les afro-américains qui posait un voile sur la réalité du traitement, il y a toujours, dans de nombreux pays, y compris en France, une séparation entre les hommes et les femmes fondée sur leur prétendu/supposé « rôle » dans la société. Les femmes sont systématiquement et abusivement ramenées à leur rôle de mère et à leurs « faiblesses » naturelles pour justifier un traitement différent et inégalitaire : « s'agissant des femmes, on constate sans peine que la présence dans la norme juridique des marqueurs du genre, la sexuaction des normes, est corrélée à l'attribution de rôles sociaux différenciés et hiérarchisés aux hommes et aux femmes¹⁸¹. La prise en compte du genre par le droit a servi pour l'essentiel à organiser l'infériorité juridique des femmes »¹⁸².

64. Contrairement aux questions raciales, beaucoup de textes spécifiques à la question de l'égalité entre hommes et femmes existent en droit européen *et* en droit interne. L'égalité entre les hommes et les femmes a rejoint la mention qui était faite à la « race » dans l'article premier de la Constitution de 1958, mais dans une dimension beaucoup plus dynamique

¹⁷⁹ Par exemple, la motivation de la réforme donnant l'autorisation aux femmes d'utiliser seules l'argent du foyer, tenait uniquement dans l'état de nécessité des familles causé, pendant la guerre, par l'absence des hommes qui ne se trouvaient plus en capacité d'encadrer ces dépenses. V. [Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux](#), JORF du 14 juillet 1965, p. 06044.

¹⁸⁰ CJUE, 8 avril 1976, *Defrenne I*, aff. 43-75, *Rec.*, 1976, page 00455, §9 : « compte tenu de la différence du degré d'évolution des législations sociales dans les différents Etats membres, l'article 119 a pour fonction d'éviter que, dans la compétition intracommunautaire, les entreprises établies dans des Etats membres qui ont effectivement réalisé le principe de l'égalité de rémunération, ne subissent un désavantage concurrentiel par rapport aux entreprises situées dans des Etats qui n'ont pas encore éliminé la discrimination salariale au détriment de la main-d'œuvre féminine ».

¹⁸¹ Danièle LOCHAK, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », in *Mélanges André Lajoie*, Thémis, Univ. De Montréal, 2008, pp. 659-689.

¹⁸² D. LOCHAK, préc., note 5, p. 61.

puisque'il s'agit, à l'alinéa 2, de « favorise[r] l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ». Un dynamisme actuellement jugé insuffisant puisque circule, dans les milieux féministes autorisés, une pétition visant notamment à remplacer le verbe « favoriser » par « garantir » et ajouter l'interdiction des distinctions fondées sur le sexe au premier alinéa¹⁸³.

65. Sur le plan de l'égalité formelle par exemple, avec la loi du 22 décembre 1972 relative à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes¹⁸⁴ à l'origine de l'article L. 140-2 du Code du travail¹⁸⁵ introduisant le principe « à travail égal, salaire égal », on a pu constater une progression des rémunérations féminines jusque dans les années 1990, mais l'existence d'un « plafond de verre » se fait ressentir depuis le milieu des années 2000, période à laquelle l'écart à cesser de se réduire¹⁸⁶. C'est une interprétation large du texte par la jurisprudence qui a permis la comparaison de situations similaires en lieux et place de la comparaison des seules situations identiques. Les femmes et les hommes n'exerçant pas, statistiquement parlant, les mêmes fonctions, cette approche a donc obligé les acteurs de l'entreprise à se questionner sur l'égalité réelle, à prendre en considération les travaux de « valeur égale ». C'est ainsi qu'une salariée directrice des ressources humaines a pu obtenir des dommages et intérêts pour inégalité de traitement vis-à-vis de ses collègues directeur financier ou marketing alors même qu'elle ne faisait pas le « même » travail¹⁸⁷. Pour autant, l'égalité entre les hommes et les femmes a cessé de progresser et ces dernières se heurtent au « plafond de verre » sans parvenir massivement à le briser.

3. Le cas des minorités religieuses

66. La loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État¹⁸⁸ pose également de nombreuses difficultés. Elle constitue à l'heure actuelle probablement la preuve la plus flagrante de l'inégalité de traitement résultant de l'absence d'universalité initiale de la

¹⁸³ Les deux propositions nous semblent quelques peu contradictoires, comment en effet garantir l'égalité entre les femmes et les hommes si l'on refuse toute distinction fondée sur le sexe ? À notre sens, la seconde proposition risque sérieusement d'entraver la réalisation de la première.

¹⁸⁴ Loi n° 72-1143 du 22 décembre 1972 relative à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, *JORF* du 24 décembre 1972, p. 13411.

¹⁸⁵ Devenu l'article L. 3221-2 du Code du travail.

¹⁸⁶ OCDE, *Rapport 2017 « Atteindre l'égalité femmes-hommes : Un combat difficile »*, éd. OCDE, Paris, 2017 et la synthèse "Où se situe la France".

¹⁸⁷ Cass. Soc. 26 juin 2008, n° 06-46.204 : *Bull. civ.*, V, n° 141 ; *D.*, 2008, *AJ*, 2084 ; *RDT*, 2008, p. 747, obs. Laulom ; *Dr. soc.*, 2008, p. 1129, obs. Lanquetin ; *RJS*, 2008, p. 814, n° 996 ; *JS Lamy*, 2008, n° 241-3.

¹⁸⁸ *JORF* du 11 décembre 1905, p. 7205.

norme. En effet, si selon l'article 2 de cette loi, « *la République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte* », tous les cultes ne se voient pas affectés de la même manière par cette règle de neutralité. L'exemple des lieux de cultes est très parlant. Alors que les édifices religieux catholiques sont subventionnés en raison de leur appartenance au « patrimoine » architectural français, bien souvent protégé par les architectes des bâtiments de France, les religions dont l'implantation en France est plus récente ne peuvent pas, quant à elles, profiter de ce patrimoine et doivent trouver des lieux de cultes adaptés. L'Église catholique profite donc de cet ancrage dans le passé pour conserver et utiliser les édifices religieux et l'application stricte du refus de financement des cultes peut conduire à des situations problématiques : financement des lieux de culte par des fonds étrangers, prières dans la rue faute de places suffisantes, refus de mise à disposition de locaux par les communes, refus de prêt par les banques pour l'achat ou la construction de lieux de culte en raison de l'absence de solvabilité de certaines associations cultuelles, etc.¹⁸⁹. Cette question de l'ancrage historique de la religion chrétienne en France se retrouve dans bien d'autres aspects de la vie quotidienne : le temps s'écoule au rythme du calendrier grégorien, le nombre des années est calculé en fonction de la naissance de Jésus Christ (2018 après J.-C.), les jours fériés permettent pour la plupart la célébration de fêtes chrétiennes¹⁹⁰, les vacances scolaires sont fixées autour des principales fêtes chrétiennes, le jour de repos est le dimanche, etc. Toute l'organisation de notre société facilite la pratique du culte catholique plaçant les pratiquants des autres cultes dans une situation inconfortable les obligeant à demander des dérogations à la « norme universelle » afin d'obtenir des jours d'absence pour leurs propres fêtes religieuses ou des lieux de cultes adaptés.

67. Cette fiction universaliste se traduit par une prédominance dans le droit français de l'égalité formelle au détriment des autres conceptions de l'égalité.

§2 : La traduction juridique de cette fiction universaliste

68. L'affirmation de l'égalité de tous les citoyens s'exprime dans les textes par une prépondérance du principe d'égalité formelle (A). Ainsi, puisque *A* et *B* sont égaux et se trouvent dans la même situation, on leur appliquera la même règle. En revanche, si *A* et *B* sont

¹⁸⁹ V. le [Rapport d'information n° 345 \(2014-2015\) de M. Hervé MAUREY, fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales, déposé à la présidence du Sénat le 17 mars 2015.](#)

¹⁹⁰ Art. L.3133-1 du code du travail.

dans les faits inégaux ou qu'ils sont dans une situation différente, il sera parfaitement possible de leur appliquer également la même règle. Les notions de travail égal ou de valeur égale, d'objet de l'avantage en cause, etc., alimentent les débats autour de la comparabilité¹⁹¹ des situations et mettent en évidence le caractère malléable du principe d'égalité. Le droit du travail offre ainsi à l'égalité formelle un terrain d'expression incomparable avec le principe « d'égalité de traitement » (B).

A. Une égalité formelle

69. Le principe d'égalité est indissociable de la question de la justice et de l'équité. Aristote, dans son ouvrage *Éthique à Nicomaque*¹⁹², a décrit la justice sous l'angle de l'égalité et considère que « deux contextes permettent de les concevoir : la commutation et la distribution. Dans le contexte commutatif, l'égalité est rigoureusement arithmétique. Chaque homme en vaut un autre de sorte que la justice commutative recouvre l'obligation fondamentale dans un ordre juridique, d'assurer l'égalité formelle. Dans le contexte distributif, la justice constitue un "milieu", un point d'équilibre dans une relation. La justice distributive est propre au partage de ce qui est dû par la cité à chacun et correspond donc à "quelque chose de proportionnel". Elle renvoie à une forme d'égalité qui procède nécessairement par différenciation et vise le plus souvent l'égalité substantielle ou réelle. Ces deux conceptions de la justice, distinctes, mais non contradictoires, innervent l'application des principes d'égalité et de non-discrimination »¹⁹³.

70. L'égalité formelle retenue dans le logiciel constitutionnel français est une approche refusant de considérer la situation réelle des individus et de prendre en considération leurs caractéristiques personnelles. Cela aboutit, d'une part, au refus de toutes différenciations fondées sur ce que les gens « sont » (1) et, d'autre part, à refuser d'imposer au législateur le traitement différent des situations différentes, la différenciation n'étant donc qu'une faculté de ce dernier (2).

¹⁹¹ Delphine THARAUD et Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, coll. Laboratoire de droit privé & de sciences criminelles, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013, p. 37-65.

¹⁹² ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque, Livre V Sur la justice*, Paris, Flammarion, 2008.

¹⁹³ Rémi HERNU, « Égalité et non-discrimination », in Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Stéphane RIALS et Frédéric SUDRE, *Dictionnaire des droits de l'homme*, 1. éd, Paris, Presses Univ. de France, 2008, p. 284.

1. *L'absence de prise en compte des situations de fait ou de ce que les gens "sont"*

71. Sur le plan constitutionnel, le Professeur Guy Carcassonne estime que « parce que les hommes naissent et demeurent égaux, la conception française de la démocratie peut éventuellement admettre des différences en fonction de ce que les citoyens *font* (métier, situation, statut, agissements, etc.) jamais en fonction de ce qu'ils *sont* »¹⁹⁴.

72. Plusieurs remarques s'imposent. La première est que cette classification a été élaborée dans le cadre de réflexions portant sur l'article premier de la Constitution de 1958, tel que modifié par la révision constitutionnelle du 4 août 1995¹⁹⁵, qui dispose : « *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. Elle respecte toutes les croyances* ». Cet article est une transposition de la vision de l'égalité introduite par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 aux termes duquel 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* ». Pour le Professeur Guy Carcassonne, il résulte de ces textes que rien de ce qui constitue l'identité des personnes ne peut être considéré comme des « vertus » ou des « talents » et fonder une différence de traitement. Parallèlement, pour la Professeure Olivia Bui-Xuan, le « groupe », défini comme un agrégat d'individus possédant un marqueur identitaire commun stable et permanent, « constitue le type même de catégorie déterminée à partir de ce que les citoyens *sont* »¹⁹⁶. À l'inverse, les catégories juridiques déterminées en fonction de ce que les citoyens *font* sont « larges, transversales, ouvertes : toute personne peut, à un moment de sa vie, être hospitalisée ou emprisonnée et, plus généralement, être appréhendée à travers les différents types de statuts d'usagers » ou d'agents des services publics¹⁹⁷. Ces catégories permettent aux administrations d'avoir une « prise sur le réel » en poursuivant un « objectif gestionnaire et régulateur, elles ne contribuent, ni à figer la société, ni à mettre à mal l'unité

¹⁹⁴ Guy CARCASSONNE, *La Constitution*, Paris, Seuil, 2005, p. 43.

¹⁹⁵ [Loi constitutionnelle n° 95-880 portant extension du champ d'application du référendum, instituant une session parlementaire ordinaire unique, modifiant le régime de l'inviolabilité parlementaire et abrogeant les dispositions relatives à la Communauté et les dispositions transitoires](#), *JORF* du 5 août 1995, p. 11744. Le contenu de cet article premier se trouvait placé en tête de l'article 2 avant cette modification.

¹⁹⁶ O. BUI-XUAN, préc., note 26, p. 9.

¹⁹⁷ *Id.*, p. 8.

du corps social ; elles sont par ailleurs conformes au principe d'égalité des droits : tous les individus peuvent par exemple être hospitalisés ou incarcérés et possèdent en principe des droits et des obligations identiques lorsqu'ils se trouvent dans de telles situations »¹⁹⁸.

73. On peut se questionner sur la pertinence de l'utilisation de cette classification, conçue dans le cadre de la DDHC et qui concerne uniquement des droits civils et politiques de « première génération », lorsque sont en cause les droits sociaux reconnus par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. On trouve notamment dans les droits civils et les libertés fondamentales de « première génération » les droits à la vie, au mariage, à la propriété, à la sûreté, à l'égalité devant la loi, à la justice, à l'accès aux emplois publics et également les libertés de penser, d'opinion, de croyances, de religion, d'expression, d'association et de circulation. Les droits politiques recouvrent quant à eux le droit de vote et d'éligibilité. L'État ne saurait donc restreindre ces droits sur le fondement de ce que les citoyens *sont*, autrement dit en tenant compte par exemple de leur race ou de leur sexe¹⁹⁹. En revanche, les droits sociaux, en particulier le droit de travailler et d'obtenir un emploi et le droit à l'éducation, supposent des actions de l'État pour permettre aux citoyens d'en jouir et dépendent, pour leur réalisation, de l'intervention d'acteurs privés. Il existe donc une obligation pour l'État de garantir le droit d'obtenir un emploi alors même qu'il ne maîtrise pas la création et l'octroi des emplois dans le secteur privé. Le rôle de l'État est ici très confus et il l'est d'autant plus qu'il doit également garantir l'égalité des citoyens face au droit d'obtenir un emploi.

74. Pour le Professeur Guy Carcassonne, l'article premier bannit en principe « aussi bien l'*affirmative action*, de type américain (consistant, par des discriminations positives, à compenser, ou au moins à combattre, les discriminations négatives dont certains groupes sont victimes), que la reconnaissance de toute minorité constituée, qu'elle soit "ethnique", religieuse ou autre ». Il ajoute que « cela ne signifie nullement l'inexistence de certaines réalités. Cela signifie seulement que le droit, sagement, refuse de les prendre en considération »²⁰⁰. Cependant, les évolutions récentes de l'alinéa 2 de l'article premier de la Constitution rebattent quelque peu les cartes sur la question de la reconnaissance de certains

¹⁹⁸ *Id.*, p. 9.

¹⁹⁹ Notons tout de même que nous avons une vision moderne de l'universalisme puisqu'en 1789 les différences de traitement fondées sur le sexe ou la race étaient une évidence absolument pas remise en cause. Seule la suppression des différences fondées sur les ordres (clergé, noblesse et tiers-états) a été entérinée par la DDHC.

²⁰⁰ G. CARCASSONNE, préc., note 194, p. 42.

groupes et de leur reconnaissance par l'État. Si au regard du respect du principe d'égalité de traitement, la différenciation fondée sur une différence de situation découlant de l'existence d'un critère relevant de ce que les gens « sont » est parfois admise, elle n'en est pas pour autant obligatoire.

2. Une différenciation facultative

75. Il est acquis que le principe d'égalité oblige à traiter de la même manière les personnes placées dans la même situation. Cependant, concernant le traitement différent des situations différentes, celui-ci n'est en France qu'une faculté alors qu'il est une obligation en droit européen.

76. D'un côté, la position française a clairement été établie par le Conseil constitutionnel qui estime 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 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* »²⁰¹. Cette approche est partagée par la Cour de cassation²⁰² et le Conseil d'État qui ne reconnaissent aucun droit aux individus à exiger des traitements différenciés : « *Si le principe d'égalité en droit interne impose, en règle générale, 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* »²⁰³.

77. À l'opposé, la CJCE considère qu'une « *discrimination matérielle [consiste] à traiter soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes* »²⁰⁴. Ce sont cependant les juges strasbourgeois qui adoptent la position la plus tranchée en condamnant explicitement les discriminations indirectes nées d'une apparente égalité juridique lors de l'affaire *Thlimmenos c./Grèce* du 6 avril 2000 : « *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 États n'appliquent pas un traitement*

²⁰¹ Décision n° 96-375 DC du 9 avril 1996, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier* [Conformité], *Rec.*, p. 60, point 8.

²⁰² Cass. Soc. 24 mars 1998, *Azad c/ Chamsidine M'ze*, n° 95.44-738, *Dr. soc.*, 1998, p. 614, obs. Savatier.

²⁰³ V. Analyse sous CE, 1^{ère} et 6^{ème}, 20 avril 2005, *L'Union des familles en Europe*, n°266572.

²⁰⁴ CJCE, 17 juillet 1963, *Gouvernement de la République italienne c/ Commission*, Aff. 13-63, *Rec.*, p. 337.

différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes »²⁰⁵. Ainsi, elle n'impose ni plus ni moins qu'une obligation pour l'État de traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes.

78. On retrouve ici la recherche d'une égalité concrète entre les individus et la conception de Kelsen, pour lequel il existe une automaticité : « *si des individus sont égaux, plus exactement si des individus et les circonstances extérieures sont égaux, ils doivent recevoir un traitement égal, si des individus et les circonstances extérieures sont inégaux, ils doivent recevoir un traitement différent* »²⁰⁶.

B. Une traduction en droit du travail au travers du principe d'égalité de traitement

79. Au sein du Code du travail, le principe d'égalité a d'abord été reconnu en matière d'égalité entre les hommes et les femmes à l'article L. 140-2 issu de la [loi du 22 décembre 1972 relative à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes](#)²⁰⁷. Cette disposition spéciale ne manquera d'ailleurs pas d'interférer avec le principe de non-discrimination lors de l'apparition de ce dernier en 2001. Il est d'ailleurs apparu, avant même l'introduction de ce principe, que les exigences d'égalité ne pouvaient se limiter à l'égalité entre femmes et hommes. Les juges ont donc dégagé de l'esprit des textes spéciaux sur l'égalité entre femmes et hommes²⁰⁸ et sur l'égalité entre les travailleurs à temps partiel et à temps plein²⁰⁹, la règle plus générale « *à travail égal, salaire égal* »²¹⁰, puis le principe d'égalité de traitement afin de dépasser les seuls éléments composant le salaire. Cette interprétation a permis d'appliquer le principe d'égalité à des avantages tels que le bénéfice des tickets-restaurant²¹¹, puis concernant des retenues pour fait de grève²¹² ; ou encore pour l'attribution d'une médaille ou

²⁰⁵ CEDH, 6 avril 2000, *Thlimmenos c./ Grèce*, n°34369/97, §44.

²⁰⁶ Hans KELSEN, « Justice et droit naturel », *Annales de Philosophie Politique*, n°3, PUF, 1959, p. 50.

²⁰⁷ [Loi n°72-1143 du 22 décembre 1972 relative à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes](#), *JORF* du 24 décembre 1972, p. 13411.

²⁰⁸ L'ancien article L. 140-2 se trouve aujourd'hui à l'[article L. 3221-2 du Code du travail](#).

²⁰⁹ [Art. L. 3123-5 du Code du travail](#).

²¹⁰ *Cass. Soc.*, 29 oct. 1996, n° 92-43.680, *GADT*, 4^e éd., n° 71 ; *D.* 1998. Somm. 259, note Lanquetin ; *Dr. soc.* 1996. 1013, note A. Lyon-Caen ; *CSB* 1997. 5, A. 1, note A. P. et J. M. ; *RJS* 1996. 821, n° 1272 ; *LPA* 22 nov. 1996, note Picca. – Langlois, *D.* 1997. Chron. 45 (III, C) ; V. aussi *Cass. Soc.* 15 déc. 1998, n° 95-43.630 : *Dr. soc.* 1999. 187, obs. Bonnechère.

²¹¹ *Cass. Soc.*, 20 févr. 2008, n°05-45.601, *Société Alain Bensoussan*, *D.* 2008, Pan. p. 2309, obs. B. Reynès.

²¹² *Cass. Soc.*, 10 juin 2008, n°06-46.000, *Société Air France c/ Syndicat UGICT CGT Air France*, *Dr. soc.* 2008, p. 981, et la chron.

d'un régime de retraite prévu par l'accord d'établissement²¹³. Dès 1972, le législateur avait intégré que les différences de statuts ne peuvent justifier toutes les différences de rémunération. C'est pourquoi l'application du principe d'égalité impose de comparer les rémunérations « à travail égal ou de valeur égale ». Cela a permis de saisir des situations d'inégalités beaucoup plus complexes et systémiques découlant notamment de la répartition genrée du travail et des différences de rémunération existantes, notamment dans les grilles de classifications professionnelles établies au sein des branches professionnelles. Pendant un certain temps, cet article n'a pas produit les effets escomptés. Une affaire avait en particulier marqué les esprits, dans laquelle une directrice des ressources humaines avait demandé aux juges de comparer sa rémunération à celles des autres directeurs (industriel, commercial et études-projets) de l'entreprise afin de démontrer qu'à même niveau de compétence, de responsabilités et avec pourtant une ancienneté plus grande, elle se trouvait moins rémunérée qu'eux. Les juges avaient à cette occasion refusé d'admettre l'existence d'une inégalité de traitement estimant que « *si l'employeur est tenu d'assurer, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, n'effectuent pas un travail de valeur égale des salariés qui exercent des fonctions différentes* »²¹⁴. Cette interprétation avait pour effet de priver l'article L. 3221-2 du Code du travail d'une partie de sa portée puisqu'on a quelques difficultés à visualiser ce que pourrait être un travail de « valeur égale » si l'on ne compare que des salariés aux fonctions identiques. Cependant, un an plus tard, la chambre sociale a considéré que, « *selon l'article L. 3221-4 du même code, sont considérés comme ayant une valeur égale les travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse* »²¹⁵, permettant ainsi d'ouvrir le champ d'application du principe d'égalité à l'ensemble des situations *comparables* et de ne plus se cantonner aux situations *identiques*.

80. Cette solution est révélatrice d'une évolution beaucoup plus profonde du principe d'égalité de traitement puisque la chambre sociale a dans le même temps accepté de comparer la situation de salariés cadres et non-cadres au seul prisme du bénéfice d'un avantage. Dans sa

²¹³ Cass. Soc., 27 mai 2009, n°08-41.391, *Société Evonik Rexim*, inédit.

²¹⁴ Cass. Soc. 26 juin 2008, n°06-46.204 : *Bull. civ.*, V, n° 141 ; *D.*, 2008, *AJ*, p. 2084 ; *RDT*, 2008, p. 747, obs. Laulom ; *Dr. soc.*, 2008, p. 1129, obs. Lanquetin ; *RJS* 2008. 814, n° 996 ; *JS Lamy* 2008, n° 241-3.

²¹⁵ Cass. Soc. 6 juill. 2010, n°09-40.021, *FS-P+B+R+I* : obs. L. Perrin, *Dalloz actualité*, 27 juill. 2010 ; obs. T. Aubert-Monpeyssen, *RDT*, 2010, p. 723 ; S. Zientara-Logeay, *Dr. soc.*, 2010, p. 1076.

célèbre décision « Pain » du 1^{er} juillet 2009²¹⁶, la Cour a considéré que « *la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement 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* ». Ainsi, à la suite de cet arrêt, les différences de situation ou de traitement ne s'appréciaient plus qu'au regard de l'avantage en cause.

81. Cette jurisprudence a fait couler beaucoup d'encre dans la mesure où elle remettait en cause les équilibres négociés au sein des accords et conventions collectives, notamment catégorielles. La chambre sociale a fini par faire machine arrière en janvier 2015 concernant les avantages négociés dans des accords ou conventions collectives en établissant une présomption de conformité au principe d'égalité de traitement²¹⁷. Elle estime désormais que « *les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle* ». On attend depuis 2015 une illustration de ce que pourrait être une justification « étrangère à toute considération de nature professionnelle ».

82. La malléabilité du principe d'égalité est ainsi particulièrement visible en droit du travail. Ce principe peut être interprété de manière plus ou moins large selon l'appréciation qui est faite par les juges de la comparabilité des situations ou de l'objet de cette comparaison. Ainsi, selon l'ampleur de la comparaison que le juge accepte d'effectuer, il est possible d'inclure ou d'exclure des personnes de l'application du principe d'égalité. C'est ce que Réjane Sénac dénonçait de manière globale avec sa théorie des « non-frères » qui se voit confirmer dans l'application concrète de ce principe au droit du travail : pour accéder à l'égalité, il faut être inclus dans le cercle des « frères ».

²¹⁶ Cass. Soc. 1^{er} juill. 2009, n°07-42.675, D., 2009, p. 2042, *ibid.*, 2010, p. 342, et 2012, p. 901, obs. J. Porta ; *Dr. soc.*, 2009, p. 1002, obs. C. Radé, et p. 1169, note P.-H. Antonmattei.

²¹⁷ Cass. Soc. 27 janv. 2015, n° 13-22.179, n° 13-25.437 et n° 13-14.773, *Lexbase Hebdo* éd. Soc. n° 600 du 5 février 2015, obs. Radé (N5806BUL) ; *Daloz actualité*, 6 févr. 2015, obs. Peyronnet ; *ibid.* 2015. Actu. 270 ; *RDT* 2015. 339, obs. Peskine ; *ibid.* 472, obs. Pignarre ; *Dr. soc.* 2015. 237, note Fabre ; *Sem. soc. Lamy* 2015, n° 1663, p. 7, obs. Pécaut-Rivolier ; *RJS* 3/2015, n° 172.

83. L'une des inflexions finalement consenties de manière globale – et non pas spécifique – par le droit français au principe d'universalité des droits, et surtout d'unité du corps social, est d'avoir pris en compte l'existence de critères pouvant donner lieu à des discriminations sans pour autant définir et identifier des groupes particulièrement visés par ces discriminations. En cela, le principe de non-discrimination reste dans la logique universaliste puisque tout le monde peut être amené à l'invoquer. Ce principe apporte donc des réponses à des situations jusqu'alors non saisies par le droit, mais reste un palliatif insuffisant pour atteindre l'égalité réelle.

Section 2 : Un universalisme aveuglé par les différences

84. Les limites du postulat universaliste sont immédiatement visibles. D'une part, il faut distinguer l'universalité des droits et l'universalité du droit. La première vise à octroyer à tous les mêmes droits et libertés, la seconde est une méthode consistant à traiter tous les citoyens de la même manière pour obtenir la réalisation du premier objectif. C'est cette méthode qui est critiquable, car elle place l'objectif de l'universalité des droits dans l'objet de leur déclaration (dans la loi) et non dans leur concrétisation (dans les faits). Or, même une fois l'universalité des droits déclarée, il demeure une absence d'universalité dans l'accès à ces droits (§1).

85. D'autre part, le législateur ayant conscience des décalages existants entre la reconnaissance des droits et libertés et leur jouissance effective par tous les citoyens, il a tenté de corriger certaines situations en s'écartant de l'universalité du droit et de l'égalité formelle. Un exemple constitutionnel est visible à l'article premier de la Constitution de la V^{ème} République qui définit non seulement des critères de distinction (race, religion, sexe), mais va également plus loin dans le second alinéa en prévoyant que « *la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* ». D'une égalité formelle ne souffrant aucune exception, *a priori*, on bascule aujourd'hui, dans certains domaines et dans certaines circonstances, dans une égalité réelle où l'on s'intéresse non plus seulement au contenu de la loi, mais aux résultats qui découlent de son application. La multiplication des exceptions à la règle universelle (§2) démontre que le droit n'est finalement pas si aveugle aux différences que cela.

§1 : L'absence d'universalité dans l'accès aux droits

86. Il existe toujours en matière juridique un décalage entre ce que dit le droit et comment il se concrétise dans les faits. La volonté politique qui se trouve dans la règle de droit ne trouve pas toujours écho dans la société. On peut donner des droits sans pour autant prévoir que les citoyens les utiliseront, on peut prohiber des actions sans pour autant prévoir d'entité pour faire respecter ces interdictions, etc.²¹⁸ De manière générale, de ces décalages entre le droit et son application (A) des inégalités peuvent se former ou perdurer. En droit du travail, la concrétisation du droit à l'emploi est tellement difficile à obtenir qu'on en viendrait presque à se demander si un tel droit existe (B).

A. Les décalages entre le droit et son application

87. Lorsque le manque d'universalité de la règle de droit a été corrigé, cette correction a toujours été faite « pour l'avenir », si bien que la reconnaissance tardive de l'altérité n'a jamais fait l'objet d'une réparation (1). De plus, l'évolution de la règle de droit – devenue plus inclusive – n'est pas toujours accompagnée par une évolution des mentalités. Ce qui était jadis interdit par la loi peut avoir laissé une empreinte très marquée dans les mentalités et habitudes des individus, y compris dans l'esprit et les comportements de ceux qui en sont directement victimes. Les législations du passé laissent une empreinte sur l'accès aux droits (2).

1. *Une reconnaissance tardive de l'altérité non réparée*

88. La question de la « réparation » d'une discrimination « passée » est souvent évoquée pour la situation des descendants d'esclaves et des anciennes colonies. Le Conseil représentatif des associations noires (CRAN) a d'ailleurs fait part, à l'occasion de la journée commémorative du souvenir de l'esclavage et de son abolition (10 mai), de son intention d'intenter un procès à la Caisse des Dépôts pour récupérer les sommes versées par Haïti en 1804 lors de l'obtention de son indépendance. Le CRAN estime qu'Haïti aurait versé, entre 1825 et 1946, près de 21 milliards de dollars à la France au titre de l'indemnisation des anciens colons²¹⁹. La réparation est un sujet épineux qui a néanmoins été envisagée dans la proposition de loi de Christiane Taubira tendant à la reconnaissance de la traite et de

²¹⁸ Le gouvernement Philippe a offert aux employeurs, avec ses ordonnances du 22 septembre 2017, la possibilité de négocier une grande partie des conditions de travail au niveau de l'entreprise, pour autant les employeurs – en particulier les plus « petits » – souhaitent-ils vraiment se surcharger de travail en négociant avec leurs salariés sur tout ce qui peut aujourd'hui être négocié ? On peut en douter.

²¹⁹ AFP, « La Caisse des dépôts poursuivie par le Cran pour avoir "profité de l'esclavage" », *Libération*, 10 mai 2013.

l'esclavage en tant que crimes contre l'humanité²²⁰. Si la loi a bien été adoptée²²¹, « en revanche, l'article 5 de ce texte instaurant un comité de personnalités qualifiées chargées d'examiner les modalités de réparation, d'ordre moral, a été supprimé en commission des lois »²²². Christiane Taubira semble voir dans cette discussion un moyen cathartique de réconcilier la société française plus qu'un moyen de réparer la discrimination passée, car « le crime de l'esclavage est irréparable. On ne répare pas les vies qui se sont achevées au fond de l'Atlantique ou de l'océan Indien. On ne répare pas ces enfants vendus séparément de leurs parents. La question est plutôt de savoir si nous sommes capables d'affronter le passé et d'en voir toutes les survivances dans le présent. Celles qui aujourd'hui cassent les relations dans la société, celles qui obstruent le regard que l'on pose sur l'autre. Abordons ainsi la question des réparations, et normalement la frayeur et l'hystérie devraient disparaître »²²³.

89. La reconnaissance tardive de l'égalité des droits n'est que très peu discutée eu égard à l'importance qu'elle a dans la configuration actuelle des inégalités. La mise à l'écart de certaines populations a permis une monopolisation des postes de pouvoirs politiques dont le renouvellement s'est ensuite décidé entre pairs, ainsi qu'une spoliation et un accaparement de richesses, financières, patrimoniales et intellectuelles, pendant des décennies. L'absence de reconnaissance de l'inégalité passée lors de l'admission dans le cercle des citoyens de ceux qui en étaient exclus n'a pas permis de prendre conscience des conséquences sur le long terme que pouvait avoir l'absence de réparation ponctuelle de cette accession tardive à l'égalité. Or, après plusieurs décennies d'égalité formelle, comment justifier aujourd'hui des mesures de rattrapage ? Une « remise à zéro des compteurs » est, en effet, rendue beaucoup plus compliquée dès lors que ceux qui se trouvent dans une position défavorable ne se trouvent précisément plus à « zéro » et ceux qui sont restés proches de « zéro » peuvent se le voir reprocher. L'égalité des droits ne consiste pas à « prendre aux riches pour donner aux pauvres », comme les contes d'enfance semblent y inviter, et s'oppose à une telle approche. Si l'on ne peut retirer un droit déjà acquis par une personne, il est en revanche concevable

²²⁰ [Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi n° 1297 de Mme Christiane Taubira-Delannon et plusieurs de ses collègues tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crimes contre l'humanité.](#)

²²¹ [Loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité, JORF du 23 mai 2001, p 8175.](#)

²²² Hafida BELRHALI-BERNARD, « Autant qu'il est possible » de tourner une page d'histoire... Sur les demandes indemnitaires des enfants de harkis », *AJDA*, 2015, p. 114.

²²³ [Interview de Christiane Taubira : « Le mythe français de l'égalité, un mythe noble, empêche de revenir sur le crime de l'esclavage », réalisée par Sonya Faure et Catherine Calvet, Libération, 6 octobre 2017.](#)

d'améliorer l'accès des catégories jadis exclues ce qui aura mécaniquement pour effet de restreindre l'accès à ceux qui pouvaient espérer continuer à profiter d'un avantage exclusif.

90. Les séquelles du passé ne se limitent pas aux conséquences matérielles qui ont pu en découler, elles sont beaucoup plus profondes, enracinées dans nos habitudes.

2. L'empreinte du passé dans l'accès aux droits

91. Le droit peut changer, mais les mentalités, les pratiques, les stéréotypes, les préjugés peuvent – et c'est bien souvent le cas – lui survivre. En décrétant formellement l'égalité, on laisse le temps corriger les situations : l'évolution des mentalités permettra aux victimes de saisir les juges qui pourront alors faire cesser une inégalité de traitement devenue contraire au droit. Bien qu'étant une étape absolument nécessaire, cela ne constitue qu'un remède passif aux situations d'inégalités.

92. C'est en matière d'égalité entre les hommes et les femmes que l'empreinte est la plus perceptible. Déjà, parce que le statut particulier des femmes, bien après l'obtention du droit de vote, n'a été modifié que mesure après mesure : le droit de vote, le droit de percevoir un salaire, le droit de travailler sans l'accord du mari, le droit d'ouvrir un compte en banque, le droit de porter un pantalon à Paris, etc. Que le droit ait rendu invisible un groupe ou qu'il ait reconnu un statut particulier, la reconnaissance de l'égalité de droit n'est pas synonyme d'accès réel à l'égalité. Dans le cas de la création d'un statut particulier, les individus y étant soumis se trouvent soustraits de l'application du principe d'égalité par leur différence de situation, ce qui peut avoir pour conséquence de les maintenir dans un état d'infériorité. La différence justifiant de ne pas avoir à rechercher l'égalité, il ne saurait exister d'inégalité en droit.

93. C'est par exemple ce que l'on constate dans l'approche qui est faite de la maternité. Parce que la femme accouche, elle semble devenir « automatiquement » la seule débitrice de l'obligation de s'occuper de l'enfant pendant plusieurs semaines, entérinant l'idée que les soins aux enfants sont de la responsabilité de la mère et non du père. La différence biologique des femmes se résume à la grossesse et à l'accouchement qui sont pris en considération par le droit du travail pour des questions de santé par l'interdiction d'emploi s'appliquant pendant

une période de huit semaines dont au moins six postnatales²²⁴ et par le congé maternité couvrant dans le cadre d'une grossesse classique les six semaines précédant la date présumée de l'accouchement et les dix semaines suivants l'accouchement²²⁵. L'allaitement est une situation particulière puisque, s'il s'agit d'une différence biologique, elle n'est plus déterminante pour les mères qui en ont aujourd'hui la « maîtrise » et la possibilité de s'en décharger. Or, rien ne justifie que, pour le surplus du congé maternité, soit environ quatre semaines prénatales et quatre semaines postnatales, l'on exclue le père de droits similaires à ceux de la mère. Il est à cet égard étonnant de constater que pour les couples adoptants, le congé d'adoption peut être librement réparti entre les deux parents et qu'à ce titre un père adoptif se trouve donc avoir plus de droits qu'un père « biologique »²²⁶. À noter tout de même que l'utilité du père est reconnue en cas de décès de la mère puisque le congé maternité peut, dans cette funeste hypothèse, lui être transféré. C'est ici la preuve que le congé maternité n'a pas seulement une vocation médicale et permet également l'accueil et les soins du nourrisson. On comprend de ce fait difficilement que les pères ne puissent, *a minima*, bénéficier d'un congé paternité équivalent à la partie du congé maternité non couverte par l'interdiction d'emploi. La différence biologique de la femme est ici instrumentalisée pour l'enfermer dans un rôle de *caregiver* (donneuse de soins), dont elle ne peut se délester sur le père que par le décès, et pour maintenir les pères dans le rôle de *breadwinner* (gagne pain) auquel on les assigne également de leur côté.

94. Ces statuts particuliers, ces stéréotypes et ces absences de compensation des inégalités passées ne sont pas sans effet sur l'accès à l'emploi des individus qu'elles affectent.

B. Le mirage du droit à l'emploi

95. L'accès à l'emploi est un droit où les inégalités sont d'autant plus visibles que ce n'est pas l'État qui a la maîtrise de sa répartition entre les individus (sauf dans la fonction publique, qui d'ailleurs se porte un peu mieux que le privé grâce aux concours). De ce fait, comment se concrétise un tel droit ? Quelles sont les obligations positives de l'État pour assurer un égal accès à l'emploi à l'ensemble des composantes de la population ? La nature de ce « droit à l'emploi » interroge (1). Il semble ne se concrétiser que dans l'égalité que l'État peut essayer de garantir dans son accès (2).

²²⁴ Art. L.1225-29 du Code du travail.

²²⁵ Art. L.1225-17 du Code du travail.

²²⁶ Art. L.1225-40 du Code du travail.

1. Le droit à l'emploi

96. L'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946 reconnaît que « *chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* ». Cependant, l'effectivité de ce droit pose question. En effet, on imagine mal un chômeur opposer à un employeur son droit à l'emploi pour obliger ce dernier à le recruter. Comment dès lors le droit à l'emploi se concrétise-t-il ?

a) Un droit-créance

97. Le droit à l'emploi est généralement classé, comme beaucoup de droits de seconde génération²²⁷, dans la catégorie des « droits-créances », c'est-à-dire les droits qui, notamment du fait de leur difficulté de mise en œuvre, « sont considérés comme ayant une densité normative moindre que les droits de la première génération au point que parfois on va jusqu'à se demander s'ils constituent de véritables droits fondamentaux »²²⁸. Bien avant la reconnaissance de sa valeur constitutionnelle par les Sages de la rue Montpensier²²⁹, d'éminents juristes tels que Jean Rivero et Georges Vedel se refusaient à l'époque à reconnaître une quelconque valeur juridique à ce « droit d'obtenir un emploi »²³⁰. Pour certains auteurs, le droit à l'emploi transparaît néanmoins dans certains mécanismes juridiques avec la consécration « de nouveaux droits individuels dont la finalité est, soit de maximiser les chances de maintien de l'emploi (par exemple, le droit au reclassement ou le droit à l'adaptation), soit de faciliter la reprise rapide d'un emploi (par exemple, le droit à conversion) »²³¹.

²²⁷ Valérie OGIER-BERNAUD, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, coll. Droit public positif. Thèses et travaux universitaires, Paris : Aix-en-Provence, Economica ; Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003.

²²⁸ Constance GREWE et Hélène RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, 1. éd, coll. Collection Droit fondamental. Droit politique et théorique, Paris, Presses universitaires de France, 1995., cité in Dominique CHAGNOLLAUD, Guillaume DRAGO et Jean-Pierre ANCEL (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2010.

²²⁹ [Décision n° 81-134 DC du 5 janvier 1982, Loi d'orientation sociale, Rec.](#), p. 15.

²³⁰ Louis FAVOREU, Jérôme TREMEAU, Patrick GAÏA, Richard GHEVONTIAN, Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Otto PFERSMANN, Joseph PINI, André ROUX, Annabelle PENA et Guy SOFFONI, *Droit des libertés fondamentales*, 7ème éd., coll. Précis, Dalloz, 2015, p. 832.

²³¹ Patrice ADAM, *L'individualisation du droit du travail: essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, coll. Bibliothèque de droit social, t. 39, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 416.

98. Récemment, les incertitudes autour de l'effectivité de ce droit à l'emploi ont été en partie levées par une décision de la chambre sociale de la Cour de cassation²³². Cette dernière estime en effet que « *le droit à l'emploi ne constitue pas une liberté fondamentale qui justifierait la poursuite du contrat de travail au-delà du terme de la mission de travail temporaire en cas d'action en requalification en contrat à durée indéterminée* ». Dans la [note explicative](#) rédigée à l'occasion de cette décision, les juges sont venus préciser leur pensée sur ce point : « *le droit à l'emploi, qui résulte de l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946 n'est pas une liberté fondamentale, mais un droit-créance qui doit être concilié avec d'autres droits ou principes constitutionnels, tels que la liberté d'entreprendre qui fonde, pour l'employeur, le droit de recruter librement ou de licencier un salarié. La définition de cet équilibre entre deux droits de nature constitutionnelle relève du législateur, sous le contrôle du Conseil constitutionnel. En revanche, un justiciable ne peut pas se prévaloir directement dans le cadre d'un litige d'une violation du droit à l'emploi, sauf à vider de leur substance les autres droits constitutionnels avec lesquels ce droit doit être concilié* ».

99. Cette mise au point n'est pas des plus commodes lorsque l'on s'intéresse à l'opposabilité de ce droit au regard des inégalités existantes pour accéder à l'emploi. Une telle conception empêche très nettement, comme l'on pouvait, au demeurant, s'en douter, à une personne injustement écartée d'une procédure de recrutement, de faire valoir son droit à l'emploi, sauf si l'employeur lui reconnaît cette opposabilité par le biais d'une promesse d'embauche²³³. Comment dès lors garantir un égal accès à l'emploi si le droit d'en obtenir un n'est pas opposable aux employeurs ?

100. Se poser cette question suppose, pour y répondre, de regarder quelles sont les obligations pesant sur l'État pour garantir le respect de ce droit-créance. La mise en place de l'agence nationale pour l'emploi (ANPE), aujourd'hui devenue « Pôle emploi », participe à la réponse étatique. L'idée de ce service est de garantir aux demandeurs d'emploi une mise en relation avec les employeurs, libre et surtout gratuite, afin de ne pas avoir à rémunérer un intermédiaire pour pouvoir accéder aux offres d'emploi. L'autre obligation que semble se

²³² Cass., Soc. 21 sept. 2017, n^{os}16-20.270 et 16-20.277, FS-P+B+R+I, D. 2017. p. 1923 ; obs. J. Siro, *Dalloz actualité*, 30 sept. 2017 ; Christophe WILLMANN, « Requalification du contrat d'intérim : la Cour de cassation refuse la poursuite du contrat de travail comme seconde sanction », *Lexbase*, Hebdo édition sociale n°714 du 5 octobre 2017, n°N0553BXR.

²³³ Natacha HAUSER-COSTA, « La promesse d'embauche », *RJS*, 1997, pp. 331-340.

fixer l'État est de prendre toutes les mesures nécessaires à l'obtention du plein emploi²³⁴. C'est ainsi que le droit à l'emploi, « idéal ancien »²³⁵, a pu être mobilisé lors de l'adoption des lois Aubry I et II²³⁶ visant à abaisser la durée légale de travail à 35 heures : « *il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, les limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles, à la condition que lesdites limitations n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée ; qu'il revient par ailleurs au législateur de fixer les principes fondamentaux du droit du travail et, notamment, de poser des règles propres à assurer au mieux, conformément au cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, le droit pour chacun d'obtenir un emploi, tout en ouvrant le bénéfice de ce droit au plus grand nombre d'intéressés* »²³⁷.

101. Si finalement le droit d'obtenir un emploi est très précaire, on peut se questionner sur l'existence d'un principe d'égalité dans l'accès à l'emploi, un droit à ce que les citoyens puissent accéder à l'emploi dans les mêmes conditions.

b) L'égalité dans l'accès à l'emploi

102. Confronter la question de l'égalité dans l'accès à l'emploi et le droit pour chacun d'obtenir un emploi revient en quelque sorte à confronter plusieurs dispositions de nature constitutionnelle. La première vient d'être vue, il s'agit du droit d'obtenir à l'emploi prévu à [l'alinéa 5 du préambule de la Constitution de 1946](#) qui s'accompagne du droit pour chacun de ne pas « être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ». Mais pour ne pas être lésé dans son emploi, faut-il encore avoir pu y accéder. La seconde disposition intéressante sur ce point est [l'article 6 de la DDHC](#) qui dispose que « 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

²³⁴ On remarquera que cette obligation est aujourd'hui dévoyée par les tenants de théories économiques mettant en concurrence les *insiders* et les *outsiders* et selon lesquelles le droit du travail protégerait tellement l'emploi des premiers que cela nuirait à l'embauche des seconds.

²³⁵ Françoise BOUSEZ et Arnaud MARTINON, « Le dédale des contrats aidés », *RDSS*, 2006, p. 595.

²³⁶ [Loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail \(dite loi Aubry\)](#) et [Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail \(Aubry II\)](#).

²³⁷ [Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail](#) (considérant 26) *Rec.*, p.258 ; *AJDA*, 1998, p.495, chron. J. É. Schoettl ; *D.*, 2000, somm. 60, obs. L. Favoreu ; *RFDC*, 1998, p.640, obs. L. Favoreu ; *RJS* 7-8/98, n°939 ; Xavier DUPRÉ DE BOULOIS et Xavier BIOY (dir.), *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales*, coll. Grands arrêts, Paris, Dalloz, 2017, p. 773 ; [Décision n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, Loi relative à la réduction négociée du temps de travail](#) (considérant 27), *Rec.*, p. 33.

leurs vertus et de leurs talents ». Certes cette disposition vise explicitement les emplois publics qui relèvent pour leur attribution de la compétence de l'État, néanmoins, le nouvel alinéa de l'article premier de la Constitution plaide pour une compréhension plus large de cette disposition. Pour rappel, l'alinéa 2 de l'article premier de la Constitution de 1958 prévoit que la « *loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* ». Ainsi on pourrait considérer que la matérialisation des obligations de l'État en matière de promotion de l'égalité entre femmes et hommes dans l'article premier de la Constitution n'est que l'expression d'un principe plus large, comme ce fut le cas lorsque la Cour de cassation a dégagé le principe général « à travail égal, salaire égal », selon lequel l'État se doit de favoriser l'égal accès de tous à l'emploi. Un tel principe, qui pourrait se manifester sous la forme d'un principe constitutionnel tiré de la combinaison de l'article 6 de la DDHC – consacrant un égal accès de tous aux « *dignités, places et emplois publics* » – et le droit d'obtenir un emploi du Préambule de la Constitution de 1946, donnerait un peu plus de corps à ce dernier. Car force est de constater qu'à l'heure actuelle, tous les individus n'accèdent pas avec les mêmes facilités à l'emploi selon qu'ils sont hommes ou femmes, blancs ou non, valides ou non, etc.

2. *L'égalité dans les conditions d'emploi*

103. Garantir l'accès à l'emploi relève de l'évidence, mais on ne saurait s'en satisfaire. La qualité de l'emploi importe également et constitue à l'heure actuelle une donnée importante de la problématique, car les différences dans l'accès aux emplois les mieux rémunérés sont éblouissantes.

104. En se posant la question de la qualité de l'emploi, on se place dans une conception plus substantielle de l'égalité, on dépasse l'égalité des chances. L'égalité substantielle suppose de s'interroger sur le lien entre égalité et liberté. Est-ce que l'objectif est d'accéder à l'emploi, qu'importe l'emploi, ou est-il que les personnes puissent choisir l'emploi qu'ils souhaitent exercer ? Où place-t-on le seuil à partir duquel on considèrera que l'État a effectivement garanti une égalité des citoyens et citoyennes dans l'accès à l'emploi, à tous les emplois ?

105. Pour répondre à ces questions, il est possible de distinguer l'égalité pouvant être recherchée quant à l'accès aux emplois de différentes natures (a) et au regard de la qualité de ces emplois (b)

a) *La nature des emplois : quels types d'emploi pour qui ?*

106. Permettre d'accéder à l'emploi ne suffit pas à satisfaire le droit à l'emploi, encore faut-il avoir les mêmes chances d'accéder à l'ensemble des emplois. Or, les chiffres démontrent que certaines parties de la population française restent cantonnées à certains emplois. Les données statistiques portant sur la répartition genrée des emplois sont particulièrement parlantes. Si l'on étudie la répartition des emplois au prisme du genre, force est de constater que le champ des « possibles » pour les femmes se trouve beaucoup plus réduit que celui des hommes. En effet, « en dépit d'une tendance au rééquilibrage observable depuis le milieu des années 1990, les femmes et les hommes se répartissent toujours très inégalement dans les différents métiers. Seuls 17 % des métiers, représentant 16 % des emplois peuvent être considérés comme mixtes au sens où ils sont occupés par au moins 40 % de chaque sexe »²³⁸. Il existe ce que l'on appelle une « ségrégation professionnelle » entre les hommes et les femmes. Sur les 86 familles de métier, 50% des femmes sont réparties dans 11 familles professionnelles alors que dans le même temps la même proportion d'hommes est répartie dans 19 familles²³⁹. Pris sous l'angle opposé, on constate que « la concentration dans les métiers reste plus forte pour les femmes malgré une baisse observée depuis trente ans : 10 métiers concentraient 53 % de l'emploi des femmes en 1983 contre 47 % en 2011, alors que la proportion d'hommes dans les 10 métiers rassemblant le plus d'hommes est passée de 35 % en 1983 à 31 % en 2011 »²⁴⁰.

107. Cette concentration de femmes dans certains emplois, principalement liés aux soins et à l'éducation (*care*), tels que les métiers d'aides à domicile et d'assistantes maternelles, d'agents d'entretien ou d'enseignants (qui regroupent à eux seuls 20% des femmes en emploi), est à mettre sur le compte, pour certains auteurs, des stéréotypes liés au genre et

²³⁸ Patrick LIÉBUS, *Agir pour la mixité des métiers*, Avis du CESE, 2014, p. 14.

²³⁹ V. graphique n°2 « Concentration des emplois féminins et masculins entre 1983 et 2011 » in Julie ARGOUARC'H, Oana CALAVREZO (DARES), « La répartition des hommes et des femmes par métier », *DARES Analyse*, n° 079, Décembre 2013.

²⁴⁰ *Id.*

notamment ceux auxquels sont confrontés dans l'enfance les filles et les garçons²⁴¹. Les stéréotypes qui conditionnent les choix d'orientation professionnelle des jeunes gens ne sont pas seulement le fait de dynamique de genre.

108. Parfois, la compartimentation sociologique des individus au sein des différents secteurs d'activité est héritée de l'histoire locale et concerne des caractéristiques ethniques. C'est par exemple le cas de la répartition informelle des emplois à La Réunion, connue pour sa très grande diversité. Cette répartition s'est en effet construite, historiquement, en fonction des différentes communautés présentes sur l'île. Sans qu'il n'y ait pour autant de cloisonnement hermétique, on constate que le commerce est principalement investi par la population d'origine asiatique (principalement chinoise), le transport par les « malbars » (Indiens Tamoul), le textile par les « zarabs » (Indiens musulmans), et la fonction publique par les « zoreils » (métropolitains). Néanmoins, cette communauté reste l'une des plus privilégiées puisqu'elle bénéficie, contrairement aux autres, d'une sur rémunération, instituée lors de la départementalisation, pour « encourager » les métropolitains à accepter les postes dans les outre-mer. Les « cafres » (noirs), qui constituent un groupe numériquement important, n'ont pas investi de secteur en particulier et restent cantonnés dans les professions ouvrières – agriculture, BTP, etc.²⁴². Cette répartition des différentes professions selon les communautés n'empêche cependant pas des différences dans les taux d'emploi très importantes selon l'origine des personnes²⁴³.

109. Ce qui peut être un fonctionnement harmonieux pour des raisons historiques et une démographie le permettant ne saurait l'être aussi facilement dans un contexte dominé par une catégorie en particulier. On constate en effet en France hexagonale que certaines populations sont surreprésentées dans certains métiers (et non plus secteur d'activité). Il suffit pour s'en convaincre de voir quelle image « en couleur » se forme de manière automatique dans l'esprit de la plupart d'entre nous à l'évocation de certains métiers : agent de sécurité, femme de ménage, homme d'affaires. Cette représentation automatique et stéréotypée peut être révélatrice d'une situation de fait inégalitaire et des préjugés qui peuvent se créer à partir d'elle.

²⁴¹ Marie-Cécile NAVES et Vanessa WISNIA-WEILL, *Lutter contre les stéréotypes « filles/garçons »*, Commissariat général à la stratégie et à la prospective, janvier 2014.

²⁴² Lucette LABACHE, « L'ethnicité chez les Réunionnais en migration », *Hermès, La Revue*, 2002, n°32-33, pp. 457-469.

²⁴³ Christian MONTEIL, Jean-Louis RALLU, « Des différences de qualification et d'intégration économique selon l'origine », *Économie de La Réunion (Insee statistique)*, n°136, mai 2010, p.20-22.

110. En plus de cloisonner les individus, la concentration de certains profils dans certains secteurs par rapport à d'autres a des conséquences non négligeables sur la rémunération. Les grilles de rémunération sont souvent établies en fonction du secteur d'activité et il a déjà été démontré que selon que l'on se trouve dans un secteur fortement féminisé ou au contraire très masculin, les grilles de rémunération sont plus ou moins élevées²⁴⁴. De même, la prise en compte de la pénibilité n'est pas la même selon les corps de métier. La pénibilité étant bien souvent associée au port de charges lourdes, à un environnement de travail agressif (bruit, fumée) plus courant dans les métiers « masculins », la pénibilité du travail féminin (posture courbée, geste répétitif, personne à soulever, etc.) est bien souvent invisible²⁴⁵, notamment dans la négociation collective. On se trouve dès lors à la croisée entre la nature de l'emploi et la qualité de ce dernier.

b) La qualité des emplois

111. Les conditions de travail sont déterminantes dans une démarche d'égalité substantielle : l'égalité se mesure aussi bien au regard de la nature des contrats conclus (CDD, CDI, temps partiel, temps complet) que de la pénibilité de ces emplois, et ce, à tous les niveaux de qualification et donc de rémunération. La place occupée par les individus dans les hiérarchies professionnelles au sein des emplois non qualifiés, peu qualifiés, très qualifiés importe tout autant, au regard du principe d'égalité, que le simple fait d'avoir un emploi. Ce sont ici les dynamiques liées au « plafond de verre » qu'il faut combattre pour atteindre l'égalité substantielle. Or, « les inégalités entre les femmes et les hommes sont connues : les femmes comptent pour 46 % des salariés du privé, mais 20 % des cadres dirigeants et 20 % des membres des conseils d'administration du CAC 40²⁴⁶. Les femmes cadres dirigeantes sont payées 32 % de moins que les hommes – en équivalent-temps plein²⁴⁷. 82 % des temps

²⁴⁴ GRÉSY Brigitte, BECKER Marie, « Guide pour la prise en compte de l'égalité entre les femmes et les hommes dans les systèmes de classification - Un levier de réduction des inégalités salariales entre les femmes et les hommes et de promotion de la mixité », travaux du groupe paritaire sur les classifications réalisée à la demande de Marisol Touraine, ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes, *Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes*, novembre 2016, 124p ; DDD, *Guide « Un salaire égal pour un travail de valeur égale Pour une évaluation non discriminante des emplois à prédominance féminine »*, 1^{er} mars 2013, 18p ; Olivier COUSIN, « La construction des inégalités hommes/femmes dans l'entreprise. Une analyse de cas dans la métallurgie », *Sociologie du Travail*, Elsevier Masson, n°49 (2), 2007, pp.195/219. <halshs00230184>.

²⁴⁵ Cécile ANDRZEJEWSKI, « Invisible pénibilité du travail féminin », *Le Monde Diplomatique*, Décembre 2017, pp. 14-15.

²⁴⁶ Observatoire de la parité entre les hommes et les femmes, chiffres de 2011.

²⁴⁷ INSEE, chiffres de 2009.

partiels (souvent contraints) sont féminins²⁴⁸. La retraite moyenne des femmes (y compris les avantages accessoires, et notamment les pensions de réversion) représente 72 % de celle des hommes²⁴⁹ »²⁵⁰. L'existence depuis longtemps de données chiffrées exhaustives comparant la situation des hommes et des femmes²⁵¹ permet de dresser un bilan clair sur les inégalités existantes et leurs causes. Cependant, un bon diagnostic ne signifie pas nécessaire un bon traitement...

§2 : La multiplication des exceptions à la règle universelle

112. Le droit français a beaucoup de difficultés à dépasser sa conception première de l'égalité. L'universalité des droits s'est traduite par une universalité du droit, une égalité formelle, au mieux matérielle, rarement comme une égalité substantielle dans la jouissance et l'exercice des droits. Pour la Professeure Danièle Lochak, « l'universalité formelle du droit [est un] obstacle à l'universalité effective des droits »²⁵². Lorsque le législateur entend reconnaître la liberté de religion (par exemple), seule la formulation universelle de cette liberté importe-t-elle ou bien est-ce la concrétisation de ce droit qui est déterminante ? À quel moment l'État a-t-il satisfait à son obligation de reconnaître la liberté de religion ? En la consacrant formellement ou en s'assurant de son effectivité ? Cette conception plus « effective » des droits est défendue au niveau international dans plusieurs conventions. La [Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979](#) et la [Convention sur toutes les formes de discrimination raciale de 1965](#) adoptées par l'Assemblée générale des Nations Unies « ont pour finalité, comme le rappelle leur intitulé, de permettre aux femmes, dans un cas, aux victimes désignées de la discrimination raciale, de l'autre, d'exercer effectivement l'intégralité des droits de l'Homme tels qu'ils sont énumérés dans la Déclaration universelle de 1948 »²⁵³. Bien que « ces deux conventions autorisent les États à prendre des "mesures spéciales", conçues comme des mesures de rattrapage, "visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes" ou "à assurer comme il convient le progrès de certains groupes raciaux ou ethniques ou d'individus ayant

²⁴⁸ Observatoire de la parité entre les hommes et les femmes, chiffres de 2009.

²⁴⁹ Laurent LEQUIEN et Virgine ANDRIEUX, *Les retraités et les retraites*, DREES, coll. études et statistiques, 2013, 154p.

²⁵⁰ Avant-propos de Jean PISANI-FERRY in Marie-Cécile NAVES et Vanessa WISNIA-WEILL, *Lutter contre les stéréotypes "filles/garçons*, Commissariat général à la stratégie et à la prospective, janvier 2014, p. 3.

²⁵¹ V. les données pendant longtemps collectées dans le cadre du rapport de situation comparée et aujourd'hui intégrées à la Base de données économiques et sociales (art. R2323-12 du Code du travail).

²⁵² D. LOCHAK, préc., note 5, p. 83.

²⁵³ D. LOCHAK, préc., note 173.

besoin de la protection qui peut être nécessaire pour leur garantir la jouissance et l'exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans des conditions d'égalité" »²⁵⁴, force est de constater que le droit français ne s'est que très peu saisi de cette faculté.

113. L'universalité de la règle de droit n'est ni le seul, ni le meilleur moyen, de garantir l'universalité des droits. La prise de conscience des lacunes de l'égalité formelle aboutit à la multiplication des exceptions et traitements différentiels pouvant fragiliser le principe de l'universalité du droit. Mais la multiplication de ces exceptions dénote aussi une évolution dans nos conceptions de l'égalité et de l'universalité. En effet, au côté de l'égalité formelle et matérielle (A), sont apparues des conceptions nouvelles de l'égalité : l'égalité des chances et substantielle (B) et l'égalité de résultat (C).

A. Exceptions pour compenser les inégalités : égalité matérielle

114. Le principe de l'égalité matérielle consiste à compenser les inégalités. Il ne s'agit pas de faire disparaître l'origine des inégalités, ce qui parfois est impossible, mais de lutter contre les inégalités dont certaines catégories d'individus sont victimes, par l'octroi d'une compensation, souvent pécuniaire, mais pas seulement.

115. Le Conseil constitutionnel reconnaît au législateur, dans la logique de la faculté qui lui est offerte de traiter différemment, une certaine liberté dans le choix des inégalités qu'il entend combattre en admettant que « *le principe d'égalité ne saurait imposer au législateur, lorsqu'il s'efforce [...] de réduire les disparités de traitement en matière de protection sociale, de remédier concomitamment à l'ensemble des disparités existantes* »²⁵⁵.

116. Les majorations de durée d'assurance en matière de retraite étaient pendant longtemps une prise en compte de l'incidence sur les retraites des femmes des désavantages liés à ces périodes et plus généralement à l'inégalité de faits dont sont victimes les femmes dans la répartition liée à l'éducation des enfants et de leurs conséquences sur leur vie professionnelle (plus courte et avec une rémunération moins élevée). La prise en compte de la situation de fait du groupe a participé au maintien de certains avantages dont été exclus les hommes, quand bien même ces derniers se trouvaient-ils dans une situation identique. Le Conseil

²⁵⁴ *Id.*

²⁵⁵ [Décision n°99-416 DC du 23 juillet 1999, Loi portant création d'une couverture maladie universelle, Rec.](#), p. 100.

constitutionnel, dans une décision du 14 août 2003²⁵⁶, et après avoir rappelé les exigences qui s'attachent au principe d'égalité (considérant 23), a raisonné en deux temps : dans un premier temps, il a clairement affirmé que « *l'attribution d'avantages sociaux liés à l'éducation des enfants ne saurait dépendre, en principe, du sexe des parents* » (considérant 24) ; dans un second temps, il a estimé néanmoins « *qu'il appartenait au législateur de prendre en compte les inégalités de fait dont les femmes ont jusqu'à présent été l'objet ; qu'en particulier, elles ont interrompu leur activité professionnelle bien davantage que les hommes afin d'assurer l'éducation de leurs enfants, qu'ainsi, en 2001, leur durée moyenne d'assurance était inférieure de onze années à celle des hommes ; que les pensions des femmes demeurent en moyenne inférieures de plus du tiers à celles des hommes ; qu'en raison de l'intérêt général qui s'attache à la prise en compte de cette situation et à la prévention des conséquences qu'aurait la suppression des dispositions de l'article L. 351-4 du Code de la sécurité sociale sur le niveau des pensions servies aux assurées dans les années à venir, le législateur pouvait maintenir, en les aménageant, des dispositions destinées à compenser des inégalités normalement appelées à disparaître* » (considérant 25).

117. Les personnes en situation de handicap sont une autre catégorie d'individus dont la situation peut être traitée par le législateur par des mécanismes de compensation. Les difficultés rencontrées pour accéder par soi-même à des revenus du travail seront compensées par l'octroi d'une aide spécifique, l'allocation adulte handicapé (AAH), l'absence d'autonomie sera compensée par la possibilité de recourir à une aide à domicile, etc.

B. Exceptions pour rééquilibrer les positions : égalité des chances et égalité substantielle

118. L'égalité des chances consiste à prendre des mesures en faveur de certaines personnes ou groupes de personnes pour améliorer leur situation et leur permettre de concourir à égalité à l'accès à un bien. Par exemple, en matière de logement, une égalité de résultat consisterait à octroyer des logements aux personnes qui y accèdent moins facilement, une politique d'égalité des chances consistera en revanche à identifier pourquoi la personne n'accède pas au logement par elle-même et prendra des mesures pour qu'elle y parvienne. Si le problème vient d'une absence de solvabilité, l'État pourra se porter caution pour les personnes aux faibles

²⁵⁶ Décision n°2003-483 DC du 14 août 2003, *Loi portant réforme des retraites*, Rec., p. 430.

revenus afin d'écarter le risque d'insolvabilité. Les chances d'obtenir un logement sont ainsi améliorées.

119. L'« approche "substantielle", "asymétrique" ou de "justice de groupe" [...] se centre sur les caractéristiques et (dés)avantages du groupe, l'impact du groupe, les résultats effectifs, l'égalité substantielle et les réalisations souhaitées »²⁵⁷. Elle consiste donc en une approche exclusivement collective visant à vérifier que chaque groupe peut accéder de la même manière à un bien rare. L'égalité des chances se trouve donc en quelque sorte à mi-chemin entre l'égalité formelle et l'égalité substantielle, et constitue une approche hybride entre une approche centrée uniquement sur l'individu (comme c'est le cas pour l'égalité formelle) et une autre centrée sur le groupe (égalité substantielle).

120. On remarquera que les mesures visant à favoriser l'égalité des chances concernent principalement un objectif avoué à demi-mot qui est celui d'améliorer la situation des populations issues de l'immigration. L'utilisation du critère territorial est à cette fin un moyen de contournement très usité. On trouve par exemple des mesures visant à la réduction de la fracture entre les territoires (1) et d'autres permettent l'accès à des formations prestigieuses comme c'est le cas par exemple avec la troisième voie d'accès à Science Po Paris pour les lycéens venant de ZEP (2).

1. Exemple de réduction de la fracture entre les territoires

121. Il existe un certain nombre d'exceptions au principe de l'universalité du droit résultant d'une compensation, par les pouvoirs publics, des déséquilibres économiques et sociaux par l'intermédiaire du territoire²⁵⁸. De telles politiques ont été validées par le Conseil constitutionnel. On peut prendre l'exemple de la Corse qui dispose d'un statut fiscal propre²⁵⁹ visant à « compenser les contraintes de l'insularité » pour reprendre les termes du juge constitutionnel²⁶⁰ qui s'est refusé à apprécier la constitutionnalité au fond de cette mesure²⁶¹. D'autres territoires bénéficient de mesures fiscales particulières, c'est le cas par exemple de

²⁵⁷ DE VOS Marc, *Au-delà de l'égalité formelle: l'action positive au titre des directives 2000/43/CE and 2000/78/CE*, Rapport thématique, Commission européenne, Luxembourg, EUR-OP, 2008.

²⁵⁸ D. THARAUD et J.-P. MARGUÉNAUD, préc., note 191, p. 170.

²⁵⁹ Loi n°94-1131 du 27 décembre 1994 portant statut fiscal de la Corse, *JORF* n°300 du 28 décembre 1994 p. 18521.

²⁶⁰ Décision n° 94-350 DC du 20 décembre 1994, Loi relative au statut fiscal de la corse.

²⁶¹ Anne LEVADE, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, n° 111, 2004, pp. 55-71.

« la région Île-de-France par laquelle le législateur avait prévu de financer des "programmes d'investissement visant à corriger les déséquilibres les plus graves" ²⁶² »²⁶³.

122. La politique de la ville est de manière générale un moyen très utilisé pour lutter contre les inégalités entre certains groupes de la population. Comme l'explique Thomas Kirsbaum, « les critères de sélection des "quartiers cibles" de la politique de la ville ont été définis de telle manière que sa géographie d'intervention inclut prioritairement (mais pas uniquement) les lieux de concentration des immigrés et de leurs descendants. Les indicateurs retenus, à partir de 1991, pour la sélection de ces quartiers (proportion de chômeurs de longue durée, de jeunes de moins de 25 ans et d'étrangers, ce dernier critère ayant été remplacé, en 1995, par celui des non-diplômés qui englobe les enfants d'étrangers devenus français) assurent en effet la prise en compte de ces groupes »²⁶⁴. L'auteur remarque à ce sujet que « le choix de ces critères pourrait laisser penser que le territoire n'a d'autre fonction, dans la politique de la ville, que de cibler des groupes ethniques que le modèle universaliste français interdit d'identifier pour l'attribution d'un avantage catégoriel »²⁶⁵. Pour Gwénaëlle Calvès, « l'application d'une grille de lecture américaine [à ces exceptions territoriales] conduit ainsi à découvrir, en France, l'équivalent fonctionnel d'une politique préférentielle centrée sur des groupes d'appartenance »²⁶⁶.

2. Exemple des zones d'éducation prioritaire (ZEP) et de la troisième voie d'accès à Science Po

123. Si les mesures géolocalisées sont un moyen de réduire la fracture entre les territoires, dans certains cas on remarquera qu'elles permettent de saisir plus facilement certaines catégories de la population au sein d'un même territoire. C'est ainsi que la politique des zones d'éducation prioritaires (ZEP) a permis de saisir des populations défavorisées en usant d'un critère géographique lui-même déterminé en fonction des « milieux sociaux où le taux d'échec scolaire est le plus élevé »²⁶⁷. En effet, « en 2001-2002, les 329 collèges "très défavorisés" (6,5 % de l'ensemble des collèges) comptent 6 % d'enfants de cadres et chefs

²⁶² [Décision n° 89-270 DC du 29 décembre 1989, Loi de finances rectificative pour 1989, Rec.](#), p. 129.

²⁶³ A. LEVADE, préc., note 261.

²⁶⁴ Thomas KIRSZBAUM, « La discrimination positive territoriale : de l'égalité des chances à la mixité urbaine », *Pouvoirs*, n° 111-4, 2004, pp. 101-118.

²⁶⁵ *Id.*, par. 3.

²⁶⁶ Gwénaëlle CALVÈS, « Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », *Pouvoirs*, n° 111-4, 2004, pp. 29-40.

²⁶⁷ [Circulaire n°81-238 du 1^{er} juillet 1981, B.O. n°27 du 9 juillet 1981, p. 2077.](#)

d'entreprise, 65,5 % d'enfants d'ouvriers et inactifs, 24,1 % d'enfants de nationalité étrangère, alors qu'à l'autre extrême, les 424 collèges "favorisés" (8,4 % des collèges) comptent 7 fois plus (45,9 %) d'enfants de cadres et chefs d'entreprise, 4 fois moins (16 %) d'enfants d'ouvriers et inactifs et 6 fois moins (3,9 %) d'enfants de nationalité étrangère ». En 2001, afin de diversifier l'origine sociale des étudiants accédant à Science Po, une voie d'accès spécifique pour les élèves des ZEP a été créée. Cette mesure positive a fait à l'époque grand bruit, car elle remettait en cause une institution : le concours d'entrée, pourtant largement critiqué dans la mesure où il « tend à favoriser outrageusement les bénéficiaires du capital culturel qui en ouvre l'accès : les milieux favorisés et les classes moyennes diplômées »²⁶⁸. Cette procédure fonctionne aujourd'hui²⁶⁹ « comme une voie d'accès spécifique, en dehors de tout aménagement de l'un des concours existants, sans nombre prédéterminé de places au recrutement. Elle emprunte le canal de conventions avec des lycées situés en ZEP ou ayant les caractéristiques des ZEP, essentiellement pour l'heure en régions parisienne, lyonnaise et lorraine (sept à l'origine, 20 en 2003). Dans ce cadre, la sélection s'opère en partie avant l'obtention du baccalauréat (avec les équipes pédagogiques des lycées et un soutien particulier offert aux élèves), en fonction du dossier scolaire et du potentiel de progression. Les élèves passent l'admissibilité dans leur lycée d'origine, sur la base d'une revue de presse préparée par eux, qu'ils soutiennent devant un jury présidé par le proviseur. S'ils obtiennent le baccalauréat dès le premier groupe d'épreuves, ils subissent un oral d'admission, à Sciences Po, devant un jury présidé par le directeur de l'IEP et comprenant une série de personnalités (professeurs d'université, hauts fonctionnaires...) »²⁷⁰. En élaborant une voie d'accès spécifique, l'IEP a assumé le fait que la sélection par le concours n'était pas la plus juste pour apprécier les mérites des individus.

124. Cette approche française, empreinte de pudeur, contraste avec la reconnaissance explicite des groupes ethniques pratiquée aux États-Unis²⁷¹, mais le contenu des mesures est en fin de compte assez similaire et potentiellement plus protecteur contre les stéréotypes pouvant affecter les bénéficiaires de telles mesures. Pour autant, en certaines occasions, le législateur et le constituant français, lorsque cela était nécessaire, ont pu abandonner leurs réticences historiques/naturelles à l'égard de l'adoption de mesures catégorielles.

²⁶⁸ Bernard TOULEMONDE, « La discrimination positive dans l'éducation: des ZEP à Sciences Po », *Pouvoirs*, n° 111-4, 2004, pp. 87-99.

²⁶⁹ Car la mesure initiale avait fait l'objet d'une réserve de la part du Conseil constitutionnel : *Décision n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001 Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*, *Rec.*, p. 82.

²⁷⁰ B. TOULEMONDE, préc., note 268.

²⁷¹ V. *infra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1 : Le concept juridique de diversité aux États-Unis.

C. Exceptions pour favoriser une égalité de résultat

125. Certaines mesures sont beaucoup plus directes et visent à imposer une égalité réelle, une égalité où seul le résultat compte. C'est le cas par exemple de la parité entre les hommes et les femmes qui a pu être introduite en matière électorale ou dans les conseils d'administration des entreprises du CAC40 (1), des préférences territoriales pour les travailleurs néo-calédoniens (2) ou encore la mesure emblématique de quotas qui existe en matière d'emploi de personnes handicapées (3).

1. *La parité entre les hommes et les femmes*

126. La mise en place de la parité en matière politique est une mesure catégorielle. Elle « suppose de catégoriser les citoyens comme "hommes" ou "femmes", donc de rompre avec le postulat du citoyen abstrait et les présupposés du "modèle républicain" »²⁷². La justification de cette mesure a été introduite dans l'article premier de la Constitution de 1958 aux termes duquel : « *La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* ». Il ne s'agit pas pour autant d'une mesure individuelle et on ne peut pas prétendre à titre individuel à être investi sur une liste électorale au seul motif de son sexe. En revanche, le parti politique a l'obligation de respecter la parité et sera sanctionné si ses listes ne présentent pas autant d'hommes que de femmes. Cette obligation de parité dépasse le contexte politique puisqu'il vaut également dans le monde du travail. La parité s'applique au sein des conseils d'administration des entreprises cotées en bourse²⁷³, pour la désignation des conseillers prud'hommes²⁷⁴ ou pour la composition des jurys de concours d'accès à la fonction publique²⁷⁵. À noter qu'une telle mesure ne « favorise » pas une catégorie par rapport à l'autre, du moins pas au-delà de ce qui devrait être une représentation proportionnelle²⁷⁶. Elle

²⁷² D. LOCHAK, préc., note 173.

²⁷³ Art. L. 225-17 du code de commerce issu de l'article premier de la loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle, *JORF* du 28 janvier 2011, p. 1680.

²⁷⁴ Art. L. 1441-19 du code du travail issu de l'ordonnance n° 2016-388 du 31 mars 2016 relative à la désignation des conseillers prud'hommes, *JORF* du 1^{er} avril 2016.

²⁷⁵ Décret n° 2013-908 du 10 octobre 2013 relatif aux modalités de désignation des membres des jurys et des comités de sélection pour le recrutement et la promotion des fonctionnaires relevant de la fonction publique de l'Etat, de la fonction publique territoriale et de la fonction publique hospitalière, *JORF* du 12 octobre 2013.

²⁷⁶ Il n'y a pas de favoritisme sur le plan juridique dans le sens où les femmes ne sont pas expressément visées comme étant les bénéficiaires de ces mesures, mais factuellement ce sont elles qui en profiteront le plus, à moins

favorise les femmes qui sont injustement écartées de la vie politique, mais elles ne sont pas avantagées dans les élections. Les résultats de ces dernières témoignent au contraire des méthodes utilisées pour écarter les femmes : investitures en « tête de liste » plus fortes dans les circonscriptions difficiles à gagner pour le parti, et très faibles au contraire là où le parti est fort. Les chances d'être élues restent donc moindres pour les femmes. Finalement, on constate que seuls un bouleversement politique majeur et l'éclatement des partis traditionnels (PS et LR), ont pu donner lieu à un renouvellement profond de la classe politique et à l'introduction massive de femmes à l'Assemblée nationale²⁷⁷. Pour autant, une fois élues, la répartition des postes à responsabilité au sein de l'Assemblée nationale n'étant pas soumise à des impératifs de parité, l'intégralité des présidences de groupe et la présidence de l'Assemblée nationale ont été immédiatement pourvues à des hommes.

127. L'introduction de la parité, telle qu'elle est définie dans la Constitution, répond clairement à un objectif d'universalité en permettant l'accès de tous, hommes et femmes, aux fonctions électives. Cependant, un argumentaire différentialiste a pu être mobilisé pour justifier la nécessité d'une telle recherche : les femmes apporteraient un œil nouveau, une expérience nouvelle à l'Assemblée nationale et seraient donc « utiles » à la représentation. Cet argument, fort heureusement minoritaire, n'a pas été retenu lors de la rédaction du texte. En effet, les expériences différentes des femmes ne découlent pas de ce qu'elles sont, mais davantage des situations auxquelles elles sont confrontées. L'égalité n'est pas conditionnée à l'utilité d'une catégorie de personnes pour le bon fonctionnement des institutions. L'argument est d'ailleurs d'autant plus critiquable que l'utilité de ceux qui dirigent déjà n'est, quant à elle, jamais contestée.

128. Les objectifs de parité ne se limitent pas aux fonctions électives, l'article premier de la Constitution évoque également les « responsabilités professionnelles et sociales ». Cela se traduit, depuis le 1^{er} janvier 2013 par la loi du 12 mars 2012²⁷⁸, dite loi Sauvadet, qui « impose un taux minimum de personne de chaque sexe parmi les personnes nommées pour la première fois aux principaux emplois de l'encadrement supérieur et dirigeant de l'État, des

que dans une situation précise – encore très rare –, les hommes soient sous représentés et nécessitent que l'on recoure au principe de parité pour parvenir à les insérer dans des organes de décisions.

²⁷⁷ L'arrivée du mouvement « En Marche » a permis d'introduire de nombreux néo-députés dont un nombre important de femmes. Au final, l'Assemblée nationale est renouvelée avec 39% de femmes grâce à la parité qui est imposée aux partis dans l'investiture de leurs candidats.

²⁷⁸ Article 52 de 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, *JORF* du 13 mars 2012, p. 4498.

collectivités territoriales et de la fonction publique hospitalière. Ce dispositif conçu de manière progressive prévoyait une montée en charge qui s'est achevée le 1er janvier 2017 en portant le taux à 40% (20% en 2013 et 2014 et 30% en 2015 et 2016) »²⁷⁹. La sanction applicable en cas de manquement à cette obligation est prévue à l'article 6 quater de la loi dite Le Pors²⁸⁰, et organisée par le [décret du 30 avril 2012 relatif aux modalités de nominations équilibrées dans l'encadrement supérieur de la fonction publique](#)²⁸¹. En 2017, et pour la première fois, plusieurs administrations ont été concernées par la contribution pour le non respect du quota minimum de 40%. Il s'agit des ministères de la justice (60 000 €), des armées (120 000 €) et de trois collectivités locales (240 000 €)²⁸².

2. La préférence territoriale

129. À l'occasion d'une décision du 30 août 1984²⁸³, le Conseil constitutionnel a reconnu qu'une disposition législative puisse favoriser l'accès des habitants de Nouvelle-Calédonie à la fonction publique de ce territoire.

130. Dans le cadre de ces mesures préférentielles, notamment pour la priorité d'emploi en faveur des Néo-Calédoniens, le législateur a autorisé les statistiques ethniques pour la Nouvelle-Calédonie. En effet, un décret du 5 juin 2003 pris en application de la loi de 1978 « informatique et libertés » y a autorisé, pour les recensements généraux, « *la collecte et le traitement de données nominatives susceptibles de faire apparaître l'origine ethnique des personnes* »²⁸⁴. C'est ainsi que par un décret du 23 juin 2009, le recensement invite les habitants de Nouvelle-Calédonie à répondre à la question suivante : « À quelle(s) communauté(s) estimez-vous appartenir ? » en choisissant parmi les propositions suivante : « *Européenne, Indonésienne, Kanak, Ni-Vanuatu, Tahitienne, Vietnamienne, Wallissienne ou*

²⁷⁹ Le portail de la Fonction publique, « Les nominations équilibrées dans l'encadrement supérieur de la fonction publique », 8 déc. 2017.

²⁸⁰ Article 6 quater de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, tel que modifié par la loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, *JORF* du 5 août 2014, p. 12949.

²⁸¹ Décret n° 2012-601 du 30 avril 2012 relatif aux modalités de nominations équilibrées dans l'encadrement supérieur de la fonction publique, *JORF* du 2 mai 2012.

²⁸² Benoît FLOCH, « Deux ministères sanctionnés pour ne pas avoir nommé assez de femmes », *Le Monde*, 29 décembre 2017.

²⁸³ Décision n° 84-178 DC du 30 août 1984, *Statut du territoire de Nouvelle-Calédonie*, *Rec.*, p. 69.

²⁸⁴ Décret n°2003-485 relatif au recensement de la population, *JORF* du 8 juin 2003, p. 9765.

Futunienne, Autre asiatique, Autre (précisez) »²⁸⁵. L'emploi du pluriel est ici important, car il permet de faciliter les réponses des métis dont les origines sont, par définition, plurielles. La loi Informatique et Libertés à l'alinéa 3 de son article 31 prévoit explicitement l'exception calédonienne à l'interdiction des références à l'appartenance ethnique lors du recensement. La CNIL avait été consultée en 2009 sur un projet d'arrêté relatif au traitement automatisé réalisé à l'occasion du recensement de la population de Nouvelle-Calédonie et avait rappelé sa délibération du 19 décembre 2002 où elle estimait que « le recueil de l'appartenance ethnique des personnes, compte tenu des caractéristiques sociodémographiques propres au territoire de Nouvelle-Calédonie, répond à un motif d'intérêt public [...] »²⁸⁶. Cet argument peine à convaincre dans la mesure où il pourrait aisément être transposé à d'autres territoires d'outre-mer, voire hexagonaux.

131. La priorité d'emploi en Nouvelle-Calédonie concerne tous les emplois, privés et public, et elle a été réorganisée dans ce dernier secteur par la loi du pays en décembre 2016 toujours « *dans le but de protéger, promouvoir et soutenir l'emploi local dans les fonctions publiques de Nouvelle Calédonie* »²⁸⁷. Cette priorité d'emploi est encadrée par l'[article 24 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie](#)²⁸⁸ et profite aux « *citoyens de la Nouvelle-Calédonie* » ; aux « *personnes qui justifient d'une durée de résidence en Nouvelle-Calédonie au moins égale à dix ans* » et aux « *personnes qui justifient d'une durée suffisante de résidence en Nouvelle-Calédonie appréciée en fonction des difficultés locales de recrutement* ».

132. On notera que si les statistiques ethniques sont autorisées, la priorité d'emploi quant à elle n'est pas fondée sur les mêmes catégories que celles définies lors du recensement. La loi du Pays leur a substitué une condition de « citoyenneté » néo-calédonienne ou une durée de résidence, confirmant, si besoin est, que les catégorisations ethniques sont un outil particulier à manipuler avec précaution et parcimonie.

²⁸⁵ Décret n° 2009-784 du 23 juin 2009 fixant la date et les conditions dans lesquelles sera exécuté le recensement général de la population de Nouvelle-Calédonie en 2009. V. sur cette question Serge SLAMA, *Les discriminations selon l'origine*, coll. Problèmes politiques et sociaux, n°966, Paris, La Documentation française, 2009, p. 10.

²⁸⁶ CNIL, Délibération n° 2009-317 du 7 mai 2009 portant avis sur un projet d'arrêté relatif au traitement automatisé réalisé à l'occasion du recensement de la population de Nouvelle-Calédonie en 2009, publiée au JORF du 26 juillet 2009.

²⁸⁷ Article premier de la loi du pays n° 2016-17 du 19 décembre 2016 relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local pour l'accès aux fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie, *JONC* du 22 décembre 2016, p. 13894.

²⁸⁸ Loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

133. L'exemple néo-calédonien n'est pas anecdotique, car il ouvre le champ des possibles en matière de traitement préférentiel. Si un territoire, certes avec une autonomie très supérieure aux autres territoires français, peut être affranchi de l'interdiction de mesurer les catégories ethniques, qu'en est-il de l'objection selon laquelle de telles mesures remettraient en cause le pacte républicain, mettraient en danger l'Unité du peuple français ? Les Néo-Calédoniens bénéficient certes d'un statut particulier et d'un pouvoir législatif propre, mais ils n'en restent pas moins des citoyens français, qui peuvent voter lors des élections nationales dans les mêmes conditions que tous les autres citoyens. En admettant ce genre d'exceptions, le pouvoir constituant a ouvert une brèche qu'il sera difficile de colmater. Il n'est donc pas étonnant que des citoyens d'autres territoires demandent aujourd'hui à bénéficier de telles mesures préférentielles. On pense notamment à l'affaire du Syndicat Nationaliste Corse qui milite pour une préférence en faveur du « peuple corse » et qui était attaqué pour cela sur le fondement du non respect des valeurs républicaines. La Cour de cassation a estimé que tant qu'il n'est pas rapporté la preuve²⁸⁹ que le syndicat, « indépendamment des mentions figurant dans ses statuts, poursuit dans son action un objectif illicite, contraire aux valeurs républicaines »²⁹⁰, par exemple en prônant « des discriminations directes ou indirectes, en raison de l'origine du salarié »²⁹¹, il ne saurait être interdit de participer aux élections.

134. Il existe en droit du travail des exceptions plus larges qui s'appliquent d'ores et déjà sur l'ensemble du territoire et ne souffrent que peu de contestations. On pense principalement aux quotas dont bénéficient les personnes en situation de handicap.

²⁸⁹ V. *Cass. Soc.* 13 oct. 2010, n°10-60.130 : *D.* 2010. AJ 2521, obs. Perrin ; *D.* 2011. 289, obs. Petit ; *RJS* 2010. 851, n° 954 ; *Dr. ouv.* 2010. 686, obs. Leduc ; *Dr. soc.* 2011. 112, obs. Radé ; *JS Lamy* 2010, n° 288-3, obs. Hautefort ; *Sem. soc. Lamy* 2010, n° 1463, p. 9, obs. Bateman ; *JCP S* 2010. 1943, note Pagnerre. : C'est à celui qui conteste le respect, par une organisation syndicale, des valeurs républicaines, d'apporter la preuve de sa contestation.

²⁹⁰ *Cass. Soc.* 9 septembre 2016, n°16-20.605, FS-P+B, *Lexbase Hebdo* édition sociale n°669 du 22 septembre 2016, obs. Auzero (N4335BWH) ; *Dalloz actualité*, 26 sept. 2016, obs. Peyronnet ; *RDT* 2016. 715, obs. Odoul-Asorey ; *Dr. soc.* 2016. 966 ; *Sem. soc. Lamy* 2016, n° 1737, p. 11, obs. Champeaux ; *JS Lamy* 2016, n° 418-6, obs. Pacotte et Leroy ; *JCP S* 2017. 1343, obs. Pagnerre.

²⁹¹ *Cass. Soc.* 12 déc. 2016, n° 16-25. 793 : *D.* 2016. Actu. 2576 ; *Lexbase Hebdo* édition sociale n°682 du 5 janvier 2017, obs. Auzero (N5966BWU) *Dr. soc.* 2017. 180, note J. Mouly ; *JS Lamy* 2017, n° 424-3, obs. Lhernould ; *RJS* 2/2017, n° 128 ; *JCP S* 2017. 1034, obs. Pagnerre.

3. Les quotas handicap

135. La question de l'emploi des personnes handicapées s'est posée dès la fin de la Grande Guerre. L'État ne pouvant ignorer les milliers de soldats mutilés devenus inaptes à reprendre leurs emplois, il dut aménager ces situations d'inactivité et organiser le reclassement de ceux qui pouvaient continuer malgré tout à travailler. Ainsi, une loi du 26 avril 1924 est venue imposer aux employeurs d'accueillir 10% de mutilés de guerre et assimilés²⁹². Un décret de 1955 a étendu cette obligation aux « diminués physiques »²⁹³. « À ce système jugé inefficace et complexe, la loi du 10 juillet 1987 est venue substituer une obligation unique à la charge de l'employeur : occuper dans son effectif 6 % de personnes handicapées »²⁹⁴. L'efficacité de ce dispositif, aujourd'hui codifié aux articles L. 5212-1 et L. 5212-2 du Code du travail, réside dans la substitution de l'« obligation de procédure dite de dépôt d'offres d'emploi [par] une obligation de résultat. Désormais, le législateur oblige les établissements de 20 salariés et plus à embaucher des personnes handicapées à hauteur de 6% de l'effectif »²⁹⁵. L'originalité de cette loi de 1987 se trouve dans les différentes modalités offertes aux employeurs pour s'acquitter de leur obligation. Initialement « les employeurs [pouvaient] s'acquitter partiellement de l'obligation d'emploi instituée par l'article L. 323-1 en passant des contrats de fournitures de sous-traitance ou de prestations de services avec des ateliers protégés, des centres de distribution de travail à domicile ou des centres d'aide par le travail. Cette exonération, dont les modalités et les limites sont fixées par voie réglementaire, est proportionnelle au volume de travail fourni à ces ateliers et centres. ». Le législateur a permis en 2015²⁹⁶ une nouvelle hypothèse que l'on retrouve aujourd'hui au 4° de l'article L. 5212-6 du code du travail et vise le fait de recourir à des « *travailleurs indépendants handicapés reconnus bénéficiaires de l'obligation d'emploi au sens de l'article L. 5212-13.* ».

136. Mais ce qui constitue l'originalité de cette loi est aussi son principal défaut. Comme le révèle Serge Milano, « le ministre et la majorité parlementaire [de l'époque avaient] fortement souligné que l'objectif était l'emploi en milieu ordinaire et que ces modalités devaient rester

²⁹² Laurène JOLY, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, Paris, Dalloz, 2015, p. 364.

²⁹³ Décret n°55-689 du 20 mai 1955 modifiant la [loi du 26 avril 1924 assurant l'emploi des mutilés de guerre](#).

²⁹⁴ Philippe AUVERGNON, « L'obligation d'emploi des handicapés », *Dr. soc.*, 1991, p. 596.

²⁹⁵ L. JOLY, préc., note 292, p. 364.

²⁹⁶ Art. 272 de la [loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques](#).

exceptionnelles »²⁹⁷. Or, on constate aujourd'hui que ces moyens de satisfaire à l'obligation d'emploi de personnes handicapées, sans avoir à en employer directement, sont privilégiés par les employeurs et contribuent à créer un monde du travail compartimenté. Pour cet auteur, « les modalités de mise en œuvre de l'obligation d'emploi se sont retournées contre l'obligation elle-même, faisant de la loi de 1987 une loi de participation à l'emploi des personnes handicapées plutôt qu'une loi d'obligation d'emploi en milieu ordinaire. C'est là un dévoiement des intentions initiales »²⁹⁸.

²⁹⁷ Serge MILANO, « L'obligation d'emploi en échec : pour une refonte de la loi de 1987 », *RDSS*, 2017, p. 545.

²⁹⁸ *Id.*

Conclusion du Chapitre 1

137. Au-delà de l'échec, originellement perceptible, de l'utopie universaliste, c'est aujourd'hui le manque patent d'universalité qui s'impose à la vue du juriste. Le manque d'universalité de la loi *ab initio*, rendu visible par les ajouts successifs de nouvelles catégories de citoyens (esclaves, femmes...), a révélé le manque d'universalité des droits. La reconnaissance tardive de ces catégories a causé pour ces dernières un retard dans l'accès aux droits. Or, l'effectivité des droits aujourd'hui recherchée pour tous rend nécessaire un rattrapage dont les modalités sont peu compatibles avec le principe de l'universalité du droit. Au fur et à mesure que le droit ouvre les yeux sur l'altérité, jusqu'alors plus ou moins consciemment ignorée, la multiplication des exceptions au principe d'universalité du droit, rendue nécessaire par cette vue retrouvée, a conduit à l'illisibilité des règles de justice et d'égalité à l'œuvre dans la distribution de certains biens rares. Le législateur a cependant essayé de concilier la protection de l'altérité et les besoins de rattrapages avec les contraintes de l'universalité du droit. La recherche d'effectivité des droits s'est traduite dans la loi par l'interdiction de traiter moins favorablement des personnes sur la base de critères désormais prohibés. L'émergence du droit de la non-discrimination participe à cet objectif et commence à définir en creux le contenu de la diversité. Le glissement de la protection contre les discriminations à la recherche de diversité pose cependant des difficultés au regard des contraintes juridiques existantes. La diversité pourrait ne pas être soluble dans le principe de non-discrimination et de l'égalité de traitement.

Chapitre 2 : La réalité de la diversité

138. Les insuffisances de l'universalisme ont été encore davantage mises en évidence par l'adoption de mesures permettant de lutter contre les discriminations. Comme le fait remarquer très justement la Professeure Danièle Lochak, « on peut juger paradoxal que la garantie du "droit à l'indifférence" passe, dans [certaines] hypothèses, par la prise en considération de l'appartenance des individus à une catégorie ou un groupe ; et plus encore le fait que, pour pouvoir se réclamer de la protection prévue par les textes, il leur faut démontrer qu'ils ont été victimes d'une discrimination en tant que femme, noir, juif, arabe ou homosexuel, donc faire état d'une appartenance que justement le modèle universaliste de l'humanité abstraite entend gommer »²⁹⁹.

139. En adoptant, certes sous la pression européenne, des dispositifs pour lutter contre les discriminations (articles 225-1 et suivants du Code pénal et L. 1132-1 et suivants du Code du travail), le législateur a implicitement reconnu l'existence de traitements différents de certaines catégories de personnes et des insuffisances du principe d'égalité à les empêcher. Donc non seulement cela pointe les limites de l'égalité des droits, mais cela remet aussi en cause l'interdiction constitutionnelle de reconnaître d'autres catégories que celle des citoyens français. En effet, en reconnaissant l'existence des discriminations indirectes et en autorisant certaines mesures positives, le législateur a reconnu la possibilité de se référer non plus seulement à l'individu victime, mais de démontrer l'existence d'une discrimination individuelle au regard de la situation du groupe auquel il appartient. La situation du groupe devient donc un moyen de preuve de la discrimination individuelle, ce qui modifie le paradigme de l'universalité. Pour autant, « la loi ne postule pas [...] que ces groupes ont une existence concrète : ils servent uniquement de point d'appui à la lutte contre les discriminations qui est elle-même une condition de l'égalité en droit »³⁰⁰.

140. Entre la discrimination indirecte et la reconnaissance formelle des groupes, il ne reste cependant qu'une étape que la diversité pourrait franchir. Cette étape serait finalement assez simple à atteindre dans la mesure où le principe de non-discrimination n'est ni plus ni moins que le traitement apporté aux symptômes résultant de l'absence de prise en compte de la

²⁹⁹ D. LOCHAK, préc., note 5, p. 80.

³⁰⁰ *Id.*

diversité par l'universalisme républicain. Le principe de non-discrimination est la réaction aux atteintes portées à la diversité avec les termes de l'égalité des droits, il est une vision pathologique de la diversité et son évolution le démontre (Section 1). C'est pourquoi il est impossible, avec le principe de non-discrimination tel qu'il est conçu en France, de procéder à un rééquilibrage puisque l'on ne reconnaît pas le droit à l'égalité réelle, puisque le groupe n'a pas d'existence formelle ou même positive³⁰¹. On sanctionne l'auteur de traitements différents fondés sur un critère discriminatoire, mais on ne corrige pas la situation discriminante dans laquelle se trouve tel ou tel groupe de personnes. La combinaison de ces deux mécanismes juridiques que sont le principe de non-discrimination et l'égalité de traitement³⁰² aboutit à paralyser totalement la conceptualisation et la mise en œuvre de mesures positives visant à obtenir une égalité réelle. Là encore, l'émergence du concept de diversité apparaît comme une tentative de résorption des contradictions entre égalité réelle et principe de non-discrimination (Section 2).

Section 1 : L'évolution du principe de non-discrimination vers la diversité

141. Pourquoi le législateur a-t-il élaboré une liste de critères ne pouvant motiver une décision sous peine de sanctions pénales ou d'une nullité de ladite décision (L. 1134-4) ? Pourquoi les 25 critères que sont l'origine, le sexe, les mœurs, l'orientation sexuelle, l'identité de genre, l'âge, la situation de famille, la grossesse, les caractéristiques génétiques, la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, l'appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposées, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, les opinions politiques, les activités syndicales ou mutualistes, les convictions religieuses, l'apparence physique, le nom de famille, le lieu de résidence ou la domiciliation bancaire, l'état de santé, la perte d'autonomie, le handicap ou la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, sont-ils aujourd'hui retenus dans le cadre de cette liste de motifs prohibés ? Quelle logique prédomine à la constitution de cette liste ? Cette liste a considérablement été allongée, pour le meilleur et pour le pire. La liste en elle-même constitue un état négatif de la diversité. Il s'agit de son état pathologique. La liste fait état de tous les éléments de la diversité qui se trouvent en tension dans la société française. D'ailleurs, « l'utilisation de l'expression "faits divers" pour désigner les incidents du jour auxquels la presse consacre une rubrique particulière illustre l'association de la diversité à l'hétérogénéité, la pluralité et la variété,

³⁰¹ Le groupe n'existant que lorsqu'il est victime de discrimination.

³⁰² Tel qu'il découle d'une vision presque uniquement formelle de l'égalité.

mais aussi à la tension »³⁰³, ces faits divers étant bien souvent des incidents « *dramatiques, voire criminels* ». L'évolution du principe de non-discrimination notamment par la multiplication des critères (§1), reflète quant à elle une sensibilité du législateur de plus en plus grande à l'égard des différences pouvant être au cœur des discriminations. Cependant, la multiplication à outrance des critères traduit également une perte de repères du législateur entre les concepts de discriminations directes et indirectes et plus globalement une perte de sens du principe de non-discrimination (§2).

§1 : Multiplication des motifs discriminatoires

142. Le principe de non-discrimination a été créé pour éviter qu'un traitement inégalitaire, et surtout défavorable, ne soit fondé sur certains critères déterminés. Il s'agit donc d'un mécanisme de contrôle de la motivation de certaines décisions. Ce contrôle s'effectue par l'interdiction de motiver un traitement défavorable sur le fondement de certains motifs listés comme étant discriminatoires. La personne victime d'une telle mal-traitance se fondant sur un tel motif, ou dont les conséquences affectent disproportionnellement certains groupes identifiés sur la base d'une telle caractéristique, bénéficie d'un aménagement de la preuve pour démontrer l'existence d'une discrimination³⁰⁴. La personne présentera des éléments de faits laissant supposer l'usage d'un tel motif (discrimination directe), ou d'un motif affectant négativement certains groupes de personne (discrimination indirecte), et il appartiendra alors à celui qui a pris la décision de démontrer que cette dernière était en réalité justifiée par un objectif légitime et que les moyens utilisés étaient justifiés et proportionnés.

143. Le principe de non-discrimination n'entre donc pas en confrontation directe avec l'universalité du droit, car il se contente de prohiber les distinctions fondées sur de tels motifs. Néanmoins, il consiste de manière indirecte à reconnaître que le groupe des « citoyens » n'est pas si homogène que cela et que certains citoyens n'accèdent pas aussi facilement que d'autres à certains droits. C'est en cela, que ce principe peut heurter la vision universaliste du droit.

³⁰³ Annie JUNTER et Réjane SÉNAC-SLAWINSKI, « La diversité : sans droit ni obligation », *Rev. OFCE*, n°114-3, 2010, pp. 167-195.

³⁰⁴ Art. L. 1134-1 du Code du travail.

144. Entre 2001 et aujourd'hui, la liste des motifs discriminatoires n'a cessé de s'allonger (B). Les ajouts successifs ont été pour beaucoup une réelle évolution dans la reconnaissance de certaines caractéristiques identitaires jusqu'ici non saisies par le droit. C'est le cas par exemple de l'identité de genre. Mais progressivement, le législateur a perdu de vue ce qui faisait de la discrimination une notion compatible avec l'universalisme et qui résidait dans l'ambivalence de ses motifs (A).

A. L'ambivalence théorique des motifs

145. Dans le cadre d'une discrimination directe, les motifs discriminatoires listés ne désignent pas des groupes, ni même des catégories, car ils sont ambivalents. On peut en effet aussi bien invoquer une discrimination fondée sur le sexe lorsque l'on est un homme que lorsque l'on est une femme ; une discrimination fondée sur l'origine ou l'appartenance à une « prétendue race » lorsque l'on est blanc, noir, asiatique ou maghrébin ; etc. Le principe de non-discrimination ne protège pas que certains groupes de personnes en particulier, il protège tout le monde contre les décisions arbitraires fondées sur un motif considéré par la loi comme étant *a priori* attentatoire au principe d'égalité et injustifié. En cela, le principe de non-discrimination ne saurait pouvoir être considéré comme une règle catégorielle car les motifs n'étant pas des catégories, ils ne sauraient servir de support à l'instauration d'un quelconque avantage catégoriel et ont au contraire été pensés pour supprimer une défaveur. C'est l'appartenance à une catégorie qui est le motif et non l'inverse. N'importe quel individu identifié par le motif peut s'appuyer sur le principe de non-discrimination en cas de différence de traitement fondé sur ce motif, ce qui fait une grande différence. En clair, le principe de non-discrimination ne protège pas les femmes contre les discriminations, il protège contre toutes décisions défavorables fondées sur le sexe. Il existe quelques inflexions à cette universalité des motifs de non-discrimination, en particulier lorsque le motif de discrimination vise une situation et non plus une caractéristique identitaire³⁰⁵.

146. Par exemple, une personne handicapée peut se prévaloir d'une différence de traitement fondée sur son handicap, en revanche, si les salariés handicapés bénéficient d'un traitement plus favorable que les salariés « valides », on peut se demander si une telle différence de traitement sera contrôlée en dehors du principe de non-discrimination (au stade

³⁰⁵ Tatiana GRÜNDLER, « Tous discriminés ? » in dossier : « Le droit des libertés en question(s) - Colloque des 5 ans de la RDLF », *RDLF*, 2017, chron. n°33.

de l'identité de situation) ou non (c'est-à-dire au stade de la justification de la mesure qui supposerait un contrôle de sa légitimité, nécessité et proportionnalité). Le législateur n'a pas permis d'éclaircir ce débat avec l'article L. 1133-4 du Code du travail lorsqu'il dispose que « *les mesures prises en faveur des personnes handicapées et visant à favoriser l'égalité de traitement, prévues à l'article L. 5213-6 ne constituent pas une discrimination* ». En revanche, l'article L. 5213-6 dispose que « *l'employeur prend [...] les mesures appropriées* » « *afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés* », « *en fonction des besoins dans une situation concrète [...] pour permettre aux travailleurs [...] d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée* ». Il apparaît donc à la lumière de cet article que les mesures favorables aux personnes handicapées semblent justifiées par la différence de situation dans laquelle se trouvent ces personnes, ce qui les place hors du champ du principe de non-discrimination. Il est possible de tenir le même raisonnement pour le motif de la santé du salarié. S'agissant d'une situation dans laquelle peut se retrouver chaque salarié, il est interdit de traiter moins favorablement un salarié du fait de sa maladie, mais l'on peut s'interroger sur l'hypothèse inverse. Il est rare qu'un employeur soit plus généreux avec les salariés malades qu'avec les biens portant et quand bien même ce serait le cas, la volonté de compenser les charges et inconvénient de la maladie placerait le salarié malade dans une situation différente du salarié bien portant. Un salarié en bonne santé ne saurait donc établir une discrimination à son égard du fait de son absence de maladie, d'autant qu'il pourrait un jour se trouver dans cette situation et à son tour profiter des avantages octroyés par l'employeur, si avantage il y a. Il semble donc que lorsque les motifs visent une situation, il n'y ait pas de réversibilité possible et qu'en cas de tentative, les juges pourront simplement écarter l'applicabilité du principe de non-discrimination en arguant de l'absence de situation comparable (un salarié étant malade et l'autre non).

147. En matière de discriminations religieuses, une question subsiste malgré les précisions apportées ces dernières années³⁰⁶. L'article L. 1132-1 du Code du travail prohibe toutes

³⁰⁶ V. notamment : CJUE, 14 mars 2017, *Bouagnaoui et ADDH c/ Micropole SA.*, Aff. C-188/15 : *Dalloz actualité*, 20 mars 2017, obs. M. Peyronnet ; *Lexbase hebdo*, éd. soc., n° 692, 23 mars 2017, obs. Ch. Radé ; *AJDA*, 2017, p. 551 ; *ibid.*, p. 1106, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère, C. Gänser et P. Bonneville ; *D.*, 2017, p. 947, note J. Mouly ; *Dr. soc.*, 2017, p. 450, étude Y. Pagnerre ; *RDT*, 2017, p. 422, obs. P. Adam ; *Constitutions*, 2017, p. 249, chron. A.-M. Le Pourhiet ; *RTD eur.*, 2017, p. 229, étude S. Robin-Olivier ; *Rev. UE*, 2017, p. 342, étude G. Gonzalez. et CJUE, 14 mars 2017, *Samira Achbita c/ G4S Secure Solutions NV*, aff. C-157/15 : *Dalloz actualité*, 16 mars 2017, obs. M. Peyronnet ; *Lexbase hebdo*, éd. soc., n° 692, 23 mars 2017,

discriminations fondées sur les convictions religieuses des salariés. Mais, ce que la jurisprudence ne précise pas, c'est notamment s'il peut y avoir discrimination à l'égard des salariés non croyants, en dehors de l'hypothèse des entreprises de tendance où la religion devient un élément essentiel et déterminant pour l'embauche. Si l'on prend l'exemple de la possibilité pour un salarié de demander à son employeur une autorisation d'absence ou un jour de congé à l'occasion d'une fête religieuse, l'employeur ne pourra le lui refuser qu'à condition que la présence de ce salarié soit indispensable au sein de l'entreprise ce jour-là. Si l'employeur, a fait droit à des demandes similaires d'autres salariés portant sur d'autres jours, l'employeur devra démontrer l'absence de discrimination indirecte à l'égard du salarié auquel il refuse d'accorder un jour. Mais si, au lieu de demander un jour d'absence à l'occasion d'une fête religieuse, le salarié demandait un jour d'absence pour assister à l'enterrement de son idole, à une finale de Coupe du monde de football, ou à la première d'un nouvel épisode de Star Wars³⁰⁷, qu'en serait-il ? Peut-on considérer qu'il y aurait alors une discrimination à l'égard des non-croyants si l'employeur accepte une absence pour motif religieux à certains et refuse une absence à d'autres au prétexte qu'ils ne sont pas croyants d'une religion déterminée ou d'une religion tout court ? Pour les juges strasbourgeois, il apparaît que « la liberté de pensée, de conscience et de religion, consacrée par l'article 9 de la Convention [européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales], représente l'une des assises d'une "société démocratique" au sens de la Convention. Elle figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y va du pluralisme – chèrement conquis au cours des siècles – consubstantiel à pareille société »³⁰⁸. L'État ne reconnaissant aucun culte, il

obs. Ch. Radé ; *AJDA*, 2017, p. 551 ; *ibid.*, p. 1106, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère, C. Gänsler et P. Bonneville ; *D.*, 2017, p. 947, note J. Mouly ; *Dr. soc.*, 2017, p. 450, étude Y. Pagnerre ; *RDT*, 2017, p. 422, obs. P. Adam ; *Constitutions*, 2017, p. 249, chron. A.-M. Le Pourhiet ; *RTD eur.*, 2017, p. 229, étude S. Robin-Olivier ; *Rev. UE*, 2017, p. 342, étude G. Gonzalez ; *JS Lamy*, 2017, n° 430-1, obs. H. Tissandier ; *Sem. soc. Lamy*, 2017, n° 1762, p. 3, obs. G. Calvès ; *ibid.*, p. 6, obs. S. Laulom ; *JCP S*, 2017, p. 1105, obs. B. Bossu.

³⁰⁷ On ne peut nier que les passions de certains rivalisent parfois avec la dévotion religieuse. Rappelons pour ceux qui en douteraient que dans plusieurs pays (Royaume-Uni, Australie, Nouvelle-Zélande, ...), à l'occasion d'opération de recensement un nombre important de citoyens ont déclaré avoir pour foi la « religion Jedi ». Au Royaume-Uni, le phénomène fut si important qu'au recensement suivant, la « religion jedi » a pu bénéficier de sa propre case (au lieu d'avoir à être inscrite dans la catégorie « Autre »). Ce phénomène a d'ailleurs fait l'objet d'études sociologiques : Carole M CUSACK, « Invented Religions: Imagination, Fiction and Faith », *Farnham: Ashgate*, 2010. 179 pp. ; Adam POSSAMAI, *Religion and popular culture: a hyper-real testament*, coll. Gods, humans, and religions, n°7, New York, P.I.E.-Peter Lang, 2005.

³⁰⁸ [Conseil de l'Europe, Aperçu de la jurisprudence de la Cour en matière de liberté de religion, Division de la recherche de la Cour européenne des droits de l'homme, 31 octobre 2013, p. 7.](#)

n'appartient, en principe³⁰⁹, ni au législateur, ni aux juges³¹⁰ et donc encore moins aux employeurs de déterminer ce qui relève ou non de la religion et plus largement des croyances ou convictions pouvant faire l'objet d'une protection individuelle³¹¹. La Cour européenne des droits de l'homme estime que « *le droit à la liberté de religion tel que l'entend la Convention exclut toute appréciation de la part de l'État sur la légitimité des croyances religieuses ou sur les modalités d'expression de celles-ci* »³¹². L'absence de religion n'implique pas pour la personne une absence de croyances ou de convictions, par conséquent elles doivent, dès lors qu'elles sont sincères, faire l'objet d'une protection similaire à celle dont bénéficie la croyance religieuse.

148. Le corolaire se trouve dans l'hypothèse où toutes les religions seraient visées de la même manière par une mesure de l'employeur, mais n'aurait aucune conséquence pour les non-croyants. Par exemple, une obligation de neutralité qui viendrait limiter l'expression des convictions religieuses a un impact sur l'ensemble des salariés croyants, mais pas sur les salariés non croyants ou sur les croyants qui ne souhaitent pas manifester leurs croyances. On sait qu'il y aurait discrimination indirecte si la mesure de neutralité affecte davantage les salariés d'une religion par rapport aux autres. Mais, peut-il y avoir différence de traitement si les salariés souhaitant manifester leurs croyances sont affectés par la mesure alors que les salariés ne manifestant habituellement pas leurs croyances et les non-croyants ne le sont pas ? Si la mesure de neutralité ne concerne que la neutralité religieuse et non la neutralité politique et philosophique, ne peut-on pas considérer que l'objectif étant la neutralité de son image, ne pas prévoir une neutralité politique constitue une discrimination à l'égard des personnes croyantes et manifestant habituellement leurs convictions ? Il y aurait en effet un déséquilibre criant si dans l'entreprise une personne ne peut pas revêtir un foulard ou une croix au nom d'un impératif de neutralité vis-à-vis de la clientèle, mais qu'il reste possible de porter un tee-shirt floqué aux couleurs ou slogan d'un parti politique. La cohérence veut qu'une telle

³⁰⁹ Dans les faits, il a souvent été débattu du fait de savoir si une association devait être qualifiée d'association culturelle pour le bénéfice du statut fiscal s'y attachant ; ou pour la caractérisation d'une secte lorsqu'existent des troubles à l'ordre public. V. les débats autour des sectes et des « nouvelles religions » et [l'analyse très intéressante du Doyen Carbonnier sur cette question dans le cadre d'une consultation pour l'Église de Scientologie datant du 15 février 1982](#).

³¹⁰ Cour de Paris, 4 décembre 1912, *D.* 1914, Vol.2., p. 213, statuant à propos de l'article 901 du Code civil sur le cas du spiritisme, estime que : « *toutes les croyances religieuses sont essentiellement respectables, pourvu qu'elles soient sincères et de bonne foi, et il n'appartient pas à des juges civils, quelles que soient d'ailleurs leurs opinions ou croyances personnelles, de les railler, critiquer ou condamner* », cité *in id.*

³¹¹ La protection de l'art. 9 Conv. EDH a par exemple été accordée à l'athéisme ([Commission EDH, 6 juill. 1994, Union des Athées contre la France, Req. n° 14635/89](#)) ou au véganisme ([CEDH, 12 févr. 1993, W. v. The United Kingdom, Réq. n° 18187/91](#)). V. pour plus d'illustrations tels que l'anumisme, le pacifisme : [Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, Guide sur l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, Liberté de pensée, de conscience et de religion, 31 mai 2018, p.10](#).

³¹² [CEDH, 26 septembre 1996, Manoussakis c/Grèce, Req. n° 18748/91, §.47](#).

situation constitue une discrimination à l'égard des croyants, qu'importe la religion de ces derniers. Sur ce point, la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne³¹³ ne permet pas de définir avec certitude où s'arrête la comparaison³¹⁴.

149. L'ambivalence théorique des critères de discrimination est donc parfois discutable et par voie de conséquences précarise la compatibilité du principe de non-discrimination avec le principe d'universalité du droit.

B. Une liste de motifs évoluant avec la société et ses enjeux de diversité

150. Si l'on se concentre uniquement sur la liste des critères discriminatoires de l'article L. 1132-1 du Code du travail, on remarque une forte évolution. L'augmentation du nombre de motifs discriminatoires est palpable : de neuf critères dans sa première rédaction de 1982³¹⁵, l'article L. 122-45 devenu L. 1132-1 du Code du travail n'en compte aujourd'hui pas moins de 25.

151. La multiplication des critères résulte d'abord de la prise en considération de certaines problématiques nouvelles. On peut estimer à cet égard que la liste évolue au rythme de la société. L'introduction de l'identité sexuelle par la loi du 27 mai 2008³¹⁶, critère modifié ensuite par la loi du 28 février 2017³¹⁷ pour concerner l'identité de « genre » est le parfait exemple de l'évolution des mœurs et de la sensibilité de la société à l'égard de certaines questions. On notera parmi ces ajouts récents, un motif de nature économique au sein des textes nationaux. Jusqu'à présent, le législateur n'avait pas jugé utile de prévoir un motif discriminatoire permettant de saisir les questions de pauvreté, mais la loi du 24 juin 2016 visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale³¹⁸ est venue ajouter la

³¹³ CJUE, 14 mars 2017, *Bouagnaoui et ADDH c/ Micropole SA.*, Aff. C-188/15 et CJUE, 14 mars 2017, *Samira Achbita c/ G4S Secure Solutions NV*, aff. C-157/15 : Christophe RADÉ, « Laïcité dans l'entreprise : mieux vaut prévenir que sévir ! », *Lexbase hebdo*, éd. soc., n° 692, 23 mars 2017.

³¹⁴ V. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2 : La gestion égalitaire des libertés individuelles dans l'entreprise.

³¹⁵ Ancien art. L. 122-45 du code du travail issu de la loi n°82-689 du 4 août 1982, *JORF* du 6 août 1982, Article premier : « *Aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de son appartenance à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou de ses convictions religieuses* ».

³¹⁶ Loi n°2008-496 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, *JORF* du 28 mai 2008, p. 8801.

³¹⁷ Loi n°2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique, *JORF* du 1^{er} mars 2017.

³¹⁸ Loi n°2016-832 du 24 juin 2016 visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale, *JORF* du 25 juin 2016.

« particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique » à la liste des critères discriminatoires de l'article L. 1132-1 du Code du travail et à l'article 225-1 du Code pénal³¹⁹. Cet ajout est le bienvenu compte tenu de la présence systématique de ce motif dans toutes les conventions internationales et européennes qui visent expressément les discriminations liées à la « fortune », à l'« origine sociale » (ou au « niveau social et culturel ») et à la « naissance »³²⁰. Même si la « jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant les discriminations économiques est pratiquement inexistante³²¹ », il n'en reste pas moins un critère systématiquement mentionné dans les textes. On notera tout de même que la France a choisi d'adopter une conception plus étroite du critère économique (« particulière vulnérabilité ») que la conception beaucoup plus « relative » que l'on peut trouver en droit international (« origine sociale », « fortune », « naissance » « ou toute autre situation »). Le législateur entend ainsi limiter la mobilisation de ce motif aux personnes se trouvant dans un état avancé de pauvreté³²³.

152. Parmi les derniers ajouts à la liste des motifs discriminatoires répondent cependant à d'autres impératifs. Beaucoup de critères ont été ajoutés dans la liste des motifs pour améliorer l'efficacité du principe de non-discrimination et des critères déjà existants. Les discriminations indirectes n'étant quasiment jamais invoquées par les justiciables, du fait notamment qu'elles sont difficilement saisissables par les individus, le législateur a préféré multiplier les critères pouvant être utilisés dans le cadre d'une discrimination directe, quand bien même le critère aurait pu être visé dans le cadre d'une discrimination indirecte sur la base d'un autre motif discriminatoire.

³¹⁹ V. au sujet de cet ajout le commentaire de Diane ROMAN, « La discrimination fondée sur la précarité sociale, un nouvel outil en faveur de l'effectivité des droits ? (CNCDH, avis, 26 sept. 2013) », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 8 octobre 2013.

³²⁰ Art. 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 ; art. 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ; art. 1 de la Convention n° 111 concernant la discrimination (emploi et profession) du 25 juin 1958.

³²¹ CEDH, 29 avril 1999, *Chassagnou et autres c. France*, réq. 25088/94, 28331/95 et 28443/95.

³²² 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*, n°9, 7 mars 2016.

³²³ Diane ROMAN, « La discrimination fondée sur la condition sociale, une catégorie manquante du droit français », *D.*, 2013, p. 1911 : « Début 2013, une affaire défrayait la chronique : une famille en situation de grande précarité sociale, visitant un musée parisien, aurait été invitée à quitter les lieux au plus vite, son comportement et son odeur ayant indisposé d'autres visiteurs. Le scandale d'un "racisme anti-pauvre" a agité quelques jours les médias et la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), rappelant sa grande préoccupation en matière d'extrême pauvreté, a annoncé s'être saisie de la question des discriminations fondées sur l'origine sociale ».

153. Techniquement, le premier ajout d'un motif discutable, mais s'étant révélé nécessaire, fut celui de la grossesse, réalisé en 2006³²⁴. La grossesse, voire le simple « risque » de grossesse, est ce qui pénalise le plus les carrières féminines, mais c'est également une situation passagère dans laquelle se trouvent de nombreuses femmes. « Allez-vous faire un enfant dans les deux ans si je vous embauche ? », « Êtes-vous enceinte ? » sont des questions récurrentes pour les femmes autour de la trentaine lors d'un recrutement. La grossesse est clairement une situation démultipliant les risques de discriminations et par nature cela ne peut concerner que les femmes. Pourquoi dans ce cas consacrer un critère dédié à la grossesse alors que, celle-ci ne pouvant concerner que les femmes, elle pourrait être saisie par le mécanisme d'une discrimination indirecte ? Tout simplement parce que le principe de non-discrimination suppose une comparaison des situations et que la différence de situation pourra toujours justifier une différence de traitement. Or, un employeur pourra démontrer avoir déjà embauché des femmes pour écarter la présomption de discrimination fondée sur le sexe en cas de contestation par une femme enceinte du rejet de sa candidature. La reconnaissance de ce motif a, si l'on en croit les débats parlementaires³²⁵, surtout été opérée pour faciliter la preuve de la discrimination par les femmes qui en sont victimes et se conformer au droit européen qui consacrait déjà un tel critère. Concrètement, le motif de la grossesse permet de qualifier de discrimination directe une différence de traitement qui serait opérée entre une femme et une femme enceinte au détriment de cette dernière. En l'absence d'un tel motif, les femmes ne disposeraient que de la possibilité de démontrer l'existence d'une discrimination indirecte des femmes par rapport aux hommes en raison des retards de carrière engendrés par la grossesse. L'ajout de ce critère était donc nécessaire pour saisir la discrimination au moment où elle intervient et non de manière différée, lorsque les conséquences de la discrimination deviennent visibles.

154. Un autre ajout justifié, mais visant également à améliorer le traitement des discriminations indirectes fondées sur un autre critère est celui du lieu de résidence ajouté par le législateur en 2014³²⁶. Le lieu de résidence a été introduit dans la loi pour saisir la situation

³²⁴ Art. 2 de la [loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes](#), *JORF*, n°71 du 24 mars 2006, p. 4440.

³²⁵ « Enfin, la vocation de certaines de ces mesures est prioritairement juridique. À titre d'exemple, la salariée en état de grossesse pourra bénéficier d'un régime de la charge de la preuve plus favorable, qui prévalait déjà de façon générale en matière de discrimination professionnelle », [V. Compte rendu intégral des séances du 10 mai 2005, 2ème séance, discussion du projet de loi relatif à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes \(n°s 2214, 2282\)](#).

³²⁶ [Art. 15 de la loi n°2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine](#), *JORF* du 22 février 2014, p. 3138.

des personnes résidant dans les « banlieues » et qui se trouvent être majoritairement issues de l'immigration. Si les premières victimes sont celles qui n'ont pas le « bon » faciès, les personnes qui vivent à leur côté dans les quartiers de certaines banlieues des grandes villes sont également exclues du fait de vivre dans ces quartiers. Le lieu de résidence est un bon critère, car il saisit une exclusion réelle et a une vocation universelle permettant d'appréhender la situation de personnes pouvant être victimes de discrimination du fait d'autres motifs (origine, race, ethnie, religion).

155. On peut imaginer que la liste n'a pas fini de se constituer et de se modifier. Peu à peu, certains critères ne vont plus être sous tension et d'autres vont au contraire se révéler de plus en plus importants. Par exemple, on peut considérer que d'ici quelques années, le législateur pourrait ajouter un critère lié au régime alimentaire des personnes ou encore au « taux d'imposition » comme cela a pu être évoqué en 2016 lorsque les parlementaires ont commencé à débattre du prélèvement à la source³²⁷. Le nombre de plus en plus croissant de personnes véganes (ou tout simplement intolérante ou allergique à certains aliments) qui bouleversent certaines conventions sociales pourraient justifier que le législateur intervienne pour protéger les choix ou contraintes alimentaires de chacun. La science-fiction et les œuvres portant sur le transhumanisme peuvent être mobilisées pour anticiper des discriminations futures : quid du travailleur qui refuserait toute modification de son organisme par l'ajout d'un bras robotique³²⁸, l'augmentation de sa mémoire, l'implantation d'une puce, et deviendrait dès lors un travailleur moins productif en comparaison de ceux qui accepteraient – voire adhèreraient à – de telles modifications. Les critères actuels des caractéristiques génétiques et de l'apparence physique ne suffiraient pas à le protéger. Il est donc logique de faire évoluer la liste des motifs discriminatoires pour suivre l'évolution de la société.

156. Cependant, les derniers critères ajoutés au cours de la précédente législature constituent une rupture vis-à-vis des ajouts précédents et une confusion entre discriminations directe et indirecte qui est préjudiciable au principe même de non-discrimination.

³²⁷ Nadège ANDRÉ, « Le taux d'imposition : 22e critère de discrimination », *Semaine Sociale Lamy*, n°1732, 13 juillet 2016.

³²⁸ L'équipement des salariés d'exosquelettes est déjà expérimenté dans certaines entreprises. V. Marc ZAGGANI, « Ford équipe ses ouvriers d'exosquelettes », *Futura Sciences*, 12 août 2018.

§2 : Un principe de non-discrimination en perte de sens

157. La multiplication des motifs de discrimination que l'on constate ces dernières années démontre à notre sens un manque de maîtrise de la distinction entre discrimination directe et indirecte de la part du législateur. Elle participe à la perte de sens du principe de non-discrimination que l'on peut percevoir avec de plus en plus d'acuité au sein du texte et parfois de la jurisprudence ainsi qu'au démantèlement de son régime qu'opère la Cour de cassation dans ses dernières décisions. Un rappel de ce qu'est la distinction entre discriminations directe et indirecte (A) ne sera pas superflu pour démontrer à quel point elle est aujourd'hui malmenée par la multiplication des motifs de discrimination (B).

A. La distinction entre discriminations directes et indirectes

158. L'une des premières difficultés que rencontre le juriste est qu'il existe plusieurs définitions des discriminations directes et indirectes. Le droit français et le droit européen ont chacun posé leur propre définition des discriminations directes (1) et des discriminations indirectes (2) ce qui ne rend pas aisé, parfois, la compréhension de ces concepts.

1. *Discrimination directe*

159. L'article premier de la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations³²⁹ définit dans son premier alinéa ce qu'est une discrimination directe. Aux termes de cet alinéa, modifié pour la dernière fois en février 2017³³⁰, « *constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement [d'un ou plusieurs motifs listés comme discriminatoires], 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* ».

160. En transposant, le législateur français a quelque peu modifié la définition contenue dans 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 travail³³¹, selon

³²⁹ [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* du 28 mai 2008, p. 8801.

³³⁰ [Article 70 de la loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique](#) précitée.

³³¹ *JOUE* n°L303 du 2 décembre 2000, p. 0016-0022.

laquelle : « une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1^{er} ». Il a rapidement été noté que « le texte adopté a souhaité ne pas reprendre la formule communautaire de la directive de 2006 "ne l'aurait été" pour lui substituer l'improbable futur antérieur "ne l'aura été", dont on ne sait d'ailleurs pas bien ce qu'il signifie au juste »³³². Alors que la directive ménageait la possibilité de comparer la situation de la personne s'estimant discriminée avec une personne hypothétique qui serait placée dans la même situation, la loi de 2008 ne permet pas une telle comparaison hypothétique. Or, l'avantage qu'offrait cette formulation n'était pas négligeable puisqu'elle permettait aux personnes isolées et ne disposant pas de point de comparaison d'être malgré tout protégées contre les traitements inéquitables.

161. L'utilisation de l'un des critères n'est tolérée qu'à la condition que l'usage de ce critère réponde aux exigences de l'article L. 1133-1 du Code du travail aux termes duquel : « l'article L. 1132-1 ne fait pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ». Ce que recouvre l'exigence professionnelle essentielle et déterminante³³³ fait encore aujourd'hui l'objet d'incertitudes. Récemment, une société d'informatique a congédié une salariée refusant de retirer son voile auprès d'un des clients, qui avait expressément demandé à l'employeur que lors de sa prochaine intervention elle se présente sans voile. L'employeur a tenté de justifier le licenciement pour faute grave de la salariée sur le fondement de l'article L. 1133-1 du Code du travail, estimant que ne pas manifester sa religion constituait une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour occuper l'emploi. La CJUE ne l'a pas entendu de la même manière, estimant que la demande n'étant dirigée qu'à l'encontre d'une salariée déterminée, d'une religion en particulier, il y avait bien une discrimination³³⁴. En revanche, une exigence de neutralité, si

³³² Christophe RADÉ, « Discrimination. Preuve. Appréciation. Faits pertinents. Harcèlement. Preuve. Indices pertinents », *Dr. soc.*, 2010, p.111.

³³³ Katell BERTHOU, « Différences de traitement : esquisse des "exigences professionnelles essentielles" après la loi du 27 mai 2008 », *Dr. soc.*, 2009, p. 410.

³³⁴ CJUE, 14 mars 2017, *Bougnaoui et ADDH c/ Micropole SA.*, Aff. C-188/15 : *Dalloz actualité*, 20 mars 2017, obs. M. Peyronnet ; *Lexbase hebdo, éd. soc.*, n° 692, 23 mars 2017, obs. Ch. Radé ; *AJDA*, 2017, p. 551 ; *ibid.*, p. 1106, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère, C. Gänser et P. Bonneville ; *D.*, 2017, p. 947, note J. Mouly ; *Dr. soc.*, 2017, p. 450, étude Y. Pagnerre ; *RDT*, 2017, p. 422, obs. P. Adam ; *Constitutions*, 2017, p. 249, chron. A.-M. Le Pourhiet ; *RTD eur.*, 2017, p. 229, étude S. Robin-Olivier ; *Rev. UE*, 2017, p. 342, étude G. Gonzalez.

elle concerne tous les salariés et qu'elle est prévue par le règlement intérieur, n'est pas discriminatoire³³⁵.

162. La discrimination directe permet donc de saisir les hypothèses où une différence de traitement est directement – et ouvertement – motivée par un critère discriminatoire : un refus d'embauche en raison de la couleur de peau, un non-renouvellement de contrat en raison de l'état de grossesse, un refus de promotion en raison de l'âge. Ces discriminations ne sont pas difficiles à repérer tant l'utilisation de ce type de motivation heurte aujourd'hui les consciences. C'est pourquoi elles se font plus rares et sont supplantées par les hypothèses de discriminations indirectes qui se trouvent être beaucoup moins faciles à détecter, que ce soit par les victimes ou par les juges.

2. *Discrimination indirecte*

163. La notion de discrimination indirecte est l'un des apports les plus importants de l'ordre juridique européen au droit français de la non-discrimination. Comme le souligne Daniel Borillo, « l'apport principal de cette notion est celui de penser la discrimination non seulement comme un phénomène individuel, mais également comme le résultat d'une situation sociale (y compris au sein des institutions de l'État) »³³⁶. Mais ce n'est pas son seul intérêt, le fait qu'elle déconnecte toute intention de discriminer de la qualification de discrimination et se concentre uniquement sur le résultat est également déterminant. Si bien qu'en définitive, « l'élaboration de la notion de "discrimination indirecte" par le droit communautaire est une des créations les plus importantes en matière du droit de l'égalité de chances »³³⁷.

³³⁵ CJUE, 14 mars 2017, *Samira Achbita c/ G4S Secure Solutions NV*, aff. C-157/15 : *Dalloz actualité*, 16 mars 2017, obs. M. Peyronnet ; *Lexbase hebdo*, éd. soc., n° 692, 23 mars 2017, obs. Ch. Radé ; *AJDA*, 2017, p. 551 ; *ibid.*, p. 1106, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère, C. Gänsler et P. Bonneville ; *D.*, 2017, p. 947, note J. Mouly ; *Dr. soc.*, 2017, p. 450, étude Y. Pagnerre ; *RDT*, 2017, p. 422, obs. P. Adam ; *Constitutions*, 2017, p. 249, chron. A.-M. Le Pourhiet ; *RTD eur.*, 2017, p. 229, étude S. Robin-Olivier ; *Rev. UE*, 2017, p. 342, étude G. Gonzalez ; *JS Lamy*, 2017, n° 430-1, obs. H. Tissandier ; *Sem. soc. Lamy*, 2017, n° 1762, p. 3, obs. G. Calvès ; *ibid.*, p. 6, obs. S. Laulom ; *JCP S*, 2017, p. 1105, obs. B. Bossu.

³³⁶ Daniel BORRILLO, « Apport philosophique et contribution pratique du droit européen en matière de lutte contre les discriminations », dans Eric FASSIN et Jean-Louis HALPÉRIN, *Discriminations : pratiques, savoirs, politiques*, Paris, La Documentation française, 2008, p. 33-48.

³³⁷ *Id.*

164. La directive 76/207 portant sur l'égalité entre les hommes et les femmes³³⁸ est la plus ancienne à faire référence à la notion de discrimination indirecte mais elle ne faisait alors qu'effleurer le contenu de sa définition. En effet son article 2 visait le fait que « *le principe de l'égalité de traitement [...] implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial* ». Alors que le mécanisme consistant à fonder la différence de traitement sur un critère plus « neutre » que celui du sexe était déjà présent en 1976, on peut regretter que cette notion de discrimination indirecte n'ait pas été davantage mobilisée dans le cadre national de lutte contre les discriminations. On remarquera que les critères de l'état matrimonial ou familial étaient dans cette directive présentés comme des critères utilisés dans le cadre d'une discrimination indirecte, alors qu'ils constituent, au sens du droit national, des motifs de discrimination directe. La possibilité de saisir une même situation par le biais soit d'une discrimination directe (par exemple la situation de famille) soit d'une discrimination indirecte (dans le même exemple, les femmes) ne facilite pas la manipulation de cette distinction, pourtant très utile.

165. La définition la plus « large » est posée par la directive 2000/78³³⁹ précitée, aux termes de laquelle : « *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 d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que :*

- i) cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires, ou que*
- ii) dans le cas des personnes d'un handicap donné, l'employeur ou toute personne ou organisation auquel s'applique la présente directive ne soit obligé, en vertu de la législation nationale, de prendre des mesures appropriées conformément aux principes prévus à l'article 5 afin d'éliminer les désavantages qu'entraîne cette disposition, ce critère ou cette pratique ».*

³³⁸ Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, JOCE L39 du 14 février 1976, p. 40.

³³⁹ 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, précitée.

166. Le droit français a sa propre définition de la discrimination indirecte à l'[alinéa 2 de l'article premier de la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations](#). Aux termes de cet alinéa, « *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* ».

B. Une distinction malmenée

167. L'accélération, ces dernières années, de la multiplication des critères de discriminations participe à brouiller la distinction entre discrimination directe et indirecte et par la même occasion le principe de non-discrimination. Si le législateur malmène cette distinction (1) par ces ajouts continuent et parfois inconsiderés de motifs de discrimination, on remarque que les autorités judiciaires ne sont pas en reste et peuvent parfois contribuer à obscurcir cette distinction (2).

1. *Une distinction législativement malmenée*

168. Les derniers critères ajoutés par le législateur dénotent une perte de repères quant à la notion même de discrimination dans la mesure où l'on ne retrouve pas de caractère réellement excluant dans ces nouveaux critères. Le législateur confond de plus en plus « motif discriminatoire » et « situation discriminante ». Le motif de la « domiciliation bancaire » interroge. Il a été ajouté par l'article 70 de la loi du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique³⁴⁰ et vise en réalité à contrecarrer les discriminations dont sont victimes les personnes originaires des outre-mers. Or, comme l'a immédiatement fait remarquer le Défenseur des droits lors de son audition devant le Parlement, le dispositif actuel permettait déjà de saisir ce type de discriminations³⁴¹. La domiciliation bancaire introduit une certaine redondance avec le critère du lieu de résidence ou de l'origine. Par exemple, le refus d'embaucher quelqu'un en raison de sa domiciliation bancaire aurait déjà pu être empêché par le biais d'une discrimination

³⁴⁰ [Loi n°2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique](#), *JORF* du 1^{er} mars 2017.

³⁴¹ [Avis du DDD n°16-21 du 2 décembre 2016](#).

indirecte puisque ce critère apparemment neutre peut entraîner un désavantage particulier pour les personnes originaires des collectivités d'outre-mer (origine) ou y résidant (lieu de résidence). Il n'y avait donc aucun besoin d'ajouter ce motif discriminatoire.

169. La loi de 2017 ajoute en outre deux autres motifs qui là encore démontrent une profonde méconnaissance des mécanismes discriminatoires : « la perte d'autonomie » et « la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français », pour lesquelles les mêmes critiques peuvent être formulées³⁴².

170. La perte d'autonomie, contrairement au handicap ou à l'état de santé, ne nécessite pas d'avis médical ou de reconnaissance officielle. Or, on peut estimer qu'elle ne peut qu'être une manifestation de l'un ou de l'autre, ou de l'âge du salarié³⁴³. Quant au critère de la capacité à s'exprimer dans une autre langue que le français, il ne se fonde sur aucune réelle exclusion en raison de ce motif et est redondant avec le critère de l'origine. Comme le relève l'avocate Emmanuelle Boussard-Verrecchia : « la langue est un marqueur de l'origine. Le critère de l'origine suffit déjà à sanctionner de tels comportements »³⁴⁴. Le député Paul Molac, signataire de cette proposition de loi, explique que ce critère vise à « protéger les langues régionales » et à « ne pas en faire un prétexte pour ne pas recruter une personne par exemple »³⁴⁵. Plus largement, une discrimination linguistique pourrait consister à traiter moins favorablement ou à exclure de l'emploi les personnes qui ont un accent (glottophobie) ou qui ne parlent pas correctement français. Une interprétation aussi large de ce motif de discrimination ne sera pas aisée. D'une part, on note que le Défenseur des droits y est hostile. Dans son avis sur le projet de loi sur la Justice du XXI^e siècle, il expose que : « *si aucun droit fondamental à la langue française n'est reconnu, le Défenseur des droits relève en revanche qu'un nouveau critère de discrimination est introduit à l'article 41 qui vise les personnes en "capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français", autrement dit les locuteurs de langues régionales ou étrangères, et même, selon l'exposé des motifs, les personnes qui s'expriment avec un accent... Ainsi est subrepticement introduite dans notre législation la notion de discrimination linguistique, permettant ainsi à un régionaliste ou à un étranger*

³⁴² Et ont déjà été faites : Florence MEHREZ, « Discriminations au travail : "Il faut travailler sur ce qui nous échappe et sur la prise de conscience des stéréotypes" », *actuEL RH*, Éditions Législatives, 7 mars 2017 ; Emmanuelle BOUSSARD -VERRECCHIA, interrogée par Bernard DOMERGUE, « En multipliant les motifs, le législateur affaiblit l'idée même de discrimination », *actuEL CE*, Éditions législatives, 2 mars 2017.

³⁴³ V. *Id.*

³⁴⁴ Florence MEHREZ, « Les discriminations linguistiques font leur entrée dans le Code du travail », *actuEL RH*, Éditions législatives, 13 janv. 2017.

³⁴⁵ Propos rapporté in *idem*.

déclarant ne pas maîtriser le français de se réclamer de l'arsenal antidiscriminatoire pour contester un refus d'emploi ou de service. Une sorte de substitut pénal à la charte des langues régionales ou minoritaires jamais ratifiée en raison de son caractère inconstitutionnel »³⁴⁶. D'autre part, une telle interprétation sera facilement contournable. La capacité à parler français pourra facilement être considérée comme une exigence professionnelle déterminante justifiant l'utilisation d'un tel critère dans des procédures de recrutement. Il ne reste donc véritablement que les discriminations dont seraient victimes les locuteurs de langue autre que le français et l'on peine à croire qu'une telle discrimination existe. La capacité à parler une autre langue est généralement considérée comme un atout dans le monde du travail, non comme une tare.

171. Ces redondances dans les critères, en particulier par l'insertion de critères déconnectés de l'identité des personnes³⁴⁷, nuit à l'intelligibilité des mécanismes de non-discrimination, en particulier celui de la discrimination indirecte qui souffre pourtant déjà d'un manque de visibilité. De plus, l'ajout de tels critères à l'article L. 1132-1 du Code du travail constitue un risque de voir entrer dans le cadre du principe de non-discrimination des situations qui n'étaient initialement pas visées et qui rendraient encore plus trouble la définition de ce qu'est une discrimination. Enfin, certains critères n'ont tout simplement pas leur place dans le Code du travail. On comprend aisément que, pour le législateur, il soit plus simple que tous les motifs discriminatoires listés soient les mêmes d'un code à l'autre (principalement pénal et travail), mais parler de « perte d'autonomie » lorsqu'il est question d'une relation de travail semble déconnecté des réalités de cette sphère. On pourrait en effet considérer qu'une personne ayant atteint le stade de la perte d'autonomie n'est tout simplement plus apte à travailler (et ne devrait pas avoir à le faire).

172. La multiplication des critères discriminatoires commence potentiellement à produire des effets secondaires très critiquables. On pense notamment à la hiérarchisation effectuée par le juge de cassation entre les critères relevant d'une liberté constitutionnellement garantie et ceux n'en relevant pas, pour la détermination du droit à indemnisation en cas de licenciement nul³⁴⁸. Le caractère constitutionnel du critère protégé permet d'obtenir le versement de l'intégralité des salaires alors que son absence oblige le juge à déduire les revenus de

³⁴⁶ Avis du DDD n°16-19 du 21 juillet 2016.

³⁴⁷ Au sens commun et non civiliste du terme.

³⁴⁸ Cass. soc., 15 novembre 2017, n° 16-14.281, FS-P+B, Sébastien TOURNAUX, « Indemnisation du licenciement nul et libertés fondamentales constitutionnelles », Hebdo éd. Sociale, *Lexbase*, N1525BXR.

remplacement (chômage, salaires) des sommes dues par l'employeur au salarié en raison de la nullité du licenciement. Une telle distinction ne s'explique pas et pose des questions de cohérence dans la mesure où la déduction des revenus de remplacement revient à faire peser sur Pôle emploi les conséquences des discriminations perpétrées par l'employeur.

2. Une distinction (parfois) judiciairement malmenée

173. Lorsqu'un critère « neutre » est utilisé, il ne devrait pas y avoir, en principe, de discrimination directe, mais une discrimination indirecte. Si la jurisprudence, tant européenne que nationale, est assez claire sur les contours de cette distinction³⁴⁹, il arrive néanmoins que les juges qualifient parfois de discrimination directe une discrimination fondée sur un critère « neutre ».

174. C'est notamment le cas pour la CJUE lorsqu'elle perçoit dans l'utilisation d'un critère « neutre » une volonté de déguiser une discrimination directe de la part de l'auteur de la mesure. Requalifier cette dernière de discrimination directe permet de lui appliquer un régime de justification beaucoup plus strict que celui applicable en cas de discrimination indirecte. Ce fut le cas par exemple en matière de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle où la qualification de discrimination indirecte a été volontairement écartée par les juges luxembourgeois dans une décision *Frédéric Hay c/Crédit Agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*³⁵⁰. Étaient en cause en l'espèce une prime et un congé octroyés aux salariés à l'occasion de leur mariage. Ces avantages étaient cependant réservés au seul mariage – et non en cas de partenariat civil – dans une France qui n'avait pas encore autorisé le mariage entre des personnes de même sexe. La CJUE, contrairement à la position adoptée

³⁴⁹ V par exemple : sur une discrimination indirecte en raison de l'état de santé : [Cass. Soc. 9 janv. 2007, n°05-43.962](#) ; *D.* 2007. *AJ* 375, obs. Fabre ; *RDT* 2007. 245, obs. Miné ; *ibid.* 182, obs. Véricel ; *RJS* 2007. 250, n° 346 ; *Dr. soc.* 2007. 496, obs. Barthélémy : « *Un accord collectif ou une décision unilatérale de l'employeur ne peuvent retenir, afin de régulariser la rémunération, indépendante des heures réellement effectuées chaque mois, du salarié en fin d'année, la durée hebdomadaire moyenne de la modulation comme mode de décompte des jours d'absence pour maladie pendant la période de haute activité, une telle modalité constituant, malgré son caractère apparemment neutre, une mesure discriminatoire indirecte en raison de l'état de santé du salarié* ». Ou bien sur une discrimination indirecte en raison du sexe : [CJUE, 18 oct. 2017, Ministres grecs de l'Intérieur et de l'Éducation nationale et des Cultes c. Mme Maria-Eleni Kalliri, n° C-409/16](#) : « *La fixation d'une taille physique minimale identique pour tous les candidats, de sexe masculin ou féminin, est susceptible de constituer une discrimination indirecte dès lors qu'elle désavantage un nombre beaucoup plus élevé de personnes de sexe féminin que de personnes de sexe masculin* ».

³⁵⁰ [CJUE, 12 décembre 2013, Frédéric Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres, aff. C-267/12](#), sur question préjudicielle de [Cass. Soc. 23 mai 2012, n° 10-18.341](#), repris par : [Cass. Soc. 9 juill. 2014, n°12-20.864](#) ; *RDT* 2014. 627, obs. Gardin ; *Dr. soc.* 2014. 854, obs. Mouly ; *RJS* 2014. 574, n° 666.

par la HALDE dans cette affaire³⁵¹, ne fait pas le choix de considérer cette différence de traitement entre les salariés mariés et les salariés pacsés comme étant une discrimination directe en raison de la situation de famille et une discrimination indirecte au regard de l'orientation sexuelle. En effet, la Cour de justice estime qu'« *une différence de traitement fondée sur l'état de mariage des travailleurs et non expressément sur leur orientation sexuelle reste une discrimination directe, dès lors que, le mariage étant réservé aux personnes de sexe différent, les travailleurs homosexuels sont dans l'impossibilité de remplir la condition nécessaire pour obtenir l'avantage revendiqué* » (§44). Ainsi, la CJUE semble considérer qu'une discrimination indirecte est en fait une discrimination directe lorsque la mesure en cause a pour effet d'écarter toutes les personnes homosexuelles du bénéfice de l'avantage et non seulement une partie d'entre elles. On pourrait en déduire que ce qui caractérise la discrimination indirecte est davantage l'effet de la mesure qui défavorise de manière disproportionnée une catégorie de personnes que l'utilisation d'un critère neutre. En conséquence, lorsque le critère « neutre » (ici le statut marital) produit les mêmes effets que l'utilisation directe du critère discriminatoire, c'est-à-dire qu'il a pour effet de désavantager *toutes* les personnes et non seulement certaine, alors la discrimination directe est caractérisée. Cette précision apportée par la CJUE complique singulièrement l'utilisation de la distinction discrimination directe / indirecte mais, à sa décharge, elle a pour objectif – louable – de rendre plus difficile la justification pouvant être apportée par l'employeur à l'utilisation d'un tel critère.

175. Le plus préjudiciable à la notion de discrimination indirecte consiste surtout à l'écarter chaque fois qu'une discrimination directe peut être reconnue. Sur ce point, on constate que la multiplication des critères, et surtout leur redondance, conduisent, tant les plaideurs que les juridictions, à éviter le recours à la notion de discrimination indirecte, ce qui explique en partie la rareté de la jurisprudence ayant pour objet cette notion. Il est en effet plus aisé de condamner un employeur du fait d'avoir stoppé la carrière d'une femme à la suite de l'annonce de sa grossesse que d'aller rechercher l'effet global de cette attitude pour l'ensemble des femmes de l'entreprise et démontrer l'existence d'une discrimination indirecte en raison du sexe du fait que les femmes n'atteignent pas les postes les plus rémunérateurs. Si cette attitude du juge est logique puisque les justifications pouvant être données par l'employeur sont beaucoup plus difficiles à apporter lors de l'usage direct du critère, on peut

³⁵¹ HALDE, Délibérations n°2007-366 du 11 février 2008 et n°2009-336 du 28 septembre 2009.

néanmoins le regretter puisque cela contribue à gommer l'effet de masse des mesures patronales, perceptible uniquement dans le cadre d'une discrimination indirecte. Mais là encore, l'effet de masse ne portant pas à conséquences puisque le juge est limité au cas individuel qui lui est soumis (sauf si la saisine a été collective, ce qui reste assez rare dans le contentieux des discriminations), il n'est pas illogique que ce dernier aille au plus simple et se limite à la qualification de discrimination directe lorsque celle-ci est évidente. On ne peut que redouter que les derniers critères de discrimination ajoutés par le législateur n'aboutissent à dissimuler la véritable nature de la discrimination. Le motif de la domiciliation bancaire, par exemple, n'aurait-il pas pour objet d'éviter de nommer ce qui était clairement une discrimination indirecte fondée sur l'origine ?

Section 2 : De la confrontation entre les principes d'égalité et de non-discrimination naît la diversité

176. Les insuffisances de l'égalité formelle et la possibilité de convoquer d'autres formes d'égalité selon les principes de justice choisis ont été développées précédemment³⁵². À été vue, également, la prise en compte de l'angle mort de la figure du « citoyen » par le principe de non-discrimination. Dès lors, la question se pose de savoir s'il reste une quelconque place dans notre système pour un objet nouveau, tel que la diversité.

177. Il faut, pour répondre à cette question, étudier comment le système français réagit aux tentatives de résorption des inégalités. Le principe de non-discrimination, en ce qu'il admet la notion de discrimination indirecte, reconnaît la position défavorable dont peut souffrir un « groupe ». Pour résoudre cette inégalité, comment le législateur, les acteurs privés, les juges peuvent-ils procéder ? Quelle latitude ou encadrement donne-t-on aux « mesures positives » ?

178. L'action positive « relève d'une justice de groupe et non d'une justice purement interindividuelle »³⁵³. En effet, l'action positive consiste le plus souvent en « une mesure correctrice et temporaire qui tend à instaurer une égalité matérielle entre les différents groupes sociaux »³⁵⁴ et c'est précisément ce qui pose difficulté dans notre droit qui ne reconnaît que

³⁵² V. Supra §2 : [La multiplication des exceptions à la règle universelle](#).

³⁵³ Olivier DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail, liberté et égalité dans les rapports d'emploi*. Bruxelles, P.I.E., Peter Lang, 2001.

³⁵⁴ D. BORRILLO, préc., note 336.

les individus et aucune division du corps social. Néanmoins, si l'on prend l'exemple du droit du travail, on remarquera que parallèlement aux mécanismes de non-discrimination, le législateur a aménagé quelques possibilités pour l'employeur ou les partenaires sociaux de procéder à la correction des situations inégalitaires. Il s'agit d'une initiative intéressante, mais malheureusement plutôt restée lettre morte en raison de l'insécurité juridique qui pèse sur de tels mécanismes et, très certainement aussi, en raison de résistances culturelles liées à l'attachement à l'égalité républicaine. Cette insécurité réside dans l'opposition frontale qu'il peut exister entre une mesure positive et l'égalité formelle, voire avec le principe de non-discrimination. Les personnes non visées par la mesure positive car appartenant *a priori* au groupe « dominant » vont pouvoir convoquer l'égalité au sens formel pour se voir appliquer le contenu de la mesure positive, ou la faire annuler. Cette confrontation entre différents principes de justice et différentes règles d'égalité doit être empêchée afin que l'insécurité juridique qui en résulte pour les mesures positives puisse être levée (§1) et que ces dernières puissent prospérer. Sans effort, de la part du législateur ou du juge, pour sécuriser ces mesures, il est probable que la notion de diversité ne parviendra pas, comme c'est le cas actuellement, à s'implanter dans le paysage juridique français (§2).

§1 : L'insécurité juridique pesant sur les mesures positives

179. Le nœud du problème est assez simple à comprendre : pour corriger une inégalité affectant un groupe de personnes, il est possible de prendre une mesure positive directement en faveur de ce groupe de personnes, ou prendre une mesure positive qui profitera majoritairement/indirectement à ce groupe de personnes. Par exemple, pour améliorer l'emploi des femmes, on peut imposer un quota de femmes à respecter dans l'entreprise. Le quota est la mesure positive, celle-ci est directement dirigée vers la population cible. Mais il est possible d'agir en dissimulant la cible et en utilisant un critère plus neutre, par exemple, en imposant une taille ne dépassant pas un mètre soixante-dix. Si finalement de telles mesures permettent d'obtenir un ratio 50/50 entre hommes et femmes au sein d'une entreprise, *a priori*, l'égalité aura été réalisée. Sauf que les hommes peuvent attaquer ces deux mesures sur le fondement du principe de non-discrimination, puisque la première mesure constitue une discrimination directe compte tenu du fait que les hommes seront écartés, à titre individuel, de

la procédure de recrutement en raison de leur sexe³⁵⁵, et la seconde mesure constitue une discrimination indirecte puisque le critère de la taille aura pour effet d'exclure une grande partie des hommes, à moins que ce critère ne soit justifié par l'employeur. À noter que dans la seconde hypothèse, on pourra se questionner sur l'existence réelle d'un désavantage puisque le ratio final ne démontrera pas de déséquilibre en défaveur des hommes. C'est cependant le fait même que la mesure soit « susceptible » d'entraîner un désavantage qui permet de qualifier la discrimination indirecte et non le fait qu'elle y soit parvenue. Et c'est sur ce point en particulier que les mesures positives peuvent entrer en contradiction avec le principe de non-discrimination. Pour résumer, si l'on tente de corriger une discrimination indirecte en faisant usage d'une mesure positive ciblant directement la population en cause, alors on commet une discrimination directe, et si on tente de dissimuler par l'usage d'un critère neutre, on commettra aussi une discrimination, cette fois-ci indirecte, car seul le traitement des individus – et non des groupes – est déterminant dans la qualification de la discrimination. Qu'importe *in fine* que la mesure, individuellement discriminante, ait eu pour conséquence de réduire ou supprimer un désavantage affectant collectivement un groupe.

180. Cette principale difficulté, qui réside dans le fait que les discriminations et le principe d'égalité sont des principes reposant sur le traitement de cas individuels, se trouve à l'heure actuelle non résolue par le droit. Certes dans la discrimination indirecte, l'inégalité de traitement se fait en démontrant l'impact de la mesure sur un groupe, mais seul l'individu est en mesure de déclencher une action pour rupture d'égalité ou discrimination. À l'inverse, le groupe peut ne pas souffrir d'inégalité de traitement dans son ensemble si l'individu, pris isolément, a été traité de manière moins favorable en raison d'un motif discriminatoire, alors il y a une discrimination. Il n'existe pas à l'heure actuelle de mécanismes de constatation des inégalités affectant des groupes de personnes, permettant de prendre des mesures pour corriger et réparer l'inégalité affectant le groupe.

181. Ainsi, l'insécurité juridique entourant les mesures positives en France (B), alors même qu'elles sont clairement encadrées par le droit européen (A), explique en partie pourquoi elles sont si peu mobilisées par les acteurs sociaux.

³⁵⁵ Elsa FONDIMARE, « La mobilisation de l'égalité formelle contre les mesures tendant à l'égalité réelle entre les femmes et les hommes : le droit de la non-discrimination contre les femmes ? », *La Revue des droits de l'homme*, 2017/11, mis en ligne le 10 janvier 2017.

A. L'encadrement strict des mesures positives par le droit européen

182. Daniel Borrillo rappelle que « les actions positives sont encouragées par le droit européen afin de neutraliser ou tout au moins affaiblir les effets de la discrimination historique et garantir l'égalité des chances. L'action positive s'entend du traitement préférentiel accordé aux membres d'un groupe désavantagé, afin de compenser les désavantages qui, pour ces membres, résultent de cette appartenance »³⁵⁶. Le droit du Conseil de l'Europe pose un principe selon lequel il est nécessaire de traiter différemment les situations différentes pour respecter le principe d'égalité et de non-discrimination³⁵⁷. Mais c'est vers le droit de l'Union européenne qu'il faut se tourner pour avoir une idée un plus précise de l'encadrement du contenu des mesures et le contrôle de proportionnalité qui doit leur être appliqué.

183. L'Union européenne a toujours accepté le principe des mesures positives. L'article 7 (1°) de la [directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail](#)³⁵⁸ prévoit que, « pour assurer la pleine égalité dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à l'un des motifs visés à l'article 1^{er} ». Cet article concerne la religion, les convictions, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle mais d'autres directives portant sur le sexe, la race, etc. ont prévu des dispositions similaires.

184. La jurisprudence de la Cour de justice fait preuve d'une très grande rigueur dans le contrôle de ce type de mesures. Les premiers – et presque seuls – arrêts en la matière sont les arrêts *Kalanke*, *Marshall*, et *Badeck*.

³⁵⁶ D. BORRILLO, préc., note 336.

³⁵⁷ CEDH, 6 avril 2000, *Thlimmenos c./ Grèce*, n°34369/97, §44 : *AJDA*, 2001, p. 1060, chron. Flauss ; *RFDA*, 2001, p. 1250, chron. Labayle et Sudre ; *RTD civ.*, 2000, p. 434, obs. Marguénaud ; *JCP*, 2001, p. I. 291, chron. Sudre ; CEDH , gr. ch., 18 janv. 2001, *Chapman c/ Royaume-Uni*, n° 27238/95 § 129 : *AJDA*, 2001, p. 1060, chron. Flauss ; *D.*, 2002, p. 2758, note Fiorina ; *RTD civ.*, 2001, p. 448, obs. Marguénaud ; CEDH , gr. ch., 6 juill. 2005, *Natchova et a. c/ Bulgarie*, n° 43577/98, § 160 ; CEDH, Gr. Ch., 6 juillet 2005, *Stec et autres c/ Royaume-Uni* (décision de recevabilité), §54, *Recueil des arrêts et décisions 2005-X* ; CEDH, gr. ch., 13 nov. 2007, *D. H. c/ Rép. tchèque*, n° 57325/00, § 175 ; CEDH, gr. ch., 16 mars 2010, *Orsus c/ Croatie*, n° 15766/03, § 149.

³⁵⁸ *JOUE* n°L303 du 2 décembre 2000, p. 0016-0022.

185. L'arrêt *Kalanke* du 17 octobre 1995, avait estimé que « l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, s'oppose à une réglementation nationale qui, comme en l'espèce, accorde automatiquement, à qualifications égales entre candidats de sexe différent retenus en vue d'une promotion, une priorité aux candidats féminins dans les secteurs dans lesquels les femmes sont sous-représentées, considérant qu'il y a sous-représentation lorsque les femmes ne représentent pas la moitié au moins des effectifs des différents grades de la catégorie de personnel concernée d'un service et qu'il en est de même pour les niveaux de fonction prévus selon l'organigramme »³⁵⁹. Ainsi, un quota privilégiant l'embauche, à qualifications égales, des femmes, tant que ces dernières ne représentent pas 50% des effectifs, est illicite au regard du droit européen. Il s'agirait donc là d'une mesure positive qui « va trop loin » et constituerait donc une recherche trop poussée de l'égalité réelle au détriment d'autres types de justice. Deux problèmes peuvent être identifiés dans le cas d'espèce.

186. Le premier réside dans l'appréciation de la sous-représentation qui est très mathématique puisqu'il faut avoir atteint le seuil de 50%. Or, il est difficile de trouver un secteur d'activité comptant aujourd'hui exactement 50% – ni plus ni moins – de femmes qualifiées et candidates à l'emploi. Le respect d'un quota de 50% rendrait la tâche du recrutement très ardue pour l'employeur.

187. La seconde difficulté réside dans l'automaticité de la mesure. Cette dernière ne doit pas être « générale et absolue ». Or, elle n'était en l'espèce ni générale, puisqu'il y avait l'impératif des « compétences égales », ni absolue puisque le quota n'avait vocation qu'à réduire un déséquilibre qui une fois comblé ne justifierait plus la mesure. Pour l'avocat général Tesouro, « on ne voit pas clairement si [la mesure] sera abrogée le jour où le pourcentage fatidique sera atteint ou si son mécanisme continuera à se déclencher chaque fois que le nombre de femmes sera inférieur à celui prescrit : en tout cas, il est permis de supposer que cela prendra longtemps... ». Mais répondre à la question « combien de temps ? » par « longtemps » revient à reconnaître le caractère profondément inégalitaire de la situation actuelle. En l'occurrence, le caractère temporaire de la mesure positive ne devrait pas être défini de

³⁵⁹ CJCE, 17 octobre 1995, *Eckhard Kalanke contre Freie Hansestadt Bremen*, aff. C-450/93, *Rec.* 1995, p. I-03051 : D., 1996, p. 22, chron. Clergerie ; *RTD eur.*, 1996, p. 281, note Charpentier.

manière linéaire, mais par intermittence, c'est-à-dire à chaque fois que les femmes seront sous-représentées dans le secteur d'activité concerné³⁶⁰. Mais cette mesure posait une indéniable difficulté. Les femmes étaient privilégiées, à compétence égale, par rapport aux hommes dans l'obtention de l'emploi. Devant tous les hommes ? Oui. Or, c'est oublier que la catégorie présentée comme « antagoniste », celle des hommes, n'est pas homogène. On comprendrait difficilement pourquoi une femme bénéficierait d'un quota et pas un homme magrébin qui statistiquement a plus de chances d'être discriminé à l'embauche qu'une femme blanche. C'est cette dernière difficulté qui avait été corrigée dans la mesure positive en cause dans l'affaire *Marshall* présentée deux ans plus tard devant la CJCE³⁶¹.

188. L'arrêt *Marschall* du 11 novembre 1997 est venu préciser la solution dégagée par l'arrêt *Kalanke*, en faisant appel à la notion de « clause d'ouverture »³⁶². En l'espèce, la mesure positive en cause était similaire à celle de l'arrêt *Kalanke* en ce qu'elle organisait une préférence dans le recrutement des femmes dès lors que ces dernières se trouvaient sous-représentées. Mais elle présentait une différence notable puisque « *la disposition litigieuse comportait une clause selon laquelle les femmes ne doivent pas être promues par priorité si des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin font pencher la balance en sa faveur* » (§24). La Cour estime que cette précision suffit à rendre la mesure positive admissible en précisant, tout de même, que la prise en compte de critères tenant à la personne d'un candidat masculin ne saurait être discriminatoire envers les candidats féminins (§33). La réception de cette décision a beaucoup interrogé, car il est question de « *motifs tenant à la personne d'un candidat masculin* » pouvant faire pencher la balance en leur faveur. Est-ce qu'une telle clause d'ouverture, si elle venait à s'appliquer par exemple à une langue que seul le candidat choisi parlerait et qui n'aurait aucune utilité pour le poste ou du moins ne faisait pas partie des prérequis pour pouvoir y postuler, ne priverait pas la mesure positive d'effectivité ? Si en revanche, la clause d'ouverture est entendue de manière très restrictive et vise des attributs personnels, tels que l'origine ou le handicap par exemple, alors effectivement, il y aurait un intérêt à avoir une telle clause d'ouverture pour ne pas mettre en concurrence les « minorités » entre elles et donc aboutir à hiérarchiser les différents motifs de discrimination. À moins

³⁶⁰ Louis CHARPENTIER, « L'arrêt Kalanke : Expression du discours dualiste de l'égalité », *RTD eur.* 1996.281, 289.

³⁶¹ CJCE, 11 novembre 1997, *Hellmut Marschall contre Land Nordrhein-Westfalen*, aff. C-409/95, *Rec.*, 1997, p.I-06363 : concl. Jacobs ; *Europe*, 1998, n° 15 ; *D.*, 1998, obs. Rideaux.

³⁶² « Cette terminologie est la traduction adoptée par le juge communautaire de l'expression allemande et vise une "clause de sauvegarde permettant de tenir compte des circonstances particulières" » in Katell BERTHOU, « Sur les discriminations positives », *Dr. soc.*, 2000, p. 901.

qu'une telle hiérarchie ne découle des circonstances. Ainsi, la clause d'ouverture ne devrait pas trouver à s'appliquer si le motif tenant à la personne du candidat masculin ne se trouve pas être sous-représenté dans l'entreprise, contrairement aux femmes.

189. La décision *Badeck* du 28 mars 2000³⁶³ vient assouplir la décision *Marshall* et détermine un cadre général autour des mesures positives, en l'espèce en faveur des femmes, qu'elles concernent le recrutement ou la formation professionnelle : « *L'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, ne s'oppose pas à une réglementation nationale*

- *qui, dans les secteurs de la fonction publique où les femmes sont sous-représentées, accorde, à qualifications égales entre candidats de sexe différent, une priorité aux candidats féminins lorsque cela s'avère nécessaire pour assurer le respect des objectifs du plan de promotion des femmes, à moins qu'un motif ayant, sur le plan juridique, une importance supérieure s'y oppose, à condition que ladite réglementation garantisse que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats,*
- *qui prévoit que les objectifs contraignants du plan de promotion des femmes pour les postes temporaires du secteur scientifique et pour les auxiliaires scientifiques doivent prévoir un pourcentage minimal de personnel féminin correspondant au moins à celui qu'elles représentent parmi les diplômés, les titulaires de doctorat et les étudiants de chaque discipline,*
- *qui, dans la mesure où elle a pour objectif d'éliminer une sous-représentation des femmes, accorde, dans les professions qualifiées dans lesquelles les femmes sont sous-représentées et pour lesquelles l'État ne détient pas le monopole de formation, au moins la moitié des places de formation aux femmes, à moins que, en dépit des mesures appropriées afin d'attirer l'attention des femmes sur les places de formation disponibles, le nombre de candidatures féminines soit insuffisant,*
- *qui accorde, à qualifications égales entre candidats de sexe différent, une garantie pour les femmes qualifiées remplissant toutes les conditions requises ou prévues d'être*

³⁶³ CJCE, 28 mars 2000, *Georg Badeck e.a. c/ Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, aff. C-158/97, *Rec.*, 2000, p. I-01875.

convoquées à des entretiens d'embauche dans les secteurs dans lesquels elles sont sous-représentées,

- *relative à la composition des organes représentatifs des travailleurs et des organes d'administration et de surveillance, qui préconise que les dispositions législatives adoptées pour sa mise en œuvre prennent en compte l'objectif d'une participation au moins égale des femmes au sein de ces instances ».*

190. La première remarque est que toutes les mesures en cause concernaient la fonction publique et non des emplois privés. C'est une différence de taille, car imposer de telles règles de recrutement à des entreprises privées serait très certainement soumis à un contrôle de proportionnalité différent pour concilier droit à l'emploi et liberté d'entreprendre. Néanmoins, on notera que pour que soit considérée comme proportionnée une mesure positive, celle-ci doit respecter plusieurs impératifs. Tout d'abord, une mesure positive devra toujours permettre l'étude objective de toutes les candidatures. La Cour réaffirme donc l'idée de la « clause d'ouverture » en la précisant. Son communiqué de presse est en l'espèce éclairant puisqu'il suggère qu'il faut laisser l'opportunité à certains hommes de faire valoir leurs spécificités et cite pour exemple une situation de handicap ou une personne au chômage de longue durée. La clause d'ouverture n'a donc pas vocation à prendre en considération une compétence particulière dont disposerait un homme et qui n'aurait pas été mentionnée dans la fiche de poste comme étant nécessaire pour occuper l'emploi. Cela exclut donc la création d'un profil sur mesure pour « coller » au profil de l'individu que l'on souhaite recruter. Ensuite, la mesure qui consisterait à fixer un objectif chiffré devra fixer un plancher prenant en considération les qualifications pouvant être exigées lors du recrutement et donc, de ce fait, correspondre à la composition du vivier des personnes qualifiées. Ainsi, dans cette logique, s'il n'y a que 20% de femmes ayant suivie des études d'ingénierie aéronautique, alors le quota d'ingénieur aéronautique aura pour plancher 20%.

191. D'autres décisions de la CJCE³⁶⁴ sont intervenues dans les années suivant ces trois décisions mais n'ont pas modifié l'approche définitivement dégagée dans l'arrêt *Badeck* et opèrent systématiquement par renvoi à ces trois décisions.

³⁶⁴ V. CJCE, 6 juillet 2000, *Abrahamsson*, aff. C-407/98, *Recueil* 2000, p. I-5539 ; CJCE, 7 décembre 2000, *Schnorbus*, aff. C-79/99, *Recueil* 2000, p. I-10997 ; CJCE, 29 novembre 2001, *Griesmar*, aff. C-366/99, *Recueil* 2001, p. I-9383 (majoration de durée d'assurance réservées aux mères, discriminatoire) ; CJCE, 19 mars 2002, *Lommers*, aff. C-476/99, *Recueil* 2002, p. I-2891, point 39 ; CJCE, 11 mars 2003, *Alexander Dory contre Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-186/01, *Recueil* 2003, p. I-02479 (service militaire réservé aux hommes,

B. L'insécurité juridique entourant les mesures positives

192. Par « mesures positives » on entendra ici les mesures ciblant spécifiquement un groupe d'individus sur la base d'un motif en principe prohibé par le principe de non-discrimination ou des mesures qui avantageraient de manière significative un groupe, là encore identifié sur la base d'un motif discriminant, par rapport à un autre. Toutes ces mesures sont adoptées dans le cadre d'un objectif de réduction des inégalités globales entre certains groupes. Le principe de non-discrimination visant principalement la personne victime d'une mesure moins favorable fondée sur un motif discriminatoire, le mouvement de recul sur la situation individuelle pour adopter un point de vue collectif n'est pas aisé mais pas impossible non plus. En ce sens nous verrons qu'il n'y a pas d'incompatibilité de principe entre les mesures positives et le principe de non-discrimination (1), seulement des mauvais usages des mesures positives. Le droit du travail prévoit d'ailleurs lui-même formellement la possibilité d'adopter certaines mesures positives (2). Mais les employeurs peinent à trouver le bon équilibre entre une différence de traitement fondée sur un motif qui serait justifiée et une mesure qui sera discriminatoire. Sur ce point, les arrêts portant sur des mesures positives montrent que le sujet est aujourd'hui mal maîtrisé par les juges français (3).

1. L'absence d'incompatibilité de principe entre les mesures positives et le principe de non-discrimination

193. Dès lors que l'on constate que déclarer l'égalité des droits ne suffit pas à réaliser l'égalité dans l'accès à ces droits, le législateur en a déduit – pas nécessairement à juste titre d'ailleurs – que le problème ne venait pas de la règle, mais de ceux qui l'appliquent ou refusent de l'appliquer. Le principe de non-discrimination vient empêcher le recours à certains critères jugés *a priori* irrecevables pour fonder une différence de traitement. Cibler les auteurs des inégalités est une méthode très utile, mais insuffisante pour garantir une égalité réelle. Certaines discriminations ne sont la conséquence d'aucun comportement en particulier, mais d'une addition de comportements venant d'auteurs très nombreux qui ont abouti à une

non discriminatoire) ; CJCE, 30 septembre 2004, *Briheche*, aff. C-319/03, *Recueil* 2004, p. I-8807, points 22 et suiv.

situation discriminatoire, on parle alors de discrimination systémique. Or, le principe de non-discrimination pose problème en ce qu'il a été conçu dans un référentiel d'égalité des droits, c'est-à-dire que l'on s'intéresse davantage au *traitement* discriminatoire qu'à la *situation* discriminante. Si bien que, tel que l'on conçoit à l'heure actuelle le principe de non-discrimination, il est très difficile d'adopter des mesures positives en faveur de personnes discriminées sans porter atteinte au principe. Il suffirait pourtant de s'intéresser aux résultats de la mesure, à savoir le rétablissement de l'égalité, plutôt qu'à la manière d'y parvenir, à savoir traiter différemment sur la base d'un critère prohibé.

194. L'ambivalence des critères discriminatoires est notamment ce qui distingue la lutte contre les discriminations des mesures catégorielles. Si le sexe ne renvoie qu'à deux catégories, les femmes et les hommes, la position des premières est de manière générale socialement inférieure à celle des seconds et les différentes règles sur l'égalité professionnelle ont été adoptées pour permettre aux femmes d'atteindre l'égalité avec les hommes, pas l'inverse. L'alinéa 3 du « *préambule de la Constitution de 1946 garantit d'ailleurs à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme, montrant que le rattrapage doit se faire en leur faveur* »³⁶⁵. Mais l'orientation « politique » du principe de non-discrimination n'empêche pas son application neutre qui permet aussi bien aux hommes qu'aux femmes de s'en prévaloir. Or, la situation réelle d'inégalité entre les femmes et les hommes a conduit les politiques à adopter des mesures catégorielles pour les femmes afin de rattraper les écarts avec les hommes. Cependant, à l'aune du principe de non-discrimination de telles mesures sont discriminatoires, car l'on traite moins favorablement une catégorie : les hommes, par rapport à une autre : les femmes. Le principe de non-discrimination, en ne s'intéressant qu'au processus de décision qui aboutit à la différence de traitement des individus, ne permet pas de saisir le *contexte* de la prise de décision. Il y a pourtant une différence majeure entre un « *traitement moins favorable* » et « *un traitement aboutissant à une situation moins favorable* ». Or, lorsque l'on tente de rééquilibrer une situation, dès lors que c'est fait de manière réfléchie, c'est-à-dire sans entretenir les stéréotypes, en limitant les effets secondaires indésirables, l'existence d'un traitement moins favorable devrait être indifférente dès lors qu'elle participe à rééquilibrer une situation défavorable pour le ou les bénéficiaire(s) de la mesure.

³⁶⁵ Morgan SWEENEY, « Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination », *RDT*, 2012, p. 87.

195. Dans le cadre de l'utilisation des mesures positives visant explicitement un motif prohibé, la question qui se pose alors est la suivante : le régime du principe de non-discrimination supposant au préalable que la situation dans laquelle se trouvent deux individus soit identique, la situation du groupe auquel appartient l'un de ces individus constitue-t-elle une différence de situation excluant toute comparaison et par conséquent l'utilisation du principe de non-discrimination ? Ou, au contraire, la situation du groupe constitue-t-elle, éventuellement, une justification au traitement différent qui a été fait ?

Il nous semble indispensable de retenir la seconde solution. En effet, elle seule permet un contrôle des faits, de la justification, de la proportionnalité et du caractère temporaire de la mesure positive utilisée. Elle seule également permet de s'assurer que la mesure ne fait pas plus de mal que de bien, notamment en renforçant les stéréotypes³⁶⁶.

196. Si l'on part du principe que la différence de situation du groupe peut constituer une justification à l'utilisation du motif discriminatoire qui l'identifie, c'est en raison des conséquences de l'utilisation de ce motif qui sera différente d'une discrimination « classique ». En effet, il est impératif de distinguer le traitement différent du désavantage qui en découle. Si l'on octroie un rattrapage de salaire aux femmes sous-payées, l'augmentation ponctuelle des salaires est effectivement discriminatoire à l'égard des hommes qui n'en ont pas bénéficié. Pour autant, le résultat de l'opération aboutit-il à la création d'une situation désavantageuse pour le groupe des hommes ? Non, sauf à considérer qu'une situation moins avantageuse est une situation désavantageuse. Il est donc impératif de dissocier le contenu d'une mesure de ses conséquences sur le réel, sur la situation globale des groupes. Il est tout à fait possible, dans le cadre du principe de non-discrimination, de considérer que la situation du groupe constitue une justification légitime à un traitement différent, sous réserve qu'il eut été nécessaire et proportionné à l'objectif poursuivi.

197. En matière de discrimination systémique, tant pour les prouver que pour les combattre, se pose la question de l'usage de l'outil statistique. L'interdiction de mesurer semble dépassée étant donné que l'on constate que, dans les contentieux pour discrimination, ce sont généralement les victimes et leur avocat qui doivent établir des « statistiques » afin de démontrer l'existence d'une discrimination systémique. Ainsi, « l'utilisation des statistiques

³⁶⁶ CJUE, 30 sept. 2010, aff. C-104/09, *Pedro Manuel Roca Álvarez contre Sesa Start España ETT SA*, et CEDH, Gde ch., 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, V. Delphine THARAUD, « Le refus d'octroyer un congé parental au père : quand la Cour européenne des droits de l'Homme décide de pourfendre les stéréotypes », *RDSS*, 2012, p. 1041.

se présente comme le moyen privilégié au travers duquel les discriminations indirectes vont être découvertes »³⁶⁷. La méthode consistera en règle générale à réaliser des panels et compter, un à un, le nombre de salariés ayant un nom ou prénom à consonance étrangère afin de démontrer l'existence d'une discrimination et de tels procédés seront généralement pointés du doigt par les avocats adverses comme renvoyant aux « heures les plus sombres de l'histoire de France » comme a pu en témoigner l'avocate Emmanuel Boussard-Verrechia³⁶⁸. Le problème, comme souvent, ne réside pas dans l'outil mais dans l'utilisation que l'on en fait. En l'occurrence, « les statistiques revêtent dans ce cadre une double fonction. Leur première fonction, de nature contentieuse, est celle de constituer un moyen de preuve pertinent pour l'établissement d'une discrimination indirecte. Leur seconde fonction consiste plus largement en un moyen de promotion de l'égalité. En effet, la collecte et l'analyse statistiques permettent de pointer précisément les situations problématiques et d'apprécier l'efficacité des mesures prises pour y remédier »³⁶⁹. De l'insuffisance constatée de la lutte contre les discriminations indirectes au basculement vers un objectif de « diversité », il n'y a finalement qu'un pas : celui d'assumer l'utilisation des statistiques pour rétablir l'égalité³⁷⁰.

2. *Des mesures positives formellement autorisées en droit du travail français*

198. Depuis 2014, le législateur français a ménagé quelques exceptions claires au principe de non-discrimination. Outre les mesures spécifiques pouvant être adoptées au sein des entreprises concernant la situation des travailleurs handicapés (L. 1133-4 et quota) et qui, comme nous l'avons vu, sont traditionnellement prises en charge sur le terrain de la différence de situation, les articles L. 1133-5 et L. 1133-6 du Code du travail prévoient par exemple que « les mesures prises en faveur des personnes résidant dans certaines zones géographiques [et les personnes vulnérables en raison de leur situation économique (L. 1133-6)] et visant à favoriser l'égalité de traitement *ne constituent pas une discrimination* ». Il est à noter qu'en ce qui concerne tout particulièrement l'article L. 1133-3, ces « dispositions ont été ajoutées par la [loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine](#),

³⁶⁷ S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. MÖSCHEL et D. ROMAN, préc., note 148, p. 79.

³⁶⁸ V. son intervention « De l'écoute de la personne à la qualification des faits et à la stratégie judiciaire » à l'occasion du colloque organisé par le Défenseur des droits les 18 et 19 janvier 2018, *Multiplication des critères de discrimination : enjeux, effets et perspectives*.

³⁶⁹ S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. MÖSCHEL et D. ROMAN, préc., note 148, p. 79.

³⁷⁰ Un tel usage devant naturellement être particulièrement encadré. V. *infra* Partie 2, Titre 1, [Chapitre 1 : Des composantes de la diversité inégales face à la mesure statistique](#).

afin de permettre l'adoption de politiques de diversité visant à favoriser l'insertion professionnelle de populations issues de quartiers défavorisés, et ce afin de corriger des inégalités qui auraient été constatées dans la composition sociologique des effectifs d'entreprise de bassins d'emploi proches »³⁷¹. L'absence de contentieux à l'heure actuelle ne permet pas de savoir si les juges considéreront ces mesures comme une justification à l'utilisation d'un critère discriminatoire ou si ces mesures sortent complètement du champ de la discrimination et constitue donc la prise en compte d'une différence de situation rendant inapplicable le principe de non-discrimination. La formulation de ces dispositions interpelle par la combinaison qu'elles font du principe de non-discrimination et du principe d'égalité de traitement. Le principe d'égalité de traitement étant un principe d'ordre procédural et non un principe de justice comme peuvent l'être l'égalité formelle, matérielle, substantielle ou l'égalité réelle, il est difficilement compatible avec le principe de non-discrimination qui est lui aussi un principe d'ordre procédural en ce sens où il prohibe certains critères de distinctions présumées illégitimes. On voit donc difficilement comment l'utilisation d'un critère prohibé – et donc *a priori* illégitime – pourrait permettre d'atteindre l'égalité de traitement puisque le principe d'égalité de traitement n'est ni une justification ni un objectif à atteindre, mais un moyen de réaliser l'égalité formelle.

199. Quoi qu'il en soit, des mesures similaires étaient déjà possibles depuis longtemps concernant la situation des femmes et n'ont pas fait l'objet de beaucoup de contentieux à l'exception notable d'un arrêt du 12 juillet 2017 largement diffusé³⁷². Les raisons de cette absence de contentieux sont probablement à rechercher à la fois dans le fait que ces mesures ne font pas l'objet de contestation³⁷³, mais également parce qu'elles n'ont pas été utilisées par les employeurs. L'article L. 1142-4 du Code du travail prévoit en effet depuis 1983³⁷⁴ que « les dispositions des [articles L. 1142-1 et L. 1142-3](#) ne font pas obstacle à l'intervention de mesures temporaires prises au seul bénéfice des femmes visant à établir l'égalité des chances entre les femmes et les hommes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes ».

³⁷¹ Magali GADRAT Christophe RADÉ et Caroline DECHRISTÉ, « Commentaire sous l'art. L. 1133-3 », *Mégacode du travail (version numérique)*, Dalloz, 2018.

³⁷² [Cass. Soc., 12 juill. 2017, n° 15-26.262](#) : *Dalloz actualité*, 18 juill. 2017, obs. Peyronnet ; *D.*, 2017, Actu. p. 1475 ; *Dr. soc.* 2017. 840, note Weissmann ; *RJS*, 2017/10, n° 648 ; *JCP S*, 2017, p. 1288, obs. Dumont ; *Lexbase Hebdo éd. soc.* n° 708, 27 juillet 2017, obs. Tharaud. V. [infra 3\) Un contrôle judiciaire des mesures positives insatisfaisant.](#)

³⁷³ On en doute sérieusement compte tenu du fait que chaque fois que des lois ont prévu un traitement spécifique pour les femmes, des hommes ont immédiatement cherché à en bénéficier.

³⁷⁴ [Ancien art. L. 123-3 du code du travail.](#)

3. Un contrôle judiciaire des mesures positives insatisfaisant

200. On peut suspecter que le manque d'intérêt que suscitent ces mesures positives provient du fait qu'elles manquent de sécurité juridique et qu'un employeur voulant bien faire ne soit pas à l'abri qu'un juge considère qu'une mesure positive soit discriminatoire. Il existe clairement un manque de prévisibilité du droit sur cette question.

201. On peut prendre pour exemple une récente décision dans laquelle la Cour de cassation a eu à traiter du contrôle d'une mesure positive instaurée en faveur des femmes. Il s'agissait de l'octroi pour ces dernières d'une demi-journée de congé à l'occasion du 8 mars, journée internationale pour les droits des femmes et dont les hommes étaient exclus. La Cour a estimé qu'« *un accord collectif peut prévoir au seul bénéfice des salariées de sexe féminin une demi-journée de repos à l'occasion de la journée internationale pour les droits des femmes, dès lors que cette mesure vise à établir l'égalité des chances entre les hommes et les femmes en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes* »³⁷⁵. Elle s'appuie pour dégager cette solution sur les articles [L. 1142-4](#), [L. 1143-1](#) et [L. 1143-2](#) du code du travail, interprétés à la lumière de l'article 157, paragraphe 4, du [Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne](#).

202. Si cet arrêt fait preuve d'une grande souplesse dans son appréciation pour valider la mesure positive mise en place par l'employeur, il interroge au regard de sa conformité aux différentes solutions dégagées par la CJCE au début des années 2000. La faiblesse de l'argumentation des juges français pourrait être reprochée en cas de recours devant une juridiction européenne. Tout d'abord, il est délicat d'affirmer que cette mesure avait pour objectif ou effet de réduire les inégalités de fait affectant les chances des femmes. Elle sensibilise, tout au plus, mais la mesure en elle-même ne permet pas de réduire les inégalités. D'aucuns pourraient même dire qu'éloigner les femmes du travail, ne serait-ce qu'une après-midi par an, conforte l'idée que leur place n'est pas dans l'entreprise. Ensuite, il ne semble

³⁷⁵ [Cass. Soc., 12 juill. 2017, n° 15-26.262](#) : *Dalloz actualité*, 18 juill. 2017, obs. Peyronnet ; *D.*, 2017, Actu. p. 1475 ; *Dr. soc.* 2017. 840, note Weissmann ; *RJS*, 2017/10, n° 648 ; *JCP S*, 2017, p. 1288, obs. Dumont ; *Lexbase Hebdo éd. soc.* n°708, 27 juillet 2017, obs. Tharaud.

pas très positif, ou constructif, d'exclure les hommes de la lutte pour les droits des femmes. C'est au contraire oublier que l'égalité entre les hommes et les femmes ne peut se faire sans l'implication des premiers³⁷⁶. Comme le relève l'avocat général Raphaël Weissmann, qui a dans cette affaire rendu une opinion contraire à la solution finalement adoptée, la journée du 8 mars a pour objet « *d'encourager une réflexion collective sur les moyens de lutter contre les discriminations dont les femmes sont victimes dans tous les domaines de la vie, une réflexion qui doit être commune aux deux sexes si on veut qu'elle ait une quelconque efficacité* »³⁷⁷. En l'espèce, tant la proportionnalité de la mesure (exclusion des hommes) que l'objectif qu'elle poursuit (sensibilisation à l'égalité entre hommes et femmes) ne semblent être de nature à justifier l'utilisation d'un motif discriminatoire.

203. La solution est étonnante au regard de la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation. Comme l'avait déjà remarqué Dominique Everaert-Dumont lors d'un précédent arrêt de la Cour de cassation sur une mesure positive qui cette fois consistait à accorder un congé pour les mères de famille – et à l'occasion duquel la Cour avait opté pour une solution radicalement différente³⁷⁸ –, « les principes de non-discrimination et d'égalité doivent jouer à plein lorsque rien ne justifie une démarche sexuée »³⁷⁹. On regrettera que la chambre sociale de la Cour de cassation ait choisi de s'éloigner de cette solution en n'effectuant pas un contrôle strict de la mesure sexuée adoptée pour l'occasion du 8 mars. Dans la note explicative accompagnant l'arrêt³⁸⁰, la chambre sociale s'en explique en rappelant qu'« il se dégage [de l'] évolution du droit de l'Union européenne une conception différente des années antérieures, à savoir que l'octroi de mesures favorables aux femmes en raison de la grossesse et de la maternité ne doit plus être apprécié au titre des discriminations positives mais être considéré comme la simple application de la stricte égalité de traitement puisque, par définition, la grossesse et la maternité ne concernent que les femmes. Dès lors, les discriminations positives relèvent nécessairement d'autres considérations, relatives au rétablissement de l'égalité des chances en matière économique et sociale. Cette optique nouvelle est consacrée par la structure même de la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 du Parlement européen et du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de

³⁷⁶ V. par exemple [la campagne « He for She » menée par l'ONU et l'actrice Emma Watson](#).

³⁷⁷ Raphaël WEISSMANN, « La Journée de la femme peut-elle être réservée aux femmes ? », *Dr. soc.*, 2017, p. 840.

³⁷⁸ *Cass., Soc.*, 4 mai 2011, n° 09-72.210, inédit.

³⁷⁹ Dominique EVERAERT-DUMONT, « Discrimination dans l'attribution de jours de congés supplémentaires », *JCP S*, 2011, p. 1323.

³⁸⁰ Note explicative « Journée internationale des droits des femmes et demi-journée de congé réservée aux salariés de sexe féminin (12.07.17).

traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (voir les articles 2 et 3) ». Pour autant, si les mesures concernant la grossesse et la maternité (dans un sens différent de la parentalité) peuvent s'analyser sous le prisme de l'égalité de traitement et de l'application d'un traitement différent à une situation objectivement différente, les mesures sexuées visant à rétablir l'égalité des chances doivent continuer à être appréciées sous le prisme du principe de non-discrimination (du fait de l'usage d'un motif prohibé) et au stade de la justification. Or, en l'espèce, la motivation de la Cour ne laisse apparaître aucun élément sur le contrôle effectué. Celui-ci est parfaitement invisible, ce qui constitue la principale source d'insécurité juridique.

204. Ainsi, les possibilités offertes par le droit européen de corriger les inégalités de fait sont restées lettre morte, peut-être en raison de la complexité de l'exercice. La marge d'erreur semble très faible pour un employeur qui voudrait corriger les inégalités qu'il a potentiellement lui-même causées – et qu'il reconnaîtrait dès lors avoir entretenues. Cependant, le désir de recourir aux mesures positives est pourtant bien palpable dans les entreprises. La multiplication d'accords ou conventions collectives ayant pour objet la « diversité » le démontre. Cependant, bien que la recherche de diversité semble pouvoir être considérée comme un objectif légitime sous certaines conditions³⁸¹, on remarque une autocensure flagrante des partenaires sociaux sur cette thématique. Les déclarations volontaires en faveur de la diversité, visible dans les introductions de ces accords et conventions collectives, ne se traduisent que très rarement en mesures positives en faveur de l'ensemble de la « diversité ».

§2 : Le positionnement difficile de la notion de diversité dans l'ordre juridique français

205. Depuis 2005, c'est dans la sphère de l'entreprise que la notion de diversité a fait la percée la plus marquante, d'abord au sein des grands médias puis plus largement au sein des grands groupes et des branches professionnelles.

206. Contrairement aux médias publics pour lesquels la loi est venue imposer une « *politique de développement des ressources humaines visant [...] à mieux refléter la diversité*

³⁸¹ V. par exemple la [décision n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001, Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel, Rec.](#), p.82.

de la société française »³⁸², les autres entreprises n'étaient nullement contraintes – ni même légalement encouragées – à promouvoir la « diversité ». L'utilisation de cette notion s'est donc faite, et continue de se faire, de manière anarchique. Chaque accord établissant sa propre définition au regard, d'une part, des besoins de l'entreprise et d'autre part des contraintes qu'elle entend s'imposer. Il est donc impossible de dégager de ces accords une définition unanime de la diversité, mais il est possible de dégager des tendances (B) directement inspirées des objectifs visés par ces accords (A).

A. Les objectifs poursuivis par la promotion de la diversité dans les entreprises

207. Trois motivations principales à la signature d'un accord sur la diversité ont été dégagées par une étude portant sur 80 accords diversité. La première motivation des partenaires sociaux est leur volonté de se mettre en conformité avec les impératifs législatifs (56 accords sur 80 étudiés), principalement les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination (1). Cette volonté de mise en conformité des pratiques vis-à-vis des lois est aujourd'hui désignée sous l'appellation de « *compliance* ». Cet objectif est suivi de près par une démarche faisant de la diversité un élément de la responsabilité sociale des entreprises (53 accords) (2). Enfin, la recherche de performance, notamment par l'amélioration de l'image auprès des collaborateurs et de la clientèle (38 accords sur 80)³⁸³ constitue la troisième raison invoquée lors de la mise en place d'un accord portant sur la diversité (3).

1. *La mise en conformité avec les lois en vigueur*

208. Le terme de *compliance*, de plus en plus populaire dans le vocabulaire des cadres des très grandes entreprises, ne consiste en réalité qu'à la mise en conformité des procédures (recrutement, formulaires, etc.) avec les lois en vigueur. L'idée sous-jacente relève d'un simple bilan coût-avantage : l'entreprise fera des économies en évitant les sanctions les plus importantes par la modification de certaines de ses pratiques. C'est pour cette raison que la question des discriminations entre en jeu. Cette dernière a pris une ampleur croissante au cours des années 2000. En devenant plus visibles auprès des victimes et des juridictions, grâce

³⁸² Article 6 de la loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision, *JORF* du 7 mars 2009, p. 4321.

³⁸³ Hélène GARNER et Magali RECOULES, *Égalité, diversité, discrimination. Etude de 80 accords d'entreprise sur la diversité*, n°182, *DARES*, 2014, p. 23-24.

à des institutions comme la HALDE, les discriminations sont devenues un risque important pour les entreprises. Elles vont potentiellement l'être encore davantage dans les années à venir avec les ordonnances « Macron » de 2017 qui font du motif discriminatoire un moyen de lever les plafonds d'indemnités prud'homales. On peut donc parier que les justiciables tenteront d'obtenir la réparation intégrale de leur préjudice en cas de licenciement en ayant recours à l'une des hypothèses où les plafonds ne s'appliquent pas. Certes, les vraies discriminations risquent d'être noyées dans le contentieux, mais cela permettra peut-être de sensibiliser les différents acteurs à la question.

209. Le risque pour l'entreprise est grand. En effet, les sanctions appliquées en cas de discriminations sont particulièrement sévères, notamment lorsque la discrimination a abouti à la rupture du contrat de travail. Les salariés qui en font la demande³⁸⁴ peuvent bénéficier des indemnités s'attachant à la nullité de la rupture³⁸⁵ que ce soit celles résultant du prononcé de la nullité d'un licenciement³⁸⁶ ou en obtenant la requalification d'une démission en prise d'acte³⁸⁷ produisant les effets d'un licenciement nul. D'autre part, les contraintes légales pesant sur les employeurs et les partenaires sociaux en matière de négociation obligatoire ou de suivi de certains profils se sont considérablement alourdies au fil des années. Avant les récents bouleversements subis par le droit du travail, les employeurs devaient intégrer dans leurs négociations annuelles ou triennales, d'entreprise comme de branche, la question de l'égalité entre hommes et femmes³⁸⁸, celle des seniors³⁸⁹ ou du handicap³⁹⁰. Ces négociations

³⁸⁴ Précision importante car beaucoup de salariés victimes de discrimination se contentent de demander aux juges les indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

³⁸⁵ En application des articles L. 1132-1 et L. 1132-4 du code du travail, « toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions du présent chapitre est nul ».

³⁸⁶ « Le salarié, victime d'un licenciement nul et qui ne réclame pas sa réintégration, a droit, d'une part aux indemnités de rupture, d'autre part à une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement et au moins égale à celle prévue par l'article [L. 1235-3] du code du travail » (Cass. Soc. 27 juin 2000, n°98-43.439, D., 2000. IR 221; RJS 2000. 634, n° 937).

³⁸⁷ Cass. Soc. 9 mai 2007, pourvois n° 05-40.315, 05-40.518, 05-41.325 et 05-42.301, publié au bulletin.

³⁸⁸ « La loi du 9 mai 2001 dite "loi Génisson" actualise et renforce la loi « Roudy » en définissant les axes de sa mise en œuvre, à la fois pour le secteur public et pour le secteur privé. Elle introduit pour la première fois l'obligation de la négociation collective sur l'égalité professionnelle, de manière ciblée et transversale (dans les autres thèmes de négociation). L'objectif de représentation équilibrée des femmes et des hommes est également posé par cette loi pour les conseils des prud'hommes, les comités d'entreprise et les délégués du personnel, les organismes consultatifs et les jurys et comités de sélection. La loi précise les obligations de l'employeur concernant le travail de nuit et les allocations versées aux femmes enceintes dispensées de travail. La loi du 23 mars 2006 sur l'égalité salariale entre les femmes et les hommes vise à résorber les écarts de rémunération en imposant aux entreprises et aux branches professionnelles l'obligation de négocier pour définir et programmer des mesures de nature à supprimer ces écarts d'ici le 31 décembre 2010, sur la base d'un diagnostic de la situation comparée des femmes et des hommes ». V. DARES, « Egalité, diversité, discrimination. Étude de 80 accords d'entreprise sur la diversité », Document d'études, 2014, n°182, p.29.

³⁸⁹ V. article L. 2241-4 du code du travail qui impose aux « organisations liées par une convention de branche ou, à défaut, par des accords professionnels [de se réunir], au moins une fois tous les trois ans, pour négocier

se faisaient, pour certaines entreprises, sur la base de leur bilan social³⁹¹ et pendant un temps, également, à l'aide du rapport sur la situation comparée³⁹² des femmes et des hommes prévu à l'article L. 2323-57 du code du travail avant que la loi « Rebsamen »³⁹³ ne supprime cette obligation et que l'une des ordonnances « Macron »³⁹⁴ ne l'abroge définitivement. L'accumulation de ces obligations portant sur différents profils de salariés a conduit, par souci de simplification – et avant que ne survienne le « choc de simplification » de 2017 –, les acteurs de ces négociations à regrouper toutes ces thématiques dans une seule et même convention. C'est ainsi que les conventions portant sur la diversité sont devenues un moyen pour les partenaires sociaux de remplir leurs obligations de négociation et parfois d'aller plus loin en intégrant des mesures en faveur d'autres travailleurs en difficultés d'insertion et qui ne bénéficiaient pas des mêmes attentions de la part du législateur que celles accordées aux femmes, aux séniors ou aux travailleurs handicapés. Il est à noter que l'[ANI relatif à la diversité dans l'entreprise adopté le 12 octobre 2006](#), qui pourtant constitue la première grande étape de négociation collective, est assez peu mobilisé par les partenaires sociaux pour motiver l'adoption d'une convention portant sur la diversité.

210. La démarche des entreprises à l'égard de la diversité s'insère souvent dans une dynamique plus large qui est celle de la responsabilité sociale des entreprises.

sur les conditions de travail, la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et l'emploi des salariés âgés, notamment par l'anticipation des carrières professionnelles et la formation professionnelle, et sur la prise en compte de la pénibilité du travail ».

³⁹⁰ « La loi du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés impose aux établissements de 20 salariés et plus (ou ayant franchi ce seuil) depuis trois ans une obligation d'emploi de travailleurs handicapés équivalent à 6 % de son effectif salarié. La loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances des personnes handicapées a élargi le public bénéficiaire à de nouveaux types de handicap, a modifié le mode de calcul des travailleurs handicapés, a étendu l'obligation d'emploi d'au moins 6 % de travailleurs handicapés pour les structures de plus de 20 salariés au secteur public et a aggravé les sanctions en cas d'absence d'action positive de l'obligation instituée ». V. DARES, « Egalité, diversité, discrimination. Étude de 80 accords d'entreprise sur la diversité », *Document d'études*, 2014, n°182, p.29.

³⁹¹ Art. L. 2323-20 du Code du travail avant son abrogation par l'article 1 de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

³⁹² Créé par la loi du 13 juillet 1983 dite « loi Roudy » relative à l'égalité entre les femmes et les hommes : cette loi concerne l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière pour l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail. Elle prévoit une obligation de réaliser un rapport annuel sur la situation comparée des hommes et des femmes dans les entreprises en matière d'emploi et de formation et permet la conclusion de plans d'égalité professionnelle au sein des entreprises.

³⁹³ Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, *JORF* du 18 août 2015, p. 14346.

³⁹⁴ Article premier de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, *JORF* du 23 septembre 2017.

2. *La diversité comme dimension sociale de la responsabilité sociétale des entreprises*

211. La responsabilité sociétale des entreprises (RSE) peut être définie comme « l'intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes » si l'on en croit le *Livre Vert* réalisé par la Commission européenne à ce sujet. En d'autres termes, « être socialement responsable signifie non seulement satisfaire pleinement aux obligations juridiques applicables, mais aussi aller au-delà et investir "davantage" dans le capital humain, l'environnement et les relations avec les parties prenantes »³⁹⁵. Le respect de la diversité participe à l'approche « sociale » de la RSE. En se fixant un objectif de respect de la diversité, les entreprises entendent aller au-delà des prescriptions légales en matière de non-discrimination et de principe d'égalité. Cette approche se situe entre le respect de la législation et les objectifs utilitaristes de la diversité. En effet, la Commission européenne relève que ces démarches en faveur de la RSE sont bien souvent motivées par le fait que « de bons résultats dans le domaine social ou la protection de l'environnement [...] peuvent conduire à une meilleure performance et générer davantage de profits et de croissance » ainsi qu'une meilleure « image ». La diversité est l'une des préoccupations sur le volet social de la RSE mais elle est loin d'être l'objectif principal. La dimension internationale de la RSE fait que la lutte contre le travail des enfants, la promotion du travail décent, la sécurité au travail, notamment par la pression qui peut être mise par les grands groupes sur leurs sous-traitants, semblent être des préoccupations plus présentes dans les démarches de RSE³⁹⁶.

3. *Les objectifs utilitaristes de la diversité*

212. Si la volonté de respecter les lois et d'aller même au-delà par le biais d'un engagement fort en matière de RSE sont les principaux objectifs affichés par les entreprises, celui qui est mis en valeur pour convaincre ces dernières d'opter pour une démarche en matière de diversité consiste plutôt à expliquer ce que l'entreprise a à y gagner, que ce soit en termes d'image, de productivité ou d'attractivité. En effet, dans un monde où la

³⁹⁵ Commission européenne, *Livre vert - Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, 0366 final, 2001, §21.

³⁹⁶ Sur la dimension internationale de la RSE, V. Isabelle DAUGAREILH, *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2005 ; du même auteur, *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant, Bruxelles, 2010.

communication des entreprises se veut parfaitement maîtrisée, être épinglé pour des pratiques discriminatoires peut ruiner l'image d'une société qui sera alors boudé, un certain temps, par les consommateurs ou les « talents ». Beaucoup de discours consistent donc à démontrer aux dirigeants que non seulement l'image mais également la productivité de l'entreprise seront « boostées » par une politique en faveur de la diversité. Pour cela, il existe deux principaux arguments.

213. Le premier consiste à présenter la diversité comme une opportunité économique, soit pour toucher une clientèle plus large, soit pour favoriser l'innovation. Par exemple, la recherche de profils divers au « nom de la proximité avec le produit » ou de « la proximité avec le client » peut être une stratégie de communication en soi. Ce fut notamment le cas chez Grand Optical où, pour attirer une clientèle de presbytes, le groupe a choisi d'embaucher des séniors, plus à même de comprendre les affres de la presbytie³⁹⁷. L'intérêt des entreprises pour la diversité peut aussi dépasser la simple apparence à l'égard du client et représenter au contraire un véritable enjeu pour la productivité et l'innovation, notamment en anticipant les besoins d'une clientèle plus large. En guise d'illustrations, on retiendra l'histoire d'une entreprise de robinetterie qui avait conçu le premier robinet se déclenchant sans contact. Malheureusement, le robinet, qui fonctionnait avec des capteurs de luminosité, ne fonctionnait pas pour les personnes noires dont la peau ne permettait pas de réfléchir la lumière vers le capteur. Si cette entreprise avait eu dans son équipe de conception une personne noire, le problème aurait été détecté bien plus tôt. L'erreur a été commise de nouveau par Hewlett Packard avec une caméra d'ordinateur – en principe capable de suivre les visages tout en faisant la mise au point automatiquement – qui ne repérait pas les visages des personnes noires³⁹⁸. Et cela ne se limite pas à la couleur de peau, une pâtisserie qui embaucherait une pâtissière végane capable de réaliser des produits sans œufs, lait, ou gélatine permettrait de capter une clientèle beaucoup plus étendue : intolérants ou allergiques au lactose, personnes véganes ou ayant une sensibilité écologique.

214. L'agence gouvernementale « France-Stratégie », n'hésite pas à utiliser cette approche pour tenter de convaincre les entreprises d'adopter des mesures en faveur de la diversité et de la lutte contre les discriminations. Certaines de ses études démontrent même que « le coût des

³⁹⁷ Isabelle BARTH et Christophe FALCOZ, *Le management de la diversité : enjeux, fondements et pratiques*, Paris, L'Harmattan, 2007.

³⁹⁸ Mallory SIMON, « HP looking into claim webcams can't see black people », *CNN*, 24 déc. 2009.

seules inégalités d'accès à l'emploi et aux postes qualifiés s'élèverait à 150 milliards d'euros »³⁹⁹, que « la convergence des taux d'emploi [entre hommes et femmes] se traduirait par une augmentation de 3 % de la population en emploi, soit 608 000 postes supplémentaires, à 93 % féminins. En y ajoutant l'effet convergence des temps de travail [...], l'augmentation estimée monte à 4,5 %, soit 974 000 emplois à temps plein. Les gains en termes de valeur ajoutée sont massifs : ils s'échelonnent de +3,6 % du PIB dans le premier scénario à +14,1 % dans le scénario 4 d'égalité des chances. Le scénario médian de convergence des seuls taux d'emploi et d'accès aux postes élevés, rapporterait 7% du PIB, soit environ 150 milliards d'euros. Des gains économiques auxquels les femmes contribueraient en l'occurrence à hauteur de 97 % ! »⁴⁰⁰. Les chiffres font sûrement rêver ceux qui les comprennent !

215. La multiplicité des objectifs pouvant être poursuivis par les rédacteurs des conventions portant sur la diversité est à l'origine d'une forte disparité des définitions de la diversité.

B. Les occurrences de la notion de diversité dans les conventions collectives

216. Les raisons motivant l'adoption d'une convention relative à la diversité ont un impact direct sur la manière dont on va définir la diversité. La promotion de la diversité a dans un premier temps été élaborée par des textes « cadres » : la [Charte de la diversité](#) en 2005, [l'Accord national interprofessionnel du 12 octobre 2006](#) et enfin le label diversité délivré depuis 2008 par l'Association Française de Normalisation (AFNOR) en partenariat avec l'Association Nationale des Directeurs des Ressources humaines (ANDRH) et en collaboration avec le Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social (1). Ensuite, dans un second temps, les entreprises se sont appropriées ou ont recomposé ces définitions en fonction de leurs objectifs (2).

1. Les définitions de la diversité dans les textes nationaux

³⁹⁹ Gilles BON-MAURY, Catherine BRUNEAU, Clément DHERBÉCOURT, Adama DIALLO, Jean FLAMAND, Christel GILLES et Alain TRANNOY, *Le coût économique des discriminations*, Rapport à la ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle et du Dialogue social et au ministre de la Ville, de la Jeunesse et des Sports, France Stratégie, 2016, p. 14.

⁴⁰⁰ V. le résumé sur le site internet de France-Stratégie de G. BON-MAURY et al., préc., note 399.

217. D'un point de vue chronologique, c'est la charte de la diversité en entreprise⁴⁰¹ qui a, la première, introduit une définition de la diversité. L'idée de cette charte a été lancée en janvier 2004 dans un rapport de l'Institut Montaigne⁴⁰² et a été réalisée avec la participation de plusieurs grandes entreprises qui en ont été les premières signataires. La diversité y est définie comme étant « la variété de profils humains qui peuvent exister [au sein de l'entreprise] (origine de pays, de région, de quartier, patronymique, culture, âge, sexe, apparence physique, handicap, orientation sexuelle, diplômes, etc.) ». Cette définition est ouverte, car non exhaustive, mais tout de même très centrée sur la question raciale au vu de la redondance de certains critères illustrant la définition. Cet intérêt particulier pour la question raciale est d'ailleurs très visible dans le rapport de l'Institut Montaigne lui-même et le plan de cette étude suffit à s'en convaincre. Il y est question du « rapport à l'immigration » en France, de la « dimension pluriethnique de la nation », de la « politique nationale anti-ghetto ». Les questions d'âge et de handicap ne sont pas du tout abordées dans ce rapport et celles liées au sexe ne le sont que dans les hypothèses d'intersectionnalité avec l'origine et la religion ou pour revenir sur l'expérience de la parité en politique. La diversité n'apparaît ici que comme un outil prenant la forme d'une charte. Bien que présentée comme étant une diversité au sens large, intégrant un grand nombre de critères, elle n'est en fait véritablement pensée que comme une diversité culturelle et ethnique.

218. Sans grande surprise, l'accord national interprofessionnel du 12 octobre 2006 n'adopte pas du tout la même définition de la diversité. En effet, celle-ci consiste pour les partenaires sociaux dans une « approche complémentaire et dynamique » de la notion de non-discrimination. Les partenaires sociaux définissent les contours de la diversité au regard de ce principe et donc des motifs discriminatoires énumérés par la loi de 2008. Il s'agit ici d'une vision à la fois plus large et plus restrictive de la diversité que celle retenue dans la charte de la diversité. Plus large dans le sens où l'ensemble des critères énoncés dans la loi de 2008 semblent mis sur un pied d'égalité et aucun, *a priori*, n'a vocation à prendre le dessus sur les autres. Il ne s'agit donc pas ici d'une simple diversité culturelle ou ethnique, mais bien d'une diversité au sens large. Mais cette définition est en même temps plus restrictive dans la mesure où elle se calque sur les critères définis par la loi. En effet, là où la charte de la diversité pouvait aller puiser des critères de définition de la diversité dans l'observation réelle

⁴⁰¹ V. le contenu de la charte sur le site internet qui lui est dédié : <http://www.charte-diversite.com/charte-diversite-texte-engagement.php>.

⁴⁰² Yazid SABEG et Laurence MEHAIHNER, *Les oubliés de l'égalité des chances*, Institut Montaigne, 2004.

des inégalités, l'ANI se contente de reprendre mot pour mot les critères de la loi et s'enferme donc dans les prévisions du législateur. En faisant cela, l'ANI relatif à la diversité dans l'entreprise apparaît comme le prolongement de la non-discrimination. Dès lors, son principal angle d'attaque sera de lutter contre les discriminations indirectes affectant les groupes, notamment par la lutte contre les stéréotypes et par la révision des processus de recrutement.

219. Enfin, le label diversité certifié par l'AFNOR opère un renvoi total aux prescriptions du législateur en matière de lutte contre les discriminations : « bien qu'il n'existe pas de définition juridique de la diversité, cette dernière peut être considérée comme le résultat d'une approche globale de la lutte contre l'ensemble des 25 critères de discriminations définis par la loi et repris par le Code du travail » à l'article L. 1132-1⁴⁰³. Le seul élément intéressant de cette définition est qu'il s'agirait d'une « approche globale » de la lutte contre les discriminations. Cela supposerait donc des mesures de nature à lutter contre les discriminations systémiques et intersectionnelles et pas seulement de traiter les cas de discriminations, critère par critère. Cette orientation consistant à éviter l'usage des critères, principalement ethniques et religieux, a d'ailleurs été plébiscitée par le Président Nicolas Sarkozy dans l'un de ses discours en 2008. Il estimait en effet que « répondre au défi de la diversité en recourant à des critères ethniques ou religieux conduirait à prendre le risque de dresser les uns contre les autres des communautés rivales et, au fond, à enfermer chacun dans son identité, son histoire, alors même qu'il s'agit de le faire accéder à une citoyenneté pleine et entière, de conforter le sentiment de son appartenance à quelque chose qui le dépasse et qui l'ouvre sur quoi ? Sur l'universel »⁴⁰⁴. La tension décrite précédemment entre l'égalité, la non-discrimination, le principe d'universalité du droit et les mesures positives est très palpable dans ce discours. L'idée même d'adopter des mesures de correction en faveur d'une catégorie de personnes semble être perçue comme incompatible avec le vivre ensemble et dresserait nécessairement « des communautés rivales » « les uns contre les autres ». C'est là ne faire que peu de cas de la situation d'inégalités résultant du *statu quo* qui peut conduire aux mêmes conséquences. La légitimité que pourrait avoir de telles mesures dans la correction des inégalités est passée sous silence. L'approche « globale » se traduit dans le cadre du label diversité par une certification reposant sur cinq critères :

⁴⁰³ Anissa DJABI, *Le label diversité. Un levier pour la prévention et la lutte contre les discriminations*, AFMD et Fondation FACE, 2011, p. 17.

⁴⁰⁴ Extraits du discours de M. le président de la République à l'École polytechnique de Palaiseau, 17 décembre 2008, reproduit in S. SLAMA, préc., note 285, p. 87.

- « Réaliser un état des lieux en matière de diversité et de prévention des discriminations dans l'entreprise en association avec les représentants du personnel ou les partenaires sociaux. Il doit concerner l'ensemble des critères de discrimination fixés à l'article L. 1132-1 du Code du travail, à l'exception du sexe. Ce diagnostic prend en compte les enregistrements des réclamations en cas de discrimination supposée ou avérée.
- Définir, mettre en œuvre et assurer le suivi de la politique diversité. La direction de l'entreprise candidate doit notamment désigner un référent « diversité » et associer les partenaires sociaux à sa démarche.
- Assurer la communication interne, la sensibilisation de l'ensemble du personnel en la matière et la formation des managers et des représentants du personnel.
- Prendre en compte la diversité, notamment en matière de recrutement, de gestion des carrières, de formation, de partenariat avec les acteurs territoriaux, de relations avec les fournisseurs et avec les clients.
- Évaluer et rechercher les axes d'amélioration de la politique de la diversité. L'entreprise candidate est notamment chargée d'établir un bilan annuel sur sa mise en œuvre »⁴⁰⁵.

À la lecture de ces critères, on ne peut que remarquer la difficulté qu'il y aurait à remplir ces objectifs sans procéder à une étude statistique de la diversité et à adopter des mesures spécifiques à l'égard de certaines populations jugées sous-représentées au sein de l'entreprise. L'approche « globale » peut difficilement se passer de l'identification des individus, sauf à faire de cette approche globale une coquille vide dénuée d'intérêt.

2. La redéfinition pragmatique de la diversité par les entreprises

220. Comme le révèle l'étude de 80 accords portant sur la diversité réalisée en 2014, assez « peu d'accords (13) contiennent une définition explicite de la diversité ». La plupart font référence à la variété des « caractéristiques ou [aux] profils des individus (9 occurrences parmi les 13) »⁴⁰⁶. Cette conception de la diversité est particulièrement large et englobe à la fois la variété des caractéristiques personnelles (sexe, origines, handicap, etc.) et sociales (origines sociales, géographiques, parcours professionnels, formations, etc.) des individus.

⁴⁰⁵ Marie-Thérèse LANQUETIN, « Égalité, diversité et... discriminations multiples », *Trav. Genre Sociétés*, n° 21-1, 2009, pp. 91-106.

⁴⁰⁶ DARES, préc., note 138 à la page 24.

221. Une partie des accords définissent la diversité en référence au concept de non-discrimination (5 accords) et les motifs discriminatoires qui l'accompagnent offrent dans cette configuration un champ déterminé au concept de diversité. Plus délicate en revanche est la définition de la diversité en référence au principe d'égalité de traitement (3 accords). Contrairement au principe de non-discrimination, le principe d'égalité de traitement ne contient aucun critère permettant de définir un périmètre utile à la définition de la diversité. Il confirme néanmoins l'attachement de certaines entreprises aux textes relatifs à l'égalité de traitement et en faveur de certaines populations cibles. Cela se retrouve dans la méthode adoptée par la majorité des accords pour atteindre leur objectif de diversité. En effet, 50 des 80 accords étudiés procèdent par des politiques dirigées vers des publics cibles (femmes, seniors, jeunes et travailleurs handicapés) qui correspondent tous aux publics bénéficiant déjà de l'intervention du législateur par la mise en place de quotas ou de mesures préférentielles⁴⁰⁷. Ces mêmes publics bénéficient d'un suivi facilité dans le cadre des accords diversité grâce aux obligations pesant sur les entreprises en matière de rapport de situation comparée et de bilan social. À l'inverse, les populations ne pouvant pas être comptabilisées aussi facilement au sein de l'entreprise (ethnie, religion, sexualité, etc.) ne bénéficient presque jamais de mesures positives directes. Ces accords constituent donc pour la grande majorité un acte manqué au regard des enjeux d'inclusion initialement poursuivis par la promotion de la « diversité ».

222. Au final, les populations qui étaient initialement le cœur de cible de la diversité (diversité ethnique et culturelle) se trouvent reléguées au second plan⁴⁰⁸, voire parfois complètement écartées des politiques de diversité réellement menées dans les entreprises au profit des populations cibles bénéficiant d'un encadrement législatif qui leur est favorable. Milena Doytcheva, qui a mené une enquête sur les usages de la diversité par les entreprises remarque qu'il s'est dégagé une « diversité à la carte » et que « tout se passe comme si l'évocation a priori de l'étendue du champ de la diversité, justifiait a posteriori la nécessité de "faire des choix" – "pour ne pas partir dans tous les sens", "ne pas se perdre" »⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ *Id.* à la page 42.

⁴⁰⁸ Par rapport aux autres critères mais également en rendant invisible le critère racial par un critère de classe (origine sociale) ou géographique (domiciliation dans une ZEP).

⁴⁰⁹ Milena DOYTCHÉVA, « Usages français de la notion de diversité : permanence et actualité d'un débat », *Sociologie*, 4/2010, Vol. 1, pp. 434-435.

223. Une autre étude, portant cette fois sur 241 sites internet de sociétés, a démontré que « 174 se réfèrent à la non-discrimination, à l'égalité des chances ou à la gestion de la diversité [et que] la moitié des entreprises utilise le mot "diversité" »⁴¹⁰. Cette étude « des sites internet des grands groupes européens [a permis] d'identifier pas moins de 27 dimensions inhérentes au terme même de diversité. Les principales dimensions évoquées sont le genre des individus, suivi de la culture, de l'origine ou de l'appartenance ethnique, de l'âge, de la nationalité ou du pays d'origine et enfin du handicap »⁴¹¹. Sébastien Point, l'auteur de cette étude, fait remarquer qu'une étude similaire, réalisée par Novéthie à partir des rapports annuels français des sociétés cotées au CAC40 et publiée en décembre 2005, a identifié une trentaine de critères inhérents à la notion de diversité.

⁴¹⁰ Sébastien POINT, « La diversité des définitions de la diversité : comparaisons européennes », in I. BARTH et C. FALCOZ, préc., note 397, p. 236.

⁴¹¹ Sébastien POINT, « La diversité des définitions de la diversité : comparaisons européennes », in *Id.*

Conclusion Titre 1

224. L'approche « utilitariste » de la diversité qui est actuellement privilégiée donne un sentiment de malaise. En effet, qu'advient-il de l'objectif de ne pas discriminer, de ne pas refouler les individus à la porte de l'entreprise en raison de ce qu'ils sont, lorsque l'on se rendra compte que faire travailler ensemble des personnes « différentes » n'est pas toujours facile, ou que dans un premier temps ce n'est pas toujours un « gain » pour l'entreprise en termes d'efficacité et même de paix sociale ? Et si de nouvelles études démontraient, sans aucun doute possible, que l'uniformité, l'homogénéité des effectifs, la non prise en compte de toutes les petites « faiblesses » humaines comme la maladie, la grossesse, le handicap, les enfants, les convictions religieuses, la liberté de pensée tout simplement, étaient les « vrais » facteurs de réussite pour une entreprise ? Ne serait-ce pas là une faillite morale pour une société que de rechercher une utilité à l'objectif de respecter les individus et de ne pas les discriminer ? Il nous semble que oui. La diversité pourrait être un outil de justice sociale si on la dépouille de sa dimension utilitariste. En persistant dans cette voie en revanche, l'outil « diversité » n'a que peu d'intérêt pour le juriste et la correction des inégalités. Le bilan pouvant être tiré de l'ensemble de ces « engagements » en faveur de la promotion de la diversité est en demi-teinte. Comme l'a relevé Pap Ndiaye, dès 2008 au sujet de la Charte de la Diversité, cette dernière « a eu pour mérite non négligeable de braquer les projecteurs sur ces questions, ainsi que de fournir un point d'appui pour demander des comptes aux entreprises signataires, moralement engagées par ladite signature, le bilan que l'on peut en tirer est pour l'instant mitigé. C'est que les incitations, même contractualisées, ne se substituent pas à des contraintes plus accentuées »⁴¹². L'un des objectifs poursuivis par la charte de la diversité, au-delà de résultats concrets qui font l'objet d'un cahier des charges et d'un suivi, était effectivement d'offrir « un cadre à l'entreprise pour structurer et améliorer ses pratiques »⁴¹³. Cependant, les blocages juridiques vus précédemment, à savoir les tensions existantes entre universalité du droit et mesures positives, les difficultés liées à la remise en cause de la figure abstraite et prétendument universelle du citoyen qui empêche l'identification et la mesure des inégalités, freinent les entreprises dans leur promotion de la diversité. Le « cadre » de la diversité proposé d'un point de vue managérial et gestionnaire gagnerait en efficacité à être accompagné d'un dispositif juridique le sécurisant. La

⁴¹² Pap NDIAYE, *La condition noire*, Paris, Calmann-Lévy, 2008, pp. 290-292, in S. SLAMA, préc., note 285, p. 65.

⁴¹³ A. DJABI, préc., note 403, p. 14.

proposition consistant à mettre en place des sanctions au non-respect des engagements en faveur de la diversité pourrait éventuellement être envisagées, mais seulement si, au préalable, le législateur a offert aux entreprises des outils juridiques sûrs permettant de poursuivre véritablement un objectif de diversité. Il appartient donc au juriste de concevoir ces outils et leur articulation avec les principes existants, dans un objectif de justice sociale.

Titre 2 : La recomposition de l'universalisme au prisme de la diversité

225. « Nous sommes à une époque tout à fait sans précédent, et dans la situation présente l'universalité, *qui pouvait autrefois être implicite*, doit être maintenant pleinement explicite. Elle doit imprégner le langage et toute la manière d'être »⁴¹⁴. Simone Weil pose ainsi les bases de ce que doit être aujourd'hui le travail de réflexion autour de l'universalité face au « choc des identités »⁴¹⁵.

226. Plusieurs États, confrontés au pluralisme, ont adopté des mesures visant à garantir une certaine « représentativité » de la population dans l'emploi et l'accès plus généralement aux « biens rares ». La Constitution de l'Inde⁴¹⁶ par exemple prévoit depuis 1949 la possibilité d'adopter des mesures pour promouvoir certains groupes : environ 700 tribus répertoriées, les basses castes, aussi appelées « caste arriérée », composées d'individus considérés comme vulnérables au sein de la société (notamment les personnes physiquement ou mentalement handicapées) et un certain nombre de hors-castes répertoriées (les « *Other Backward Classes* » comprenant les « Intouchables » aujourd'hui appelé *Dalits* ; les musulmans)⁴¹⁷. Une commission chargée de définir le pourcentage de postes au sein des emplois publics ou de sièges (notamment au sein de l'assemblée du peuple) réservés à chaque groupe, ainsi que les groupes pouvant bénéficier de ces mesures. C'est ainsi qu'au début des années 2010, les musulmans ont pu bénéficier des quotas au même titre que les autres minorités de la société indienne⁴¹⁸. Cependant, bien que la diversité soit immense dans ce pays qui compte plus de 1000 langues, la notion même de diversité n'y est pas mobilisée, notamment dans la Constitution, pour justifier l'utilisation de tels quotas. L'Afrique du Sud⁴¹⁹ en revanche s'est davantage appropriée la notion de diversité puisqu'elle en a fait sa devise : « Unis dans la

⁴¹⁴ Simone WEIL, *Attente de Dieu*, Paris, Fayard, 1977, p. 81.

⁴¹⁵ V. Le résumé de la communication de Pascale DEVETTE à l'occasion du colloque intitulé « [Simone Weil - Réception et transposition](#) » qui s'est tenu au Centre Culturel International de Cerisy du 1^{er} au 8 août 2017, sous la direction de Robert CHENAVIER et Thomas PAVEL.

⁴¹⁶ « L'Inde est un Etat fédéral qui comprend 28 Etats établis sur des bases essentiellement linguistiques et 7 territoires créés pour des raisons politiques ou historiques », V. [L'Inde contemporaine : quelques points de repère, Rapport de groupes d'amitiés France-Inde, Sénat](#).

⁴¹⁷ « *The weaker sections of society, including the handicapped and mentally retarded* », 11TH SCHEDULE - Article 243G of The Constitution of India as modified up to the 1st December 2007.

⁴¹⁸ V. les critiques sur le manque d'efficacité du quota de 4.5% lors des élections de décembre 2011 in « [4.5% quota fails to impress Muslims in Uttar Pradesh](#) », *The Times of India*, 23 décembre 2011.

⁴¹⁹ La [Constitution de 1996](#) fait de l'Afrique du Sud une République unitaire.

diversité », ou de manière littérale, « Divers peuples unis »⁴²⁰. Cette modification a été opérée la même année que l'adoption d'une devise identique par l'Union européenne. Cependant, comme pour cette dernière, en dehors de cette devise, l'Afrique du Sud a constitutionnalisé un principe de non-discrimination similaire à celui de l'Union européenne et de la France, y compris avec les notions de discriminations directes et indirectes, sans que la notion de diversité ne soit mobilisée⁴²¹. Le traitement juridique de cette question en Afrique du Sud est donc de ce fait trop similaire à celui de la France pour aider à la conceptualisation de la notion juridique de diversité. C'est donc le modèle des États-Unis, où la Cour suprême et la doctrine se sont emparées très tôt de cette notion, qui servira de référent à la conceptualisation de la diversité en droit français. Il est même envisageable qu'au travers de la RSE et de la *compliance*, ce soit en fait l'approche états-unienne que l'on voie se développer aujourd'hui en France par l'intermédiaire des grandes entreprises multinationales. L'étude du concept juridique de diversité aux États-Unis (Chapitre 1) est une première étape pour comprendre l'utilité d'une telle notion. Cependant, une transposition à l'identique, comme souvent lorsqu'il est question d'utilisation de mécanismes juridiques étrangers, n'est pas envisageable en France où la réception du concept juridique de diversité y serait difficile (Chapitre 2).

⁴²⁰ De 1910 à 2000, la devise de l'Afrique du Sud était la locution latine « *Ex Unitate Vires* » (L'union fait la force). En 2000, la devise est modifiée pour « unis dans la diversité » écrit en langue khoïsan: « 'ke e: !xarra lke ».

⁴²¹ [Art. 9 §3, Chapter 2 : Bill of Rights, Constitution of the Republic of South Africa, 1996.](#)

Chapitre 1 : Le concept juridique de diversité aux États-Unis

227. Lorsqu'est évoquée, en France, la possibilité de recourir à des mesures positives, voire à des quotas, sur le fondement de caractéristiques « identitaires » c'est bien souvent le « mauvais » exemple « communautariste » des États-Unis qui est mobilisé pour éluder toute réflexion sérieuse sur le sujet. Une approche de l'égalité tenant compte de telles caractéristiques semble d'emblée suspecte aux yeux du modèle républicain français⁴²². Le droit américain a pourtant sensiblement évolué en passant d'une logique de réparation des discriminations, passées et présentes, principalement centrée sur la question raciale, à une logique de promotion de toutes les différences.

228. Alors que le Treizième Amendement adopté sous la présidence d'Abraham Lincoln a aboli l'esclavage aux États-Unis en 1865, ce n'est qu'avec le Quatorzième Amendement, adopté quant à lui en 1868, que la citoyenneté et l'égalité de protection des lois furent accordées à toutes les personnes nées sur le territoire des États-Unis. Pendant près d'un siècle, cet amendement n'a cependant pas empêché la multiplication des lois ségrégationnistes aussi appelées « Lois Jim Crows » qui bénéficiaient de l'assentiment de la Cour suprême et de sa doctrine « *Separate but equal* ». En effet, dans sa décision *Plessy v. Ferguson*⁴²³, la Cour suprême a estimé que la ségrégation raciale existante dans certains États n'est pas en soi une inégalité dès lors que l'État fédéré fournit des installations équivalentes aux Noirs comme aux Blancs⁴²⁴. Cette ségrégation constitue l'exemple le plus flagrant qu'une reconnaissance juridique de l'égalité, d'un point de vue formel, n'est en rien synonyme d'égalité réelle ou substantielle. Au cours des années 1930, « l'association de défense des Noirs [la *National Association for the Advancement of Colored People (NAACP)*], intent[a] des actions contre cette ségrégation, obstacle à la diversité »⁴²⁵, mais ce n'est qu'en 1954⁴²⁶, avec la décision *Brown v. Board of Education of Topeka*, que les juges vont enfin condamner les mesures ségrégationnistes, et les juger contraires au Quatorzième Amendement⁴²⁷. Ces décisions n'ont

⁴²² Philippe MARTIN, « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *RIDC*, 2011, p. 587.

⁴²³ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

⁴²⁴ V. Marie MERCAT-BRUNS, « La diversité dans tous ses états : l'apport de la doctrine américaine », dans Frédéric GUIOMARD et Sophie ROBIN-OLIVIER, *Diversité et discriminations raciales : une perspective transatlantique*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009, p. 65.

⁴²⁵ *Idem*.

⁴²⁶ Soit l'année suivant le début de la présidence du démocrate Earl Warren à la Cour Suprême.

⁴²⁷ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954) : le Quatorzième Amendement interdit la ségrégation dans les écoles publiques, complété un an plus tard par un autre arrêt *Brown v. Board of Education*

pas réellement été suivies d'effets, mais ont amorcé un changement durable d'attitude de la part du législateur puisque le Congrès votera en 1957, pour la première fois en 82 ans, une loi pour la protection des droits civiques des Noirs.

229. Lorsque la lutte contre la ségrégation raciale est devenue une priorité politique⁴²⁸, les États-Unis ont eu recours à des politiques drastiques d'*affirmative action*, notamment avec la mise en place de quotas au sein des universités et des emplois publics. Mais la défiance naissante face aux politiques d'*affirmative action* a conduit la Cour suprême à reconnaître leur contrariété au Quatorzième Amendement. C'est donc « dans la jurisprudence issue de l'*affirmative action* aux États-Unis que s'enracine à la fin des années 1970 "l'invention" du thème de la diversité, dans ses usages et connotations contemporaines, dans un contexte de demandes et de revendications potentiellement concurrentes de différents groupes minoritaires »⁴²⁹. Le point d'équilibre, très précaire, entre les juges de la Cour Suprême défendant l'*affirmative action* (4) et ceux voulant la suppression de ces mesures (4), a été trouvé par le juge Lewis Powell dans la décision *Regents of the University of California v. Bakke* du 22 juin 1978⁴³⁰. Ce point d'équilibre marque l'abandon des mesures différentielles les plus strictes (quotas) justifiées par un impératif de réparation des discriminations présentes et passées et l'avènement d'une nouvelle justification à la prise en compte de caractéristiques identitaires, la recherche de la « diversité » (section 1). Ce changement de paradigme a fait l'objet de nombreuses contestations qui invitent à une approche critique de cette notion (section 2).

Section 1 : L'abandon des mesures différentielles au profit de la diversité

230. Les termes « *affirmative action* » avaient été utilisés en 1935 par le Président Roosevelt dans le *National Labor Relation Act* et visaient la protection des droits syndicaux

of Topeka, 349 U.S. 294 (1955) dit « Brown II ». La décision *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954), rendue le même jour que *Brown*, a étendu cette interdiction au niveau fédéral.

⁴²⁸ Début de la « Révolution Noire » en 1955 avec le boycott des autobus de la ville de Montgomery ; en 1957, les autorités fédérales escortent les enfants noirs de *Little Rock* (Arkansas) pour leur entrée à l'école ; en 1962, le Gouverneur du Mississippi défie un ordre fédéral l'enjoignant d'inscrire dans une université d'État le premier Noir ; en 1963, Martin Luther King rassemble 200 000 personnes à Washington et enfin en mars 1965, une démonstration pacifique à Selma (Montgomery) se termine par des violences au point que le Président Lyndon B. Johnson fut obligé de « fédéraliser » la garde nationale de l'Alabama. Pour plus de détails V. l'article « Noirs américains » de l'encyclopédie Universalis rédigé par Claude FOHLEN et Daniel SABBAGH.

⁴²⁹ M. DOYTCHÉVA, préc., note 36.

⁴³⁰ *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

des salariés du secteur privé en permettant notamment la réintégration dans leur emploi, avec ou sans paie, des salariés congédiés à l'occasion d'une grève ou de la défense des conditions de travail. Dans leur sens actuel, ces termes sont apparus, pour la première fois, sous la plume de John F. Kennedy dans l'*Executive Order* 10925 du 6 mars 1961 créant le Comité pour l'égalité des chances en matière d'emploi et obligeant « *les entrepreneurs et les employeurs à prendre des mesures visant à garantir que les candidats à l'emploi sont employés, et que les employés sont traités, sans aucune distinction fondée sur leur race, leur origine, leur couleur, ou leur origine nationale* »⁴³¹. C'est cependant l'*Executive Order* 11246, signé par le Président Lyndon B. Johnson le 24 septembre 1965, qui met en place les premières politiques d'« *affirmative action* », notamment en interdisant aux entreprises sous contrat (d'au moins 10 000 \$ par an) avec le gouvernement et leurs sous-traitants d'adopter des décisions discriminantes fondées sur la race, la couleur, la religion, le sexe ou l'origine nationale⁴³². La logique de « *compliance* » est donc présente dès le début des années 1960 aux États-Unis puisque la conséquence du manquement à cette obligation consiste notamment dans la perte du marché public pour l'entreprise fautive.

231. Le Président des États-Unis Lyndon B. Johnson a utilisé une métaphore sportive très évocatrice pour justifier le recours aux politiques d'*affirmative action* dans la recherche d'une égalité réelle propice à la paix sociale : « Imaginons un 100 mètres dans lequel l'un des deux coureurs aurait les jambes attachées. Durant le temps qu'il lui faut pour faire 10 mètres, l'autre en a déjà fait 50. Comment rectifier la situation ? Doit-on simplement délivrer le premier coureur de ses liens et laisser la course se poursuivre, en considérant qu'il y a désormais "égalité des chances" (*equality of opportunity*) ? Pourtant l'un des coureurs a toujours 40 mètres d'avance sur l'autre. Est-ce que la solution la plus juste ne consisterait pas plutôt à permettre au coureur qui était attaché de rattraper son retard de 40 mètres ? [...] Ce serait là agir concrètement dans le sens de l'égalité. [...] En vérité, on ne peut pas considérer avoir été parfaitement équitable envers une personne enchaînée si l'on se contente de la débarrasser de ses chaînes et de lui faire prendre place sur la ligne de départ [...] en lui disant "Voilà. Tu es libre de rivaliser avec tous les autres" »⁴³³.

⁴³¹ V. L'histoire des programmes de *compliance* sur le site internet du *United States Department of Labour* : « [Office of Federal Contract Compliance Programs \(OFCCP\)](#) » et « [History of Executive Order 11246](#) ».

⁴³² *Executive Order 11246* « *prohibits federal contractors and federally assisted construction contractors and subcontractors, who do over \$10,000 in Government business in one year from discriminating in employment decisions on the basis of race, color, religion, sex, or national origin* ».

⁴³³ Lyndon JOHNSON, « [Commencement Address at Howard University : "To Fulfil These Rights"](#), 4 juin 1965 », in *Public Papers of the President of the United States : Lyndon B. Johnson*, 1965, Washington, DC,

232. Au sens large, l'*affirmative action* se définit comme « toute mesure qui alloue des biens rares selon une procédure prenant en compte l'appartenance des candidats à des groupes désignés afin d'augmenter la proportion de membres de ces groupes dans la population de référence, population où ils se trouvent aujourd'hui sous-représentés au moins en partie du fait d'une discrimination antérieure ou présente exercée par les pouvoirs publics et/ou par des acteurs non-étatiques »⁴³⁴. Dans une acception étroite du terme, qui se traduirait par « mesure positive », sont visées les mesures accordant « un avantage aux membres des groupes visés dans la répartition ultime des biens rares elle-même, au moyen d'instruments plus ou moins rigides (quotas obligatoires, "objectifs quantifiés" officiellement dénués de valeur contraignante, règles destinées à départager des candidatures jugées équivalentes...) et d'autant plus controversés qu'ils sont rigides »⁴³⁵. Cette dernière approche a fait l'objet de vives critiques et a conduit à une véritable remise en cause sur le plan juridique de l'*affirmative action* (§1). Cependant, le sauvetage, *in extremis*, de ces politiques a pu avoir lieu grâce au soutien apporté par le Juge Powell à la notion de « diversité » et au changement de paradigme imposé par cette approche nouvelle (§2).

§1 : La remise en cause de l'*affirmative action*

233. Les mesures positives ont fait l'objet de vives critiques dès leur création, contenues par le caractère « temporaire ». Mais au fur et à mesure que le temps a passé, elles sont devenues de plus en plus difficiles à justifier. Confirmant l'analyse de Tocqueville selon laquelle « il n'est presque pas de question politique, aux États-Unis, qui ne se résolve tôt ou tard en question judiciaire »⁴³⁶, la critique sociale et politique de l'*affirmative action* (A) est devenue peu à peu une critique juridique remettant en cause certaines de ses formes les plus strictes (B).

Gouvernement Printing Office, 1966, livre 2 ; reproduit dans l'anthologie *Eyes on the Prize : A Civil Rights Reader*, New York, Penguin Books, 1991, p. 612-613 ; traduit de l'anglais par Daniel SABBAGH dans *L'égalité par le droit: les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, Paris, Economica, 2003, 452 p., (« Etudes politiques »), p. 35.

⁴³⁴ Daniel SABBAGH, « Les effets de la discrimination positive dans l'accès aux établissements d'enseignement supérieur d'élite aux États-Unis : un essai de synthèse », dans Julie RINGELHEIM, Ginette HERMAN et Andrea REA (dir.), *Politiques antidiscriminatoires*, coll. Ouvertures politiques, Bruxelles, De Boeck Université, 2015, p. 157.

⁴³⁵ *Id.*, p. 158.

⁴³⁶ Alexis DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Pagnerre, 1848, tome 2, p. 168.

A. Des mesures d'affirmative action de plus en plus contestées

234. Les deux principales critiques formulées à l'égard de l'*affirmative action* sont intéressantes car elles constituent des avertissements importants permettant d'anticiper sur les difficultés que de telles politiques peuvent poser. Il apparaît que l'acceptation de ces politiques par l'ensemble de la société est primordiale pour leur bon fonctionnement. Ce degré d'acceptabilité des mesures dépend d'un simple bilan coût-avantage. Quel est le coût de l'inaction et quel sera le coût pour les membres de la « majorité » qui vont perdre des chances d'accéder à des biens rares ? Les tensions portent sur deux aspects : le choix des bénéficiaires (1) et l'efficacité des mesures (2).

1. *Le choix délicat des bénéficiaires*

235. Aux États-Unis, les groupes bénéficiaires de l'*affirmative action* sont classiquement « les Noirs, les "Hispaniques", les descendants des populations autochtones (*Native Americans*), les femmes, et parfois les Asiatiques. Les trois domaines d'application du dispositif sont l'emploi, l'attribution de marchés publics et l'admission dans les universités »⁴³⁷. Ainsi l'*affirmative action* qui a été pensée comme une mesure transitoire dont l'objectif était d'« accélérer l'égalisation des conditions entre Noirs et Blancs »⁴³⁸, a rapidement été transposée à l'ensemble des groupes minoritaires précités.

236. Le statut de victime (de discriminations passées ou présentes) est ce qui, dans l'*affirmative action*, donne des droits. C'est ce que la Professeure Gwénaële Calvès appelle « le dilemme du choix de la victime »⁴³⁹. Pour qu'une mesure d'*affirmative action* soit acceptée, il faut s'appuyer sur le sentiment de culpabilité du groupe majoritaire d'avoir placé ou maintenu un groupe dans une situation d'infériorité ou d'en avoir profité. Mais ce sentiment est rarement éternel et s'estompe à partir du moment où une égalité formelle est reconnue. C'est ce que l'on a pu constater avec la discrimination raciale à l'égard des Noirs.

⁴³⁷ Daniel SABBAGH, « La tentation de l'opacité : le juge américain et l'*affirmative action* dans l'enseignement supérieur », *Pouvoirs*, n° 111, 2004/4, pp. 5-18.

⁴³⁸ Daniel SABBAGH, « Une convergence problématique. Les stratégies de légitimation de la "discrimination positive" dans l'enseignement supérieur aux États-Unis et en France », *Politix*, 1/2006, n° 73, p. 211-229, §3. V. aussi Sébastien BENETULLIÈRE, « Justice sociale et espace public : l'exemple de l'*affirmative action* », 2007, n° 69-1 *Rev. Fr. Droit Const.*, pp. 57-77.

⁴³⁹ Gwénaële CALVÈS, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la cour suprême des États-Unis: le problème de la discrimination « positive »*, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 86, Paris, L.G.D.J., 1998.

La condition d'esclave a pendant longtemps privé ces derniers de toute forme de droits ou de possessions et cette privation a placé l'ensemble de ce groupe dans une situation de « retard » par rapport à la population blanche dans l'acquisition d'un capital (foncier, pécuniaire, social, etc.) pouvant être transmis aux nouvelles générations. Mais depuis 1868, les Noirs sont des citoyens américains comme les autres du point de vue du droit et plus rien, *a priori*, depuis les années soixante n'entrave leur capacité à progresser dans l'échelle sociale d'une génération à l'autre. À compter de cette reconnaissance de l'égalité formelle, la culpabilité du groupe majoritaire s'est donc progressivement estompée jusqu'au moment où les mesures positives consenties en faveur du groupe minoritaire n'ont plus été tolérées par ceux contre qui elles agissent.

237. Ensuite, l'évolution démographique a conduit à considérer que les mesures utilisées pour résorber le retard de certains groupes, en raison des discriminations dont ils ont fait l'objet, étaient devenues des discriminations à l'égard d'individus placés dans une situation identique, mais appartenant à un groupe ne pouvant pas bénéficier de la mesure positive⁴⁴⁰. Le nombre de groupes bénéficiaires a donc augmenté. À noter également qu'au sein même du groupe « majoritaire » des Blancs, il existe des disparités non prises en compte par l'*affirmative action* : par exemple, on peut difficilement considérer qu'aux États-Unis un Blanc irlandais ou italien ou d'origines irlandaises ou italiennes ait toujours appartenu au groupe « majoritaire »⁴⁴¹. Les universités ont donc été le « théâtre du litige qui donnerait lieu à la première décision majeure de la Cour suprême sur la discrimination positive »⁴⁴² : *Regents of the University of California v. Bakke*⁴⁴³. La multiplication du nombre de bénéficiaires de ces mesures positives a logiquement conduit à une « augmentation du nombre des individus blancs de sexe masculin qui risquaient de se voir priver de l'accès à des positions désirées. Il n'est donc guère étonnant que la politique en question ait fait l'objet d'une contestation particulièrement vive, notamment dans le secteur qui canalise les

⁴⁴⁰ Une discrimination reconnue également en France et plus largement en Europe par exemple lorsque des majorations de durée d'assurance n'étaient octroyées qu'aux femmes ayant eu un enfant et non aux pères. Cet « avantage » visait à compenser le retard global des femmes dans l'accès à une pension de retraite à taux plein, mais a été qualifié de discrimination à l'égard des hommes qui avaient élevé leurs enfants (V. CJCE, 29 novembre 2001, *J. Griesmar c./ Ministre de l'Economie, des finances et de l'Industrie, ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'Etat et de la Décentralisation*, aff. C-366/99, Rec. I-4471).

⁴⁴¹ On vise ici la théorie de la « victime innocente », abordée par Gwénéaële CALVÈS dans *L'affirmative action dans la jurisprudence de la cour suprême des États-Unis: le problème de la discrimination « positive »*, Paris, L.G.D.J., 1998, 380 p., (« Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », t. 86), pp. 92-93 et par le Juge Antonin SCALIA, « The Disease as Cure: "In Order to Get beyond Racism, We Must First Take Account of Race" », 1979, *Washington University Law Quarterly*, p.147.

⁴⁴² Daniel SABBAGH, préc. note 438 .

⁴⁴³ *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

aspirations à la mobilité sociale et demeurerait largement perçu, à tort ou à raison, comme incarnant par excellence l'idéal méritocratique : les universités »⁴⁴⁴.

2. Une efficacité discutée

238. Les tensions suscitées par l'*affirmative action* portent également sur les résultats obtenus par ces mécanismes de compensation lorsqu'ils proviennent de l'utilisation de la forme la plus poussée de mesure positive qu'est le quota. Ce procédé possède certains effets pervers qui peuvent entrer en contradiction avec l'objectif d'égalité initialement poursuivi⁴⁴⁵.

239. L'une des premières critiques formulées à l'encontre des politiques d'*affirmative action* dans l'accès à l'enseignement supérieur est décrite par la thèse – contestée⁴⁴⁶ – du *mismatch* ou du « désajustement ». Il est observé que beaucoup d'étudiants bénéficiant de l'*affirmative action* et ayant accepté d'intégrer les universités les plus prestigieuses, se trouvent condamnés à l'échec en raison de leur mauvaise préparation au sein d'établissements secondaires de moindre qualité⁴⁴⁷. Si l'*affirmative action* permet d'introduire dans ces filières sélectives des individus appartenant à des groupes défavorisés, elle ne peut en revanche garantir leur réussite au sein de ces cursus, sauf à établir des quotas dans l'attribution des diplômes ce qui serait un procédé aussi injuste que contreproductif. Lorsque les quotas sont utilisés dans l'accès à l'enseignement supérieur, ils ont pour effet de surclasser des étudiants qui auraient réussi dans des universités moins élitistes. Celui qui aurait parfaitement réussi de lui-même dans une université et qui grâce aux quotas peut entrer dans une université prestigieuse, mais beaucoup plus exigeante, va avoir plus de difficultés à y réussir. La place qu'il abandonne va donc être attribuée à un étudiant qui n'aurait pas réussi à intégrer l'établissement sans le mécanisme du quota et se trouvera donc « surclassé » avec le même risque d'échec que le premier. C'est donc tout le groupe qui va être placé non seulement en position d'« illégitimité » au regard de la place que chacun de ses membres occupe – en raison des critiques de plus en plus vives formulées à l'encontre des quotas –, mais surtout en position d'échec si aucune aide de la part de l'institution n'accompagne ces « surclassements ». Plus problématique, une étude menée conjointement par Ian Ayres

⁴⁴⁴ Daniel SABBAGH, *ibid.*

⁴⁴⁵ V. *infra* B. L'interdiction de l'utilisation des quotas en 1978.

⁴⁴⁶ Daniel SABBAGH, « Les effets de la discrimination positive dans l'accès aux établissements d'enseignement supérieur d'élitistes aux États-Unis : un essai de synthèse », in J. RINGELHEIM, G. HERMAN et A. REA (dir.), préc., note 434, p. 167.

⁴⁴⁷ *Id.*, p. 165.

(économiste) et Richard Brooks (juriste) est venue comparer, « au sein d'un ensemble de candidats noirs ayant obtenu les mêmes notes et les mêmes scores au *SAT*⁴⁴⁸, tous admis dans plusieurs *law schools* inégalement sélectives et d'un niveau équivalent d'un candidat à l'autre, les performances de ceux ayant fait le choix d'accepter l'offre d'admission émanant de l'établissement le plus sélectif et celles de ceux qui, pour des raisons diverses (financières et/ou familiales notamment), ont finalement opté pour un établissement moins sélectif – et peut-être mieux adapté à leur niveau initial. Le résultat est conforme à la prédiction issue de la thèse du désajustement : le taux d'échec des seconds à l'examen du barreau lors de leur première tentative est de 40% inférieur à celui des premiers et l'examen des notes en première année de *law school* révèle un écart du même type »⁴⁴⁹. Cela s'explique notamment par l'intégration par les bénéficiaires des préjugés d'illégitimité et d'incompétence qui pèsent sur eux. Chaque mauvaise réponse donnée par un membre du groupe étant vécue comme une validation du bien-fondé du préjugé affectant le groupe. Chaque prise de parole étant une prise de parole en tant que « représentant » du groupe et non en tant qu'individu⁴⁵⁰.

240. L'autre effet pervers attaché à cette théorie du désajustement est celui des préjugés négatifs affectant les membres du groupe bénéficiant de mesures d'*affirmative action*. Qu'ils aient ou non effectivement bénéficié d'une mesure positive à titre personnel, il pèse sur l'ensemble des membres du groupe bénéficiaire un soupçon d'incompétence et d'illégitimité. Le combat du juge Clarence Thomas, second juge noir à la Cour Suprême⁴⁵¹, contre l'*affirmative action* est à ce sujet édifiant. Alors qu'il a lui-même intégré un lycée à la suite de la mise en place de discriminations positives dans l'établissement, il a une interprétation très rigoriste de la Constitution américaine et estime qu'il y a à ses yeux « une équivalence, tant morale que constitutionnelle, entre les lois conçues pour soumettre une race et celles

⁴⁴⁸ Le *Scholastic Assessment Test* est l'« équivalent » du baccalauréat en France en ce qu'il vient sanctionner la fin du secondaire. Il s'agit d'un examen national (et trois sous-examens anticipés) dont les résultats constituent la base de la sélection lors des admissions à l'Université. Les scores du *SAT* sont calculés sur un barème de 1600 points.

⁴⁴⁹ Daniel SABBAGH, « Les effets de la discrimination positives dans l'accès aux établissements d'enseignement supérieur d'élite aux États-Unis : un essai de synthèse » dans J. RINGELHEIM, G. HERMAN et A. REA (dir.), préc., note 434, p. 169.

⁴⁵⁰ V. *infra*, §258, la solution trouvée à ce problème par l'obtention d'une « masse critique ».

⁴⁵¹ La nomination de ce juge ultraconservateur par le Président Georges H. W. Bush pour succéder à Thurgood Marshall (premier juge noir à la Cour Suprême) « fait écho à la pratique plus ancienne qui consistait à réserver un des neuf sièges de la Cour suprême à un juge d'origine juive et « a été ressentie par la communauté noire comme une provocation et comme une forme perversité d'*affirmative action* ». V. Frédéric TEULON, Claude ALAVOINE, Guillaume BIGOT, Dominique BONET et Bernard TERRANY, « Renverser les discriminations : la politique américaine de discrimination positive », *Working Papers*, 2014-350, Department of Research, Ipag Business School, 2014.

octroyant des avantages en fonction d'un critère racial dans l'objectif de favoriser la réalisation d'une forme d'égalité »⁴⁵².

241. Ensuite, il est dénoncé « qu'en règle générale, l'*affirmative action* aide les plus favorisés⁴⁵³ au sein des groupes les plus défavorisés et n'a jamais réellement remis en cause la structure de classes du pays »⁴⁵⁴. Pire, pour certains, loin de combattre la structure de classes, l'*affirmative action* la conforterait en y ajoutant un phénomène de ghettoïsation. Gwénaële Calvès prend l'exemple des Noirs américains qui jusque dans les années 1960 formaient « un groupe social dont le degré de cohésion interne – favorisée, il est vrai, par la ségrégation raciale – était remarquablement élevé. L'*affirmative action*, en précipitant l'avènement d'une bourgeoisie noire intégrée à la société globale, a poussé ces nouveaux notables à quitter les quartiers noirs traditionnels et à priver le groupe de ses élites "naturelles", contribuant ainsi à la formation de ces vastes regroupements de pauvres que sont les ghettos noirs urbains »⁴⁵⁵. Ce résultat semble en tout point opposé à l'objectif initialement poursuivi par l'*affirmative action* qui est décrite comme « une politique de rattrapage qui repose sur une stratégie dite "de la locomotive" consistant à faire surgir au sein du groupe qu'on cherche à intégrer dans la société globale, des élites sociales, économiques, politiques, etc., dont on parie qu'elles joueront ensuite un rôle moteur ». Or, si les élites issues des groupes défavorisés se détournent de ces derniers, cela contrecarre sensiblement les pronostics de la théorie de la « locomotive ». La présidence de Barack Obama est une illustration de ce phénomène⁴⁵⁶. En effet, au cours de ses deux mandats le Président Obama n'a pas fait de la question raciale une priorité – comme certains électeurs avaient pu l'espérer. L'actualité tragique concernant les meurtres de jeunes Noirs par des officiers de police américains offrait un contraste saisissant : d'un côté un homme noir à la présidence de la première puissance mondiale et de

⁴⁵² V. Son opinion dans la décision [Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 515 U.S. 200 \(1995\)](#) : « *there is a "moral [and] constitutional equivalence" between laws designed to subjugate a race and those that distribute benefits on the basis of race in order to foster some current notion of equality. Government cannot make us equal ; it can only recognize, respect, and protect us as equal before the law. That [affirmative action] programs may have been motivated, in part, by good intentions cannot provide refuge from the principle that under our Constitution, the government may not make distinctions on the basis of race* ».

⁴⁵³ Cette critique vise « le caractère élitiste des politiques [...] d'affirmative action [qui] ne cherche pas à lutter contre la pauvreté » également décrit par

⁴⁵⁴ Marie-Christine PAUWELS « L'évolution de l'affirmative action aux États-Unis sous la présidence de George W. Bush », *Revue LISA/LISA e-journal*, Vol. VIII - n°1, 2010, document 6, mis en ligne le 04 mars 2010.

⁴⁵⁵ Gwénaële CALVÈS, *La discrimination positive*, 4ème, coll. Que sais-je ?, n°3712, PUF, 2016.

⁴⁵⁶ Bien qu'à nuancer car Barack Obama en raison de la composition de la Chambre des Représentants et du Sénat, toutes deux majoritairement républicaines, l'empêchaient de poursuivre une politique volontariste sur la question raciale. Et s'il avait eu une politique dirigée en faveur des minorités, il aurait été immédiatement taxé de communautariste en raison de sa propre couleur de peau, alors qu'à l'inverse un président blanc serait passé pour un progressiste.

l'autre des meurtres racistes perpétrés par des membres des forces de l'ordre de ce même État. Le problème n'est plus alors seulement racial – car il faudra encore que ces élites trouvent leur place –, mais devient un problème de classes que l'*affirmative action*, de par le choix des techniques adoptées, se refuse de résoudre. Dès 1978, William Julius Wilson expliquait que « la classe sociale était devenue plus importante que la race dans la détermination des chances de chacun dans la vie »⁴⁵⁷. Nous verrons que ce constat a, dès la même année, enclenché un bouleversement dans la manière de traiter la race dans les politiques d'*affirmative action*.

242. L'ensemble de ces critiques formulées à l'égard de l'*affirmative action* ne font cependant pas l'objet d'un consensus. Marie Mercat-Bruns relève que les soutiens de l'*affirmative action*, se fondant sur des analyses économiques et psychologiques, constatent au contraire que « la stimulation des étudiants bénéficiaires face aux autres camarades de classe et une bonne intégration des étudiants bénéficiaires *a posteriori* semblent ressortir de certains sondages »⁴⁵⁸. Ces études invitent donc à nuancer les effets négatifs du « surclassement » dénoncés par la théorie du désajustement.

243. La pérennité de l'*affirmative action* étant intimement liée à la détermination du groupe de ses bénéficiaires et à l'efficacité, sur le long terme, de ses mesures, il n'est pas étonnant que ces dernières aient suscité un feu nourri devant les tribunaux et que l'une de ces contestations ait fini par aboutir.

B. L'interdiction de l'utilisation des quotas en 1978

244. Les contestations de plus en plus fréquentes de l'*affirmative action* se sont concrètement traduites sur le plan juridique par la multiplication des procès pour discrimination principalement intentés par des Blancs évincés d'une admission en faculté ou d'un recrutement au profit d'une personne bénéficiaire d'une mesure positive. Dès 1974, une affaire opposant un Blanc à une Université d'État concernant un objectif de « proportions raisonnables » en faveur des Noirs et de trois autres minorités est arrivée jusqu'à la Cour suprême⁴⁵⁹. Mais, le cas étant devenu caduc, ce n'est que quatre ans plus tard que les juges de la Cour suprême se prononceront enfin sur la validité de l'*affirmative action* dans le cadre des

⁴⁵⁷ William Julius WILSON. « Classe, race, pauvreté aux Etats-Unis », *Revue Quart Monde*, 1997, n°161 – « Travaillés par le travail ».

⁴⁵⁸ M. MERCAT-BRUNS, préc., note 424 à la page 70.

⁴⁵⁹ *De Funis v. Odegaard*, 416 U.S. 312 (1974).

procédures d'admission dans l'enseignement supérieur dans une décision *University of California Regent v. Bakke*⁴⁶⁰.

245. L'Université de médecine de Davis en Californie a ouvert ses portes en 1968. À cette date, aucun programme d'admission spécifique pour les « minorités désavantagées » n'existait. Sur une cinquantaine d'étudiants, on comptait alors trois Asiatiques, mais aucun Noir, aucun « Hispanique » et aucun autochtone⁴⁶¹. En 1971, l'Université comptait le double d'étudiants (soit une centaine) et un programme d'admission spécifique a été mis en place pour augmenter la représentation des étudiants « désavantagés » dans l'ensemble des classes de la faculté de médecine. Cette mesure consistait en un système d'admission parallèle coordonné avec la voie d'admission classique⁴⁶². En 1973, la procédure d'admission spéciale était ouverte aux candidats indiquant appartenir à une catégorie « économiquement ou pédagogiquement désavantagée » ; en 1974, le formulaire de candidature demandait aux candidats s'ils souhaitaient être considérés comme membre d'un de ces groupes minoritaires : « *Blacks* », « *Chicanos* », « *Asians* », ou « *American Indians* »⁴⁶³. Alan Bakke, candidat recalé lors des admissions par la voie principale, s'estimait lésé dans la mesure où ses résultats lors de la procédure d'admission étaient supérieurs à certains des candidats admis par le biais de la voie spéciale. Alan Bakke estimait notamment que son profil atypique de « vétéran du Vietnam et ingénieur de la Nasa, âgé de 33 ans »⁴⁶⁴ aurait dû lui permettre d'être étudié dans le cadre de la procédure spéciale qui lui était fermée en raison de sa couleur de peau et de ses origines.

246. Les griefs invoqués dans cette affaire contre les mesures d'*affirmative action* étaient d'être contraires à la fois à « la Constitution de l'État de Californie, au Titre VI du *Civil Rights Act* de 1964 et à la clause d'égle protection issue du Quatorzième Amendement »⁴⁶⁵ de la Constitution des États-Unis.

247. La décision rendue par la Cour suprême dans cette affaire sort de l'ordinaire. En effet, « quatre des juges ont considéré qu'à la fois la Constitution et le Titre VI permettent le

⁴⁶⁰ *University of California Regent v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978)

⁴⁶¹ *University of California Regent v. Bakke*, (1978) 438 U.S., op. Juge Powell p. 272

⁴⁶² *Ibid.* pp. 272-273

⁴⁶³ *Ibid.* p. 274

⁴⁶⁴ V. Johann MORRI, « Cour suprême des États-Unis : Fin de partie pour la discrimination positive à l'Université ? » dans *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 27 octobre 2012.

⁴⁶⁵ *University of California Regent v. Bakke*, (1978) 438 U.S., op. Juge Powell p. 270.

recours à des mesures préférentielles fondées sur la race, quatre autres ont considéré au contraire que peu importe ce que la Constitution permet, le Titre VI prohibe de telles mesures ». Devant cette égalité des voix, la décision finale s'est donc retrouvée entre les mains du juge restant, Lewis F. Powell, qui a considéré quant à lui que « si apparemment le Titre VI n'est pas différent de la Constitution, toutes les distinctions raciales opérées par le gouvernement sont "odieuses pour un peuple libre" et leur validité "intrinsèquement suspecte" ; elles doivent passer "le plus strict des contrôles judiciaires" et ne peuvent être justifiées que par un intérêt étatique "irrésistible" »⁴⁶⁶.

248. En définitive, l'arrêt *Bakke* a rejeté le principe des quotas considérant ces derniers comme une violation du Quatorzième Amendement de la Constitution des États-Unis, tout en admettant dans le même temps la possibilité pour les universités d'utiliser dans leur procédure d'admission le critère de la race à condition que celui-ci soit traité comme un critère parmi d'autres. Sur le premier point, « la Cour a jugé que l'*affirmative action* qui compense l'inégalité est soumise à un contrôle plus rigoureux, "*strict scrutiny*", et doit être considérée comme suspecte, car la décision publique de sélection est fondée sur la race. Il en résulte que les quotas raciaux dans les procédures d'admission violent la Constitution ». Les juges « progressistes » se sont appuyés sur un argument « originaliste » selon lequel « les auteurs du XIV^e Amendement n'avaient évidemment pas l'intention d'interdire les mesures visant à contrebalancer les effets du traitement infligé aux Noirs dans le pays »⁴⁶⁷ et dont « l'objectif [...] n'était pas simplement de garantir aux Affranchis le libre exercice de leurs droits civils : c'est une égalité véritable (*genuine*) entre Noirs et Blancs qui était recherchée par les auteurs de l'époque »⁴⁶⁸. Ainsi, pour ces juges « le débat sur la conformité de cette politique au texte constitutionnel a été tranché par le Constituant lui-même. Nul besoin ici de chercher à transposer ou adapter cette intention aux circonstances présentes : l'intention du Constituant lie encore le juge, dès lors que le problème posé en 1868 n'est toujours pas résolu »⁴⁶⁹.

249. On retrouve cette préoccupation dans l'opinion du juge Powell⁴⁷⁰, mais celui-ci rejoint sur ce point l'opinion des juges conservateurs qui procèdent à une interprétation littérale du texte. Le juge Powell, dont l'opinion est décisive dans cette affaire, estime que « *la*

⁴⁶⁶ Antonin SCALIA, « The disease as a cure », *Washington University law quarterly*, 1979, n°1.

⁴⁶⁷ *University of California Regent v. Bakke*, (1978) 438 U.S., op. Juge Marshall pp. 396-397 traduit dans G. CALVÈS, préc., note 439, p. 178.

⁴⁶⁸ *Id.*, p. 179.

⁴⁶⁹ *Id.*

⁴⁷⁰ *University of California Regent v. Bakke*, (1978) 438 U.S., op. Juge Powell p.291

garantie d'égalité de protection ne peut pas signifier une chose lorsqu'elle est appliquée à un individu, et autre chose lorsqu'elle est appliquée à une personne dont la couleur est différente. Si l'un et l'autre ne se voient pas accorder la même protection, alors la protection n'est pas égale »⁴⁷¹. Plus précisément, le juge Powell considère qu'il n'existe pas de « majorité monolithique »⁴⁷² au sein de la population américaine et que « le groupe des Blancs n'est qu'un conglomérat hétérogène et aisément déconstructible – une mosaïque de minorités caractérisée par une multiplicité de clivages "ethniques" non hiérarchisables et une grande volatilité des coalitions »⁴⁷³. Dans la mesure où le juge ne saurait devenir l'arbitre d'une grande étude de « victimologie »⁴⁷⁴ afin de déterminer quel groupe est redevable de tel autre, il ne pouvait aboutir qu'à constater l'inconstitutionnalité de la procédure d'admission qui faisait profiter certaines minorités d'une voie spéciale sans tenir compte de la situation des minorités ne pouvant bénéficier du dispositif. Le juge Powell questionne donc la pertinence de recourir au statut de victime pour ouvrir droit au bénéfice de mesures préférentielles. Cette précision anticipe l'argument contraire du juge Stevens qui sera quelques années plus tard énoncé dans l'arrêt *Wygant v. Jackson Board of Education*⁴⁷⁵ qui affirme que « "la décision d'exclure un membre d'une minorité raciale en raison de sa couleur de peau" ne saurait être assimilée à "la décision de prendre en compte [cette dernière] afin d'inclure un plus grand nombre de membres du groupe [en question] dans le corps enseignant d'un établissement scolaire" ». Cet argument s'appuie sur la doctrine « *Carolene products* »⁴⁷⁶, apparue au détour d'une note de bas de page en 1938, selon laquelle « une loi qui a pour effet de [...] désavantager [une minorité discrète et isolée] ne peut [...] pas bénéficier de la présomption de constitutionnalité qui s'attache normalement à l'œuvre des représentants élus. Le contrôle

⁴⁷¹ *University of California Regent v. Bakke*, (1978) 438 U.S., op. Juge Powell p.289-290 traduit dans G. CALVÈS, préc., note 439, p. 182.

⁴⁷² *University of California Regent v. Bakke*, (1978) 438 U.S., op. Juge Powell p. 292

⁴⁷³ *University of California Regent v. Bakke*, (1978) 438 U.S., op. Juge Powell p. 295 : « Les concepts de "majorité" et "minorité" sont nécessairement le reflet d'arrangements temporaires [...]. La "majorité" blanche elle-même est composée d'une variété de groupes minoritaires, dont beaucoup peuvent prétendre avoir fait l'objet dans le passé de discriminations de la part des pouvoirs publics et de personnes privées ».

⁴⁷⁴ Daniel SABBAGH, *L'égalité par le droit: les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, Paris, Economica, 2003, 452 p., (« Etudes politiques »), p. 231. : « si le juge se refuse à concevoir l'affirmative action comme un instrument destiné à corriger la discrimination généralement subie par certaines catégories de citoyens, c'est en raison de l'incapacité déclarée des autorités judiciaires à procéder avec la neutralité requise à l'exercice de victimologie comparée préalable à la sélection des bénéficiaires parmi l'ensemble des groupes pouvant faire figure de candidats potentiels ». Cet argument sera repris par la suite dans d'autres arrêts : V. *City of Richmond v. Croson*, 488 U.S. 469 (1989), p. 506 ; *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC* 497 U.S. 547 (1990) pp. 614-616 ; *Adarand Constructors v. Federico Pena, Secretary of Transportation*, n°93-1841 U.S. (1995).

⁴⁷⁵ *Wygant v. Jackson Board of Education*, 106 S.Ct. 1842 (1986) p. 1869 traduit dans *Id.*, p. 234.

⁴⁷⁶ Issue de la note de bas de page la plus célèbre du droit constitutionnel américain dont l'on trouve une traduction dans Elisabeth ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, p. 263.

maximum s'impose, dès lors que la loi, dans un tel cas de figure, n'est pas conforme à ce qu'elle doit être : le calcul coût-avantages qui préside à son élaboration est totalement faussé par l'intervention d'un phénomène parasite – le préjugé, qui fonctionne comme un verre déformant. Le contrôle strict apparaît ici comme le garant de l'intégrité du processus délibératif » et une garantie « d'ordre procédural »⁴⁷⁷.

250. Le juge Powell écarte ensuite un autre argument en faveur de l'*affirmative action* selon lequel il faudrait plus de médecins noirs pour mieux assurer l'accès aux soins de la population noire. Il écarte une telle justification, d'une part parce que cela va à l'encontre de l'objectif de faire tomber les cloisons entre les différentes communautés et qu'ensuite il n'est pas utile d'admettre des Noirs en école de médecine pour améliorer l'accès aux soins des Noirs, l'admission de toute personne, quelle que soit sa race, qui manifesterait son désir d'exercer sa profession auprès de la communauté noire suffit à poursuivre cet objectif⁴⁷⁸.

251. Une évolution des justifications de l'*affirmative action* s'imposait pour continuer d'exister. Alors qu'« avant 1977, la logique qui justifiait l'*affirmative action* était de compenser une discrimination [...], après *Bakke*, en 1978, on assiste à un renversement de tendance en droit américain et dans la société. La diversité constitue la justification première dorénavant de l'*affirmative action* »⁴⁷⁹.

§2 : Le changement de paradigme

252. L'arrêt *University of California Regent v. Bakke* est à l'origine d'un véritable changement de paradigme en matière de mesures positives. Plus particulièrement, l'opinion du Juge Powell, décisive dans cette affaire, a eu pour conséquence de mettre un terme aux politiques d'*affirmative action* strictes pratiquées dans le cadre des admissions à l'université – c'est-à-dire lorsqu'elles utilisaient des mesures préférentielles strictes, comme les quotas, en faveur de certaines minorités. Cette décision n'a pas, pour autant, complètement fermé la porte aux mesures positives. En effet, conscient des inégalités persistantes au sein de la société américaine, Powell a jugé que l'*affirmative action* ne pouvait être purement et

⁴⁷⁷ G. CALVÈS, préc., note 439, p. 297.

⁴⁷⁸ *University of California Regent v. Bakke*, (1978) 438 U.S., op. Juge Powell p.309-310, V. Gwénaële CALVÈS, D. SABBAGH, préc., note 474, p. 231.

⁴⁷⁹ Marie MERCAT-BRUNS, *Discriminations en droit du travail : dialogue avec la doctrine américaine*, Paris, Dalloz, 2013, p. 50.

simplement supprimée, mais devait être rigoureusement justifiée et, en l'espèce, il a estimé que l'argument de la recherche d'une plus grande diversité au sein du corps étudiantin était une justification suffisante. La décision *Bakke* a donc validé une nouvelle justification des mesures d'*affirmative action* : la diversité (A) qui écarte donc celle de plus en plus contestée de la « réparation », de la « compensation » d'une discrimination passée ou présente⁴⁸⁰. Après avoir étudié les raisons de ce changement de paradigme, il sera intéressant de voir si cet argument a prospéré (B).

A. L'argument recevable de la diversité pour faire perdurer l'*affirmative action*

253. Le changement de paradigme consiste à faire de la recherche de la diversité – ici dans le corps étudiantin – une justification acceptable à l'utilisation de l'*affirmative action* (1), rompant ainsi avec l'argument classique de la « réparation » des discriminations passées et présentes. Les juges de la Cour suprême étant très partagés dans cette décision, les uns étant contre l'*affirmative action*, les autres étant pour, seule l'opinion du juge Powell propose cette alternative, ce compromis consistant à faire de la diversité une justification au recours à l'*affirmative action*. Son arbitrage et ses motivations sont donc très intéressantes à étudier (2).

1. *La diversité : une justification acceptable de l'affirmative action*

254. Dans la décision *Bakke*, si le Juge Powell adhère à l'objectif de diversité invoqué par l'Université de Davis, il entend néanmoins redéfinir les modalités de sa réalisation. Pour lui, « l'argument [...] selon lequel [...] le seul moyen efficace de servir l'intérêt de la diversité [serait de réserver un certain nombre de sièges dans chaque classe pour les personnes appartenant à certains groupes ethniques] est gravement vicié. [...] Pour être qualifiée d'intérêt impérieux de l'État, la diversité doit englober un éventail beaucoup plus large de qualités et de caractéristiques, dont l'origine raciale ou ethnique, bien qu'importante, ne représente qu'un, et un seul, élément. [Un] programme d'admission [...], axé uniquement sur la diversité ethnique, entraverait, plus qu'elle ne permettrait d'atteindre, une véritable diversité »⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ *Id.*

⁴⁸¹ *University of California Regent v. Bakke*, (1978) 438 U.S., op. Juge Powell p.315

255. À l'appui de sa vision de la diversité, il fait longuement référence aux pratiques de l'Université de Harvard qui ont considérablement étendu le concept de diversité. Dans ce programme d'admission, « *la race ou l'ethnie peuvent être considérées comme un "plus" dans un dossier, mais elles ne protègent pas l'individu de la comparaison avec tous les autres candidats pour l'octroi d'une place. Le dossier d'un candidat noir en particulier sera examiné au regard de sa potentielle contribution à la diversité sans que le facteur de la race ne soit décisif lors de la comparaison, par exemple, avec celle d'un candidat identifié comme un Italo-Américain si ce dernier est perçu comme présentant des qualités plus susceptibles de promouvoir un pluralisme bénéfique à l'établissement* »⁴⁸². Il précise qu'un « *programme d'admission opérationnel doit être suffisamment flexible pour considérer tout élément pertinent de la diversité à la lumière des qualifications particulières de chaque candidat, et de les considérer sur un pied d'égalité, sans pour autant leur donner systématiquement une valeur équivalente. En effet, la valeur attribuée à une qualité en particulier pourra varier d'une année sur l'autre en fonction de la mixité existante à la fois au sein du corps étudiant et parmi les candidats à l'admission* »⁴⁸³.

256. En l'espèce, le programme de l'Université de Davis ne ressemblait en rien à celui de Harvard, car il ne se focalisait que sur la diversité raciale et ethnique des bénéficiaires appartenant à certaines minorités identifiées. Le fait que les candidats, non visés par la mesure, ne puissent concourir avec eux dans le cadre de la procédure spéciale, alors que l'inverse était possible, était contraire au Titre VI du *Civil Rights Act*. Le programme de l'Université de Davis a donc été jugé discriminatoire.

2. Les motivations de l'opinion du juge Powell

257. Le juge Powell considère que « *l'interaction entre des étudiants ayant des profils et des points de vue différents est [...] un ingrédient contribuant à l'enrichissement du processus d'apprentissage et à la formation d'une "atmosphère stimulante, d'expérimentation et de*

⁴⁸² *University of California Regent v. Bakke*, (1978) 438 U.S., op. Juge Powell p. 316. « *De telles qualités peuvent inclure des talents personnels exceptionnels, une expérience professionnelle originale, un potentiel de meneur, une certaine maturité, de l'empathie, un passé fait de dépassement des désavantages, une habilité à communiquer avec les pauvres, ou d'autres qualités dignes d'intérêt* ».

⁴⁸³ *University of California Regent v. Bakke*, (1978) 438 U.S., op. Juge Powell p. 316.

création⁴⁸⁴ favorable à la production et à la diffusion du savoir, qui demeurerait la vocation première de l'institution universitaire »⁴⁸⁵.

258. Sachant cette position très contestable dans la mesure où elle consiste à postuler que la différence ethnoraciale impliquerait nécessairement un point de vue différent, le juge Powell a anticipé cette objection en visant plus précisément « *la diversité interne au groupe* ». L'idée sous-jacente est qu'en acceptant plus de Noirs au sein d'une université, tout le monde – étudiants comme enseignants – sera en mesure de constater l'existence de la diversité interne au groupe des personnes noires et « la mise en évidence de cette diversité interne – ultérieurement présentée comme un vecteur d'éradication des stéréotypes raciaux⁴⁸⁶ [à l'occasion de l'arrêt *Grutter v. Bollinger*⁴⁸⁷] – apparaît ainsi comme un but suffisamment impérieux pour justifier la recherche de l'obtention d'une "masse critique" d'étudiants noirs, mais comme un fait insuffisamment solide pour remettre en question la pertinence même des catégories raciales au regard de la promotion de la diversité des points de vue »⁴⁸⁸. Cette idée de « masse critique » est importante pour comprendre l'intérêt qu'a eu la diversité dans le changement d'approche des mesures positives. Il ne s'agit plus nécessairement de rechercher une exacte représentation de tous les groupes en respectant des quotas stricts, mais de permettre aux individualités de s'exprimer. Une « masse critique » est atteinte à partir du moment où il y a suffisamment d'individus d'un groupe dans un effectif pour que la personne commence à parler en tant qu'individu et non en tant que représentant d'un groupe⁴⁸⁹.

259. Cependant, pour Daniel Sabbagh, « la conversion de ce postulat en un argument plausible sera le fait d'élaborations doctrinales postérieures à l'arrêt *Bakke*. D'après l'une des plus convaincantes, c'est avant tout la réalité persistante de la ségrégation *de facto*

⁴⁸⁴ *University of California Regent v. Bakke*, (1978) 438 U.S., op. Juge Powell p. 312.

⁴⁸⁵ Daniel SABBAGH, « L'itinéraire contemporain de la "diversité" aux États-Unis : de l'instrumentalisation à l'institutionnalisation ? », *Raisons politiques* 2009.35.31-47, 36.

⁴⁸⁶ V. à ce sujet les tests mettant en évidence les préjugés raciaux chez les jeunes enfants : ils consistent en général à demander à un enfant se trouvant face à des poupées blanches, noires, latinos, etc. de montrer laquelle des poupées est « la plus gentille » (généralement la plupart des enfants, qu'ils soient blancs ou noirs montrent la poupée blanche) et celle qui est la « plus méchante » (ils montrent le plus souvent la poupée noire). Ce test démontre que la méconnaissance de l'autre et surtout l'absence de contact avec l'autre conduit à développer des préjugés, y compris chez les jeunes enfants. V. la version « adulte » du test réalisée par l'Université d'Harvard.

⁴⁸⁷ *Grutter v. Bollinger*, 539 US 306 (2003), p. 333.

⁴⁸⁸ D. SABBAGH, préc., note 485, 37.

⁴⁸⁹ V. en ce sens l'explication donnée par Kenji Yoshino lors d'une discussion avec Justice Ruth Bader Ginsburg à la faculté de Droit de l'Université de New York (NYU) le 5 février 2018, « Justice Ruth Bader Ginsburg in conversation with Kenji Yoshino », *Chaîne Youtube de NYU School of Law*, vidéo mise en ligne le 7 février 2018.

(résidentielle et scolaire) en tant que matrice d'expériences distinctes pour les membres des différents groupes qui justifierait d'adopter l'hypothèse suivant laquelle les Noirs et les Hispaniques, à partir de ces expériences singulières, auraient été amenés à se forger un ensemble caractéristique d'opinions, de croyances et de jugements évaluatifs relatifs à l'ordre institutionnel existant, dont la prise en compte à tous les niveaux de la délibération commune – y compris celui des discussions plus ou moins informelles entre individus réunis dans le cadre universitaire – seraient politiquement indispensable. Du fait même de leur position subordonnée, les membres de ces deux minorités seraient particulièrement bien placés pour percevoir avec suffisamment d'acuité l'étendue des structures de domination constitutives d'un ordre racial dont les Blancs, eux, demeureraient impuissants à saisir le caractère à la fois singulier, systémique et auto-entretenu, et cet "avantage épistémique" leur permettrait donc d'exercer une fonction critique proprement irremplaçable – pour le plus grand bien de la communauté politique dans son ensemble⁴⁹⁰. Une autre variante argumentaire voudrait qu'il existe une corrélation non entre l'identité ethnoraciale (ou de genre) et la substance du "point de vue" exprimé [...], mais entre la première et la propension à prêter attention à (et à attirer l'attention sur) certains enjeux, inégalement saillants selon les positions depuis lesquelles ils seraient considérés ; il y a fort à parier que la différence entre hommes et femmes et entre Blancs et Noirs ne sera pas sans effet sur le degré d'investissement – voire sur la puissance de conviction – des membres de ces groupes en tant que participants potentiels à un débat sur la légalité de l'avortement ou du "profilage ethnoracial" régulièrement pratiqué par les forces de police par exemple⁴⁹¹»⁴⁹².

B. Un argument inconstant dans la jurisprudence américaine

260. Au cours des années 80, une nette majorité conservatrice est apparue à la Cour suprême avec l'arrivée d'Antonin Scalia⁴⁹³. À partir de là, la Cour suprême est restée assez vague sur ses intentions de faire ou non perdurer la solution dégagée dans la décision *Bakke*.

261. Les circonstances dans lesquelles la décision *Bakke* a été rendue, ce partage si marqué entre les juges favorables à l'*affirmative action* et ceux contre ces politiques, n'a pas permis

⁴⁹⁰ Anthony Townsend KRONMAN, "Is Diversity a Value in American Higher Education ?", *Florida Law Review*, vol. 52, 2000, p. 879-885.

⁴⁹¹ Sanford LEVISON, *Wrestling with Diversity*, Durham, *Duke University Press*, 2003, p. 40 ; Devon CARBAO et Mitu GULATI, "What Exactly is Racial Diversity ?", *California Law Review*, vol. 91, n° 4, 2003, p. 1159.

⁴⁹² D. SABBAGH, préc., note 485, 36.

⁴⁹³ Nommé juge à la Cour suprême par le président Reagan en 1986.

de faire immédiatement de cette décision la décision de référence sur l'*affirmative action*. Certaines juridictions inférieures ont même considéré que, techniquement, l'opinion du juge Powell n'engageait que lui et – quand bien même elle aurait été déterminante dans l'affaire *Bakke* – elle ne saurait être considérée comme « majoritaire ». C'est ce que l'on peut lire dans la décision *Hopwood v. Texas*, rendue par la Cour d'appel du cinquième circuit⁴⁹⁴ pour invalider la prise en compte de considérations raciales ou d'ethnicité par une faculté de droit afin d'obtenir un corps étudiant « diversifié ». Elle juge cet argument contraire au XIV^e Amendement et que « l'argument du Juge Powell dans l'affaire *Bakke* n'a recueilli que son propre vote et n'a jamais représenté le point de vue d'une majorité de la Cour dans *Bakke* ou toute autre affaire »⁴⁹⁵. La Cour suprême refusera de statuer sur cette affaire, laissant supposer une interdiction totale d'utiliser la race ou l'ethnie lors des admissions à l'Université ou toute autre aide. Parallèlement, des référendums d'initiative populaire ont commencé à démanteler l'*affirmative action* dans le secteur public en Californie, principal foyer d'immigration aux États-Unis⁴⁹⁶.

262. Un exemple marquant fut celui du programme « déségrégationniste » de la ville de Charlotte (Caroline du Nord) mis en place en 1969 sur ordre d'un juge fédéral. Ce programme avait pour objectif qu'aucune école élémentaire de l'Etat ne soit composée de plus de 50% d'enfants noirs. Pour rendre cette déségrégation effective, la ville avait mis en place un service de transport en bus pour emmener les enfants de leur quartier de résidence au quartier de leur école⁴⁹⁷. En 1999⁴⁹⁸, le père d'une petite fille blanche a dénoncé ce programme discriminatoire qui avait conduit à évincer sa fille de la meilleure école de la ville au motif que le quota d'enfants blancs avait été atteint. Bien que sa fille ait tout de même été affectée à l'une des dix meilleures écoles de l'État de Caroline du Nord, il remporta ce procès, le juge

⁴⁹⁴ La cour d'appel des États-Unis pour le cinquième circuit (*United States Court of Appeals for the Fifth Circuit*), située à La Nouvelle-Orléans, est une Cour d'appel fédérale, devant laquelle sont interjetés les appels des neuf Cours de district (*United States District Court*), relevant de trois États fédérés : la Louisiane, le Mississippi et le Texas. Avant la création du Onzième circuit (1981), elle regroupait également les appels provenant des Cours de district de l'Alabama, de la Géorgie, de la Floride et de la zone du Canal de Panama (jusqu'en 1982 pour cette dernière).

⁴⁹⁵ *Hopwood v. Texas*, 78 F.3d 932 (5th Cir. 1996) : « Justice Powell's argument in *Bakke* garnered only his own vote and has never represented the view of a majority of the Court in *Bakke* or any other case ».

⁴⁹⁶ V. la « Proposition 209 » et avant cela la « Proposition 187 » qui interdisent aux immigrés clandestins l'accès aux soins médicaux (sauf en cas d'urgence) et aux établissements scolaires, mentionnées par Frédéric TEULON, Claude ALA VOINE, Guillaume BIGOT, Dominique BONET et Bernard TERRANY, préc., note 451, p.12.

⁴⁹⁷ En 1971, dans une décision *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education* (402 U.S. 1, 25, 30), la Cour Suprême a validé pour la première fois la décision des juges fédéraux d'imposer des mesures d'envergure – y compris par le transport des étudiants d'un quartier à l'autre – pour assurer la déségrégation scolaire.

⁴⁹⁸ U.S. District Court for the Western District of North Carolina, *Capacchione v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 57 F. Supp. 2d 228 (W.D.N.C. 1999) September 9, 1999.

fédéral estimant notamment que le programme n'était plus nécessaire à l'heure actuelle⁴⁹⁹ et constituait donc un désavantage trop important (et donc inconstitutionnel) pour les enfants ainsi écartés. La suppression pure et simple d'un tel programme a eu des conséquences dramatiques pour la lutte contre la ségrégation raciale dans l'État de Caroline du Nord. En effet, alors qu'au cours de l'année 1989-1990, les pourcentages d'enfants « Latino » et Noirs appartenant à des écoles composées à 90% d'une minorité était respectivement de 1% et 3%, ces pourcentages sont passés, en 2010-2011, à 44% et 47%, réduisant de moitié les progrès réalisés entre 1969 et 1990.

263. On compte au cours de cette période de nombreux reculs également sur les questions de lutte contre les discriminations. Le plus significatif étant l'abandon de l'inversion de la charge de la preuve, obtenue dans une décision *Griggs*⁵⁰⁰ de 1971, dans l'arrêt *Ward Cove Packing Co vs Antonio* en 1989⁵⁰¹. La Cour suprême considère en effet que « *l'existence d'une discrimination ne peut être démontrée à partir de la simple constatation du faible nombre de Noirs au sein de la main-d'œuvre. Il incombe au plaignant d'identifier les mesures responsables des disparités statistiques enregistrées* »⁵⁰². Si l'on devait effectuer une comparaison avec la France, on pourrait considérer que par cette décision les juges américains se rapprochent du mode probatoire que l'on connaît en matière de discrimination indirecte⁵⁰³ et abandonnent un régime encore plus facilitateur pour les victimes qui consistaient à faire peser la charge de la preuve de l'absence de discrimination sur l'employeur/l'institution dès lors qu'était démontrée – par les statistiques – l'existence d'une sous-représentation d'une catégorie de personne. La décision *Ward Cove Packing* oblige les demandeurs à identifier quelle action ou procédure aurait conduit à écarter des candidats noirs, charge dès lors pour le défendeur de démontrer que la mesure était nécessaire et proportionnée à l'objectif légitime poursuivi. Cela évite qu'un employeur puisse être tenu de démontrer qu'il n'a pas commis de discrimination lorsqu'aucun Noir n'a candidaté par exemple.

⁴⁹⁹ Un discours qui s'est d'ailleurs multiplié depuis que Barack Obama a été élu Président et a justifié le désengagement dans la lutte contre les discriminations raciales. L'idée est simple (et simpliste) : les États-Unis ayant un Président africain-américain, c'est la preuve que les politiques contre les discriminations ne sont plus nécessaires puisque les minorités peuvent – et ont – accédé aux plus hautes fonctions de l'État.

⁵⁰⁰ *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).

⁵⁰¹ *Wards Cove Packing Co. v. Antonio*, 490 U.S. 642 (1989).

⁵⁰² Traduit par Frédéric TEULON, Claude ALAVOINE, Guillaume BIGOT, Dominique BONET et Bernard TERRANY, préc., note 451, p.11.

⁵⁰³ S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. MÖSCHEL et D. ROMAN, préc., note 148, p. 78.

264. Les ambiguïtés laissées par la décision *Bakke* et *Hopwood* seront finalement levées dans deux décisions *Grutter v. Bollinger*⁵⁰⁴ et *Gratz v. Bollinger*⁵⁰⁵ en 2003 et concernant cette fois l'Université du Michigan. La Cour suprême décide que la « *diversité constitue un intérêt irrésistible* (compelling interest) *dans l'enseignement supérieur, et la race est un facteur parmi de nombreux autres pouvant être pris en considération pour atteindre les avantages éducatifs d'un corps étudiant diversifié* ». Ce n'est qu'une courte majorité qui a permis cette décision. La juge centriste Sandra O'Connor explique que « *cette Cour a reconnu depuis longtemps que l'éducation est à la base d'une bonne citoyenneté. La participation véritable des membres de tous les groupes raciaux et ethniques à la vie civique de notre nation est essentielle si l'on veut réaliser le rêve d'une nation une et indivisible* ».

265. Le remplacement de la Juge Sandra O'Connor en 2005 par Samuel Alito modifie la majorité de la Cour suprême qui redevient dès lors conservatrice. Cependant, « l'administration Bush souscrit totalement à la nécessité d'une représentativité en miroir (recherche de la "diversité"), mais elle s'efforce de promouvoir des mesures "neutres en termes de race". Les programmes d'*affirmative access* déjà en place dans trois États (Texas, Floride et Californie) sont selon elle, la voie à suivre. Ces programmes consistent à donner d'office des places à l'Université dans une certaine proportion aux meilleurs élèves des écoles publiques (en général 10%). Ainsi lorsque ces écoles sont composées presque exclusivement d'élèves issus des minorités (dans les quartiers noirs notamment), l'*affirmative access* fait admettre automatiquement des étudiants noirs et hispaniques dans les meilleures Universités (ceux qui sont en tête de classe dans leur lycée) »⁵⁰⁶. On peut ici faire une analogie avec les politiques françaises, vues précédemment, qui utilisent le territoire pour saisir des inégalités ethniques ou raciales⁵⁰⁷.

266. Ainsi à la suite de l'arrêt *Grutter*, la Cour suprême a rendu une vingtaine de décisions⁵⁰⁸. La dernière affaire en date *Fisher v. University of Texas at Austin*⁵⁰⁹, attendue avec beaucoup d'appréhension, n'a pas permis, lors de sa première étude par la Cour en 2013,

⁵⁰⁴ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

⁵⁰⁵ *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003).

⁵⁰⁶ Frédéric TEULON, Claude ALA VOINE, Guillaume BIGOT, Dominique BONET et Bernard TERRANY, préc., note 451, p.12.

⁵⁰⁷ V. *supra* 1) Exemple de réduction de la fracture entre les territoires, §49.

⁵⁰⁸ Répertoire jusqu'au milieu des années 90' par G. CALVÈS, préc., note 434, p. 98-99 et 102-103.

⁵⁰⁹ *Fisher v. University of Texas at Austin*, 570 U.S. (24 juin 2013).

de dégager clairement l'horizon des institutions souhaitant recourir à l'*affirmative action*⁵¹⁰. La Cour a réaffirmé les principes posés dans l'arrêt *Bakke* et déjà confirmés par l'arrêt *Grutter* en 2003, mais a restreint l'utilisation du critère racial qui y était admis⁵¹¹. Cependant, le 23 juin 2016, la Cour Suprême qui devait à nouveau statuer sur l'affaire *Fisher v. University of Texas at Austin* a surpris tous les observateurs en rendant une décision favorable à la politique de diversité menée par l'Université d'Austin et dont l'opinion majoritaire a été rédigée – de manière très surprenante – par le Juge Kennedy dont les opinions sont d'ordinaire plutôt conservatrices. Cette décision valide, comme l'avaient fait avant elle les décisions *Bakke* et *Grutter*, la légitimité de rechercher un corps étudiant diversifié afin de confronter les étudiants à la diversité de la société américaine et de leur offrir à l'occasion de leurs études des perspectives différentes⁵¹². La Cour considère que « grâce aux données précieuses qu'elle a collectées dans le cadre des admissions, l'Université a à présent l'opportunité unique d'apprendre et d'enseigner la manière dont les différentes approches favorisent la diversité ou à l'inverse la dilue. L'Université doit continuer à utiliser ces données pour étudier la justesse de ses programmes d'admission ; pour évaluer si le changement démographique a amoindri le besoin d'une politique prenant en considération la race ; et d'identifier les effets, à la fois positifs et négatifs, des mesures d'affirmative action »⁵¹³. La Cour précise cependant que la validité de la politique d'admission de l'Université aujourd'hui n'implique pas nécessairement sa validité future. Il appartient à l'Université de constamment remettre en question la pertinence et l'acuité de sa politique d'admission⁵¹⁴.

267. Pour Mark C. Long, il apparaît que « les décisions *Grutter* et *Fisher* ont créé un mandat clair selon lequel les universités doivent d'abord démontrer que des solutions alternatives "fonctionnelles et neutres" ne permettent pas d'avoir une classe diversifiée

⁵¹⁰ En effet, la Cour a renvoyé la question à l'appréciation des juges du fond du fond.

⁵¹¹ V. Johann MORRI, « [La Cour suprême des États-Unis souffle le chaud et le froid sur le traitement juridique de la discrimination raciale](#) » [PDF] dans *Lettre « Actualités Droits-Libertés »* du CREDOF, 14 septembre 2013.

⁵¹² À ce sujet, Justice Ruth Bader Ginsburg a récemment fait part de l'importance de la diversité des membres de la Cour Suprême. Selon elle la diversité n'a pas vocation à garantir une pluralité d'opinions, mais une pluralité d'expériences. Elle prend pour exemple une affaire de fouille de casier, de déshabillage et de palpation en public dans un lycée, la même scène vécue par un homme ou par une femme n'a pas le même impact psychologique. L'expérience des femmes de la Cour a permis de mettre le doigt sur cette différence de vécu (V. L'interview « [A Conversation with U.S. Supreme Court Justice Ruth Bader Ginsburg](#) » sur le site internet de la Cour Suprême). De la même manière un juge noir pourra faire remarquer qu'un simple contrôle d'identité n'est pas aussi anodin pour un homme noir que pour un homme blanc. Au contraire, un tel contrôle peut se révéler funeste pour une personne noire en raison des préjugés, voire du racisme existant chez certains membres des forces de l'ordre.

⁵¹³ *Fisher v. University of Texas at Austin (Fisher II)*, 579 U.S. (2016), p. 19.

⁵¹⁴ *Fisher v. University of Texas at Austin (Fisher II)*, 579 U.S. (2016), p. 19-20.

d'inscrits avant que ces universités ne soient autorisées à recourir à la discrimination positive »⁵¹⁵.

268. C'est donc assez péniblement que l'argument de la diversité s'est installé dans la jurisprudence de la Cour suprême en ce qui concerne l'*affirmative action* dans l'accès à l'enseignement supérieur.

Section 2 : Approche critique de la diversité aux États-Unis

269. Les universités françaises ne pratiquant pas (encore) une véritable sélection des étudiants, elles ne sauraient trouver une utilité immédiate à ces développements. La situation est en revanche toute autre en ce qui concerne l'accès à l'emploi et il sera intéressant de remarquer que les arguments en faveur de la diversité, dans le contexte des États-Unis, n'ont pas aussi bien prospéré dans le monde du travail qu'ils ne l'ont fait dans l'enseignement supérieur. Il conviendra donc d'étudier les limites de l'approche des mesures positives fondées sur la diversité (§2) après avoir fait le point sur le contenu et l'efficacité de cette nouvelle approche (§1).

§1 : Les critiques de l'approche américaine de la diversité

270. La diversité apporte, comme principale innovation, une approche nouvelle des « groupes » (A) ce qui n'est pas sans conséquence sur l'efficacité des mesures adoptées dans le cadre de la diversité et suite à la suppression d'un grand nombre de mesures d'*affirmative action* dans les universités américaines (B).

A. Une approche nouvelle des « groupes »

271. L'approche adoptée par les politiques de « diversité » est intéressante, car elle met, dans la situation des États-Unis, le « groupe » en retrait des mesures positives. En effet, chaque groupe ne bénéficie plus de quotas spécifiques, le critère d'identification devient un critère parmi d'autres supposant l'étude de l'ensemble des dossiers. Contrairement à ce que

⁵¹⁵ Mark C. LONG, « Is There a "Workable" Race-Neutral Alternative to Affirmative Action », *Journal of Policy Analysis and Management*, Vol. 34, n° 1, 2015, p. 162–183.

l'on pourrait croire de prime abord, la diversité est beaucoup plus centrée sur l'individu que ne l'était l'*affirmative action* ou que ne le sont en France les quelques mesures positives existantes qui ciblent une population spécifique. En effet, le groupe n'est plus le « titulaire » du droit d'obtenir un pourcentage de place pour l'ensemble de ses « membres ». C'est l'individu qui peut faire valoir ses particularités, son originalité, son individualité, pour obtenir un poste, une place dans l'enseignement supérieur. Cette approche suppose donc de reconnaître la diversité que porte en elle chaque personne. Chaque individu peut « porter sur sa tête » plusieurs critères d'identification et n'a pas à choisir ou à être assigné à une – et une seule – des facettes de sa personnalité.

272. De plus, le temps n'est plus considéré comme une limite. La « diversité » étant l'objectif à atteindre, les mesures positives concerneront tantôt les uns tantôt les autres. Seul l'état des effectifs étudiés au regard de la démographie des candidats détermine dans quel « sens » seront les prochaines mesures positives. En revanche, l'espace devient une limite permanente, car la diversité ne se mesure et ne se recherche que dans une unité déterminée. Si, à un instant t , une institution donnée manque d'un profil déterminé, alors cette institution favorisera le dossier d'une personne de ce profil. Si à un instant $t + 2$, un autre profil est absent des effectifs, on favorisera cet autre profil. Ainsi, les bénéficiaires changent rapidement dans le temps, mais également dans l'espace. Nul besoin de dire qu'il faut favoriser les Noirs dans l'ensemble de l'État, lorsqu'il est possible de favoriser quiconque n'est pas représenté dans une institution donnée. L'avantage est que cela permet d'éviter l'effet pervers inhérent à toutes mesures positives faisant peser sur les bénéficiaires de ces mesures un soupçon d'incompétence ou d'illégitimité qui favorise les stéréotypes. La diversité combinant plusieurs critères, il est possible de dire que certains Blancs bénéficient de mesures positives et d'autres non, que certains Noirs en bénéficient et d'autres non, *etc.* C'est en tout cas l'objectif poursuivi par cette méthode, sous-entendre que « tout le monde » profite de la diversité.

B. L'affaiblissement de l'efficacité des *affirmative actions*

273. « Noyer » le critère racial, afin d'atténuer les polémiques qu'il suscitait tout en continuant à traiter de la question raciale, était clairement l'objectif poursuivi par ce changement terminologique et méthodologique. La « diversité » pouvant être à la fois raciale, culturelle, sexuelle, sociale, *etc.*, elle permet de ne plus se focaliser sur un seul groupe qui serait marqué du sceau de « victime » et des stigmates qui l'accompagnent.

274. Paradoxalement, la première critique faite à l'égard des politiques de diversité est d'avoir « dilué »⁵¹⁶ la question raciale, de l'avoir rendue moins visible et donc de lui offrir un traitement moins efficace. Ce qui est vrai. Les deux premières affirmations ne peuvent être niées puisqu'elles constituent l'objectif principal de la diversité et la dernière en est effectivement la conséquence logique, à défaut d'avoir été recherchée. En effet, comme le relève Marie-Christine Pauwels, « la fin de l'*affirmative action* dans l'accès à l'enseignement supérieur dans les trois États de Floride, Texas et Californie [s'est immédiatement traduite par] une baisse spectaculaire du nombre des minorités ethniques noires et hispaniques sur les campus les plus sélectifs. Au Texas, entre 1996 et 1997, leur nombre chute de 10 % à [l'Université du Texas à Austin], de 20 % à [Texas A&M University]⁵¹⁷. Ce phénomène est encore plus flagrant sur les campus de Californie : à Berkeley, par exemple, où les Noirs représentent 7,3 % des étudiants en 1995, ils ne sont plus que 3,2 % en 1998. Les étudiants hispaniques qui constituaient 20 % des effectifs de UCLA en 1995 ont chuté à 10 % trois ans plus tard⁵¹⁸. Dans cet État, où Noirs et Hispaniques représentent environ 38 % des diplômés du secondaire, leur nombre à l'université est passé de 21 % de l'ensemble des étudiants à 15 %⁵¹⁹. En revanche, ils ont vu leur nombre augmenter sur des campus moins prestigieux comme Riverside ou UC Davis, ce qui, selon la *National Association of Scholars*, serait finalement une bonne chose, puisque ces derniers leur sont mieux adaptés [si l'on en croit la théorie du désajustement] : "les minorités ethniques augmentent leurs chances de décrocher une licence lorsqu'elles choisissent un campus californien apparemment plus en phase avec leur parcours scolaire"⁵²⁰. [...] Dans le cas des facultés de droit, l'élimination des préférences a fait chuter le nombre d'étudiants noirs de plus de 40 % »⁵²¹. On retrouve ces chiffres dans un rapport de l'OCDE intitulé *L'enseignement supérieur à l'horizon 2030* qui retrace les

⁵¹⁶ M. MERCAT-BRUNS, préc., note 424 à la page 74.

⁵¹⁷ Lisa M. DICKSON, "Does Ending Affirmative Action in College Admissions Lower the Percent of Minority Students Applying to College?", *Economics of Education Review*, 25, 2006, pp.109-119.

⁵¹⁸ Erica FRANKENBERG, Chungmei LEE et Gary ORFIELD, "A Multiracial Society with Segregated Schools: Are We Losing the Dream?", Civil Rights Project, janvier 2003.

⁵¹⁹ University of California, Office of the President, Student Academic Services, "Undergraduate Access to the University of California after the Elimination of Race-conscious Policies", mars 2003.

⁵²⁰ « the greater success that ethnic minorities had in actually completing a baccalaureate degree when they attended a UC campus that offered an apparently better match for their academic backgrounds and preparation » in Charles L. GESHEKTER, *The Effects of Proposition 209 on California: Higher Education, Public Employment, and Contracting*, 25 sept. 2008.

⁵²¹ David CHAMBERS, Timothy CLYDESDALE, William KIDDER & Richard LEMPET, "The Real Impact of Eliminating Affirmative Action in American Law Schools", *Stanford Law Review*, n° 57, mai 2005, 1855-1898. Selon une autre étude, de 2003, en l'absence d'un système préférentiel, le nombre d'étudiants noirs et hispaniques serait divisé par trois, passant de 12 % à 4 %. Voir Anthony CARNEVALE & Stephen ROSE, "Socioeconomic Status, Race/Ethnicity, and Selective College Admissions", Research Report, Century Foundation, New York, 2003. Cité par Marie-Christine PAUWELS, préc. note 454.

conséquences de la décision *Hopwood* sur les admissions à l'Université pour les trois États qu'elle concernait, mais également les effets des restrictions apportées par l'arrêt *Grutter*⁵²².

§2 : L'étendue limitée de l'approche diversité

275. Ce changement de paradigme consistant à ne plus chercher à corriger ou réparer les inégalités passées et présentes, mais à chercher à reproduire la diversité de la société, semble s'être limité aux questions d'accès à l'enseignement supérieur et avoir assez peu pénétré le monde du travail d'où le recours dans cette sphère aux arguments de type utilitariste pour convaincre les entreprises de l'opportunité économique et productiviste de la diversité. Sur le plan technique, cependant, on constate que la transposition du modèle dégagé dans l'enseignement supérieur est difficile (A) et qu'elle constitue une politique déstabilisant les rapports sociaux (B).

A. Une transposition difficile dans le milieu du travail

276. Alors que les décisions de la Cour suprême sont très nombreuses concernant les admissions dans les universités, on remarque une absence de jurisprudence concernant le milieu du travail qui pourtant a vu se déployer la notion de diversité en remplacement de l'*affirmative action* classique au cours des années 1980. Milena Doytcheva constate que, dans le monde de l'entreprise, « à l'*affirmative action*, perçue comme une contrainte externe et imposée au titre d'une réparation morale, donc préjudiciable à la productivité, se substitue la diversité, envisagée comme un avantage compétitif. De nombreux cabinets spécialisés dans le "conseil en diversité" voient le jour et le thème du "management de la diversité" devient un lieu commun de la littérature d'entreprise. [...] L'argument de la diversité permet dans ce contexte aux entreprises, confrontées aux interventions hostiles de l'administration fédérale, de construire de nouvelles formes de légitimation des politiques qu'elles avaient mises en place depuis le début des années 1970 pour lutter contre les discriminations⁵²³ »⁵²⁴.

277. Ainsi, l'argument de justice imaginé par le juge Lewis Powell est écarté dans les entreprises pour une conception utilitariste de la diversité et, « contrairement à ce qu'avaient

⁵²² OCDE, *L'enseignement supérieur à l'horizon 2030, Volume 1, Démographie*, Paris, OECD Publishing, 2008.

⁵²³ Frank DOBBIN, *Inventing Equal Opportunity*, Princeton, PUP, 2009.

⁵²⁴ Milena DOYTCHÉVA, *Politiques de La diversité - Sociologie des discriminations et des politiques antidiscriminatoires au travail*, coll. Travail et société. Vol. 80, Bruxelles, Peter Lang Pub Inc, 2015, p. 19.

escompté ou préconisé un certain nombre d'observateurs⁵²⁵, la jurisprudence *Grutter v. Bollinger* de 2003, par laquelle la Cour suprême avait jugé compatible avec le principe d'égalité inscrit dans le Quatorzième Amendement à la Constitution la prise en compte du facteur racial au nom des vertus épistémiques et politiques de la "diversité" dans les établissements d'enseignement supérieur d'élite, n'a jamais été transposée par les tribunaux au secteur de l'emploi »⁵²⁶.

278. L'abandon de l'argument de la justice dans l'utilisation de la notion de diversité par les entreprises au profit d'une approche utilitariste explique en partie le manque d'enthousiasme que ces politiques suscitent chez les salariés qui peuvent y voir un outil de déstabilisation des rapports sociaux comme le dénoncent certains auteurs.

B. Une politique déstabilisant les rapports sociaux

279. Walter Benn Michaels est sans nul doute l'un d'entre eux et celui qui dénonce le plus vigoureusement l'obsession qu'est devenue aux États-Unis la « diversité » et alerte sur ce risque dans le contexte français. Dans son ouvrage, *La diversité contre l'égalité*⁵²⁷, l'auteur estime que le culte contemporain de la « diversité » aurait pour fonction, presque exclusive, de détourner les esprits du « véritable problème » que constituent les inégalités existantes entre les 1% des personnes les plus riches et les 99% autres qui se partageraient les miettes d'un gâteau auquel elles n'ont pas accès. Pour lui, le meilleur moyen de lutter contre les inégalités raciales, sexuelles, *etc.* serait de donner l'accès des 99% aux richesses accaparées par les 1%. Dans une logique se voulant marxiste⁵²⁸, Walter Benn Michaels estime que la lutte des classes constitue une priorité absolue. Daniel Sabbagh résume parfaitement les travers que constitue la diversité aux yeux de cet auteur : « "alors que le problème est l'inégalité, la

⁵²⁵ Rebecca HANNER WHITE, « Affirmative Action in the Workplace : The Significance of Grutter ? », *Kentucky Law Journal*, 92, 2003, p. 263-278 ; Ronald TURNER, « Grutter, the Diversity Justification, and Workplace Affirmative Action », *Brandeis Law Journal*, 43, 2004, p. 199-237 ; Cynthia ESTLUND, « Putting Grutter to Work : Diversity, Integration, and Affirmative Action in the Workplace », *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, 26, 2005, p. 1-39 ; Jessica BULMAN-POZEN, « Note : Grutter at Work : A Title VII Critique of Constitutional Affirmative Action », *Yale Law Journal*, 115, 2006, p. 1408-1448.

⁵²⁶ Daniel SABBAGH, « Au delà de la discrimination positive À propos de : John D. Skrentny, After Civil Rights. Racial Realism in the New American Workplace, Princeton University Press », *La Vie des idées* 2016.

⁵²⁷ Walter Benn Michaels, *La diversité contre l'égalité*, Raisons d'agir, 2009, 155 p.

⁵²⁸ Comme le remarque Daniel Sabbagh : « du marxisme la démarche de Benn Michaels n'offre qu'un simulacre des plus rudimentaires. Faut-il rappeler que l'on doit à des auteurs d'obédience marxiste – comme C. L. R. James (2008), Eugene Genovese (1976) et Barbara Fields (1987) – des travaux de première importance sur la formation, la pérennisation et l'autonomisation partielle des clivages raciaux dans les sociétés esclavagistes et post-esclavagistes ? » in Daniel SABBAGH, « Les ravages de la pensée moniste : à propos de La Diversité contre l'égalité de Walter Benn Michaels, Raisons d'agir, 2009 », *Mouvements*, 2010/1, n°61, pp.172-180, par. 2.

solution proposée est l'identité" (p. 46), la "guerre des cultures" se trouvant logiquement "préférée" à la "lutte des classes" (p. 49-50), de par sa compatibilité avec la reproduction du système capitaliste contemporain, dont elle constituerait même l'un des instruments privilégiés. Et dans la mesure où "la seule différence qu'une véritable politique de gauche devrait chercher à éliminer (...) est la différence entre les classes" (p. 144), il importe que la pernicieuse diversion ainsi opérée – parfaitement accomplie aux États-Unis, mais également en voie d'aboutissement dans le contexte français (p. 5-19) – soit dénoncée en tant que telle. Alors que "les départements de sciences humaines" des universités américaines ne seraient plus guère que "le secteur recherche et développement du néolibéralisme" (p. 144), le département d'études littéraires de l'Université de l'Illinois aurait heureusement permis l'éclosion d'une pensée suffisamment lucide pour détecter et décrypter un tel dévoiement et mettre en garde le lecteur français à son encontre »⁵²⁹. Daniel Sabbagh n'adhère absolument pas aux propos de Walter Benn Michaels qu'il juge caricaturaux et malhonnêtes dans la mesure où l'auteur ne prend pas la peine de se confronter aux « arguments, présents dans le débat américain sur la "question raciale" depuis plusieurs décennies (Myrdal 1944, p. 75-76 ; Fiss 1976 ; Dworkin 1985, p. 294-295 ; Sunstein 1994) » et qui démontrent notamment les conséquences de l'appartenance raciale sur l'accès ou non à une classe sociale. Pour lui, Walter Benn Michaels « est bien trop occupé à attribuer diverses absurdités à des contradicteurs non identifiés – et pour cause⁵³⁰ – et à brocarder les usages les plus creux de la notion de "diversité" par les grandes entreprises américaines (p. 33-34) : la tâche est plus aisée »⁵³¹. On pourrait considérer que la diversité n'a pas dérouté des politiques de redistribution en faveur des plus pauvres. La prise en compte du critère socio-économique, parmi tous les autres critères, est un pas que l'*affirmative action* a toujours eu beaucoup de mal à franchir. Marie-Christine Pauwels remarque que « la possibilité de prendre en compte le critère socio-économique (*class-based affirmative action*), si elle a fait couler beaucoup d'encre, n'a jamais été réellement considérée sérieusement, en partie parce que la mise en place de mesures visant à aider tous les Américains socioéconomiquement défavorisés, quelle

⁵²⁹ *Id.*

⁵³⁰ Deux exemples parmi bien d'autres: « Considérer la race comme un fait social [la position opposée à celle qu'il préconise ici] équivaut à reconnaître que nous avons tort de croire qu'elle était un fait biologique puis à soutenir que nous devrions continuer à commettre cette erreur » ; « [aux États-Unis], la gauche (sic) (...) soutient que dans un monde sans discrimination, il n'y aurait plus d'inégalité ». L'auteur pense-t-il vraiment pouvoir faire croire au lecteur français que le débat se pose en ces termes ?

⁵³¹ D. SABBAGH, préc., note 528, par. 8.

que soit leur appartenance ethnoraciale, serait d'un coût tellement prohibitif qu'aucun acteur politique un tant soit peu lucide ne s'est risqué à l'évoquer »⁵³².

280. Ellen Berrey dresse un bilan plus nuancé, et très critique à l'égard des usages de la notion de diversité. Dans son ouvrage, *The Enigma of Diversity : The Language of Race and the Limits of Racial Justice*⁵³³, elle montre qu'il s'agit d'un « discours d'élite qui déstabilise certains rapports sociaux plus qu'il ne change véritablement les règles »⁵³⁴. Mais elle remarque également « la complexité du discours de la diversité, qui apparaît tantôt comme la requalification [de] politiques d'égalité [effectives], tantôt comme un moyen de légitimer des politiques symboliques ». Ellen Berrey s'intéresse au cas d'une entreprise, *Starr*, ayant adopté des politiques d'*affirmative action* en faveur des femmes et des minorités dans les années 1960 et qui a opéré le basculement vers une politique de diversité. L'étude « montre à quel point le discours et les dispositifs de la diversité épousent les normes dominantes de l'entreprise. Les indicateurs statistiques de représentation des femmes et des minorités, sur lesquels les dirigeants ont les yeux rivés – parce qu'ils constituent l'étalon de mesure du "succès" des politiques diversité dans les classements publics annuels –, ne concernent que [...] les positions les plus élevées »⁵³⁵. Cette auteure aboutit au même constat que celui de Walter Benn Michaels en remarquant que les politiques de diversité ne participent pas à la réduction des inégalités de classes mais au contraire les renforce.

⁵³² Marie-Christine PAUWELS, préc. note 454.

⁵³³ Ellen BERREY, *The Enigma of Diversity : The Language of Race and the Limits of Racial Justice*, University of Chicago Press, 2015, p. 352.

⁵³⁴ Cité in Laure BERENI, « La diversité en discours et en pratiques », *La Vie des idées*, 2016.

⁵³⁵ *Id.*

Conclusion Chapitre 1

281. La voie de la diversité a été empruntée aux États-Unis pour atténuer les critiques grandissantes formulées à l'encontre des politiques d'*affirmative action*. Elle est apparue dans l'enseignement supérieur pour favoriser l'accès des minorités sans pour autant maintenir une politique de quotas affichée. L'idée fondamentale de cette politique nouvelle est de rechercher un corps étudiant diversifié, sans pour autant que la race demeure l'élément principal motivant l'acceptation d'un candidat, en permettant la mise en valeur d'autres caractéristiques personnelles. Cependant, l'élargissement excessif du nombre de caractéristiques valorisées (sportif, État fédéré d'origine, engagement associatif, compétences originales...) a contribué à un net recul de l'intégration de certaines minorités dans les établissements universitaires.

282. La notion de diversité a par la suite pénétré le monde du travail. Cette transposition a contribué à renforcer la philosophie utilitariste déjà présente dans les motivations avancées pour l'accessibilité à l'enseignement supérieur. Pour certains auteurs, la recherche de diversité au sein de l'entreprise participe au détournement de l'objectif – plus déterminant – de la réduction des inégalités sociales. Il ne serait qu'un étendard managérial focalisant l'attention sur des discriminations accessoires au regard de l'inégalité fondamentale existant entre les classes sociales.

283. L'expérience américaine incite, dans le cadre d'une transposition de la notion de diversité en droit français, à la prudence quant aux dérives précitées. L'approche française devrait donc veiller à circonscrire, selon les domaines, le nombre de composantes de la diversité devant être valorisées. En outre, il conviendra de s'assurer que les politiques de diversité accompagnent la réduction des inégalités de classes et ne participent pas à les renforcer.

Chapitre 2 : La difficile réception en droit français du concept de diversité

284. L'exemple américain, dont la conceptualisation juridique de la diversité remonte déjà à 1978, offre aux juristes français l'opportunité d'anticiper les problèmes liés à l'insertion dans le droit d'une telle notion. On pourrait penser qu'entre le principe d'égalité, l'universalisme et le principe de non-discrimination, il ne reste guère de « place » pour une nouvelle approche. Or, l'apparition du terme et des tentatives de « promotion » de la diversité, au-delà d'attester l'existence d'un problème déjà bien identifié, démontre une volonté de certains acteurs de corriger, plus seulement le comportement de certains individus, même si c'est une étape essentielle, mais la situation dans laquelle se trouvent les individus victimes de discriminations. Cela suppose de prendre en compte la situation, et donc, non seulement de mesurer les inégalités entre les groupes, mais également d'y remédier par des méthodes pouvant potentiellement prendre en considération l'appartenance des personnes à des groupes. Le respect de la diversité – et pas nécessairement la recherche de diversité – constituerait une justification à l'utilisation de méthodes jusqu'ici non employées ou interdites. La distinction entre « respect » et « recherche » ou « promotion » de la diversité est importante et constitue à notre sens le principal apport de l'universalisme à ce que l'on pourra envisager comme une conception française de la diversité. En effet, le rôle de l'État, du moins en ce qui concerne l'égalité dans l'accès à l'emploi, n'est pas de promouvoir et de rechercher à tout prix une diversité artificielle pour répondre à une vision utilitariste qui serait une vision dangereuse de la diversité. Il est au contraire de garantir l'égalité des citoyens dans le bénéfice des droits et libertés fondamentales. Cela ne se traduit pas par la garantie que tout le monde puisse accéder à tout, mais que tout le monde ait les mêmes chances d'accéder à tout, qu'importe leur couleur, sexe, religion, orientation sexuelle, *etc.* Afin de réaliser cette synthèse, il convient de s'intéresser aux apports de la diversité à l'universalisme (Section 2) qui sont finalement aussi importants que ceux de l'universalisme à la diversité (Section 1).

Section 1 : L'apport de l'universalisme à la diversité

285. S'il y a une leçon que l'on peut retenir de nos précédents développements sur l'universalisme, c'est que celui-ci ne peut exister qu'au sein d'une unité déterminée. L'égalité n'existe qu'entre « frères ». La comparaison doit être possible. C'est pourquoi il ne semble pas contradictoire avec l'universalisme que de définir les termes et les conditions de l'égalité,

non pas de manière universelle, pour tous les échanges de la vie sociale, mais de manière compartimentée. Ainsi, il n'existerait pas un principe d'égalité susceptible de résoudre toutes les équations, mais des principes d'égalité régissant des « sphères » autonomes. Le besoin d'universalisme se trouve ainsi comblé, les mêmes règles s'appliquant à tous, mais les règles variant selon les situations considérées. Il est donc possible de définir des périmètres à la diversité permettant de moduler le contenu de sa définition et les moyens légitimes de la rechercher. La définition des périmètres de la diversité (§1) se fera à l'aide de la théorie des sphères de justice de Michael Walzer avant d'étudier comment l'universalisme peut venir encadrer ces sphères (§2).

§1 : La définition des périmètres de la diversité

286. Les théories classiques de l'égalité sont construites autour d'un principe de justice transposable à tous les biens pouvant être distribués, avec les difficultés que cela pose en termes de diversité de ces derniers. Conformément à l'allégorie de la flûte formulée par Amartya Sen⁵³⁶, on ressent d'emblée que chaque bien, selon son importance, ne sera pas distribué de la même manière. Il serait délicat de raisonner à l'identique selon que le bien à distribuer est une flûte ou de l'eau par exemple. C'est pourquoi John Rawls a choisi de considérer de manière différente les « biens premiers » pour lesquels la distribution doit être équitable⁵³⁷. Sans une juste distribution de ces biens premiers, toutes les inégalités constatées dans l'accès aux autres biens seraient injustes.

287. Michael Walzer a choisi d'aller encore plus loin en considérant que chaque bien est doté de sa propre logique distributive⁵³⁸. Il adopte ainsi une approche anthropologique là où John Rawls (« voile d'ignorance »), à l'image de Rousseau (« contrat social »), privilégiait une approche contractualiste. Sa théorie a été développée dans son ouvrage *Sphères de Justice*⁵³⁹ publié en 1983 (A). Sa réflexion offre un prisme d'analyse intéressant pour le droit du travail et c'est à partir de sa conception que nous étudierons les contours de la sphère « travail » (B).

⁵³⁶ V. *Supra* Introduction – Justice sociale et diversité.

⁵³⁷ Céline SPECTOR, « Liberté, égalité, fraternité : la théorie rawlsienne de la justice », in *L'imaginaire des inégalités*, Esprit, n°447, sept. 2018.

⁵³⁸ Chantal MOUFFE, Michaël WALZER, « Éloge du pluralisme démocratique (discussion) », in *Quels droits pour l'enfant ?*, Esprit, n°675, mars/avril 1992.

⁵³⁹ Michael WALZER, *Sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité*, Paris, Éd. du Seuil, 2013, édition augmentée, 496 p.

A. La théorie des sphères de justice

288. L'approche de Michael Walzer combine à la fois une vision « complexe » de l'égalité, qui pourrait être un débat interne à l'égalitarisme, et des principes de justice que l'on trouve dans la tradition politique communautarienne. Cette dernière consiste à dire que la recherche d'un principe universel et abstrait de justice tel que le propose la théorie des « biens primaires » de John Rawls⁵⁴⁰ néglige le fait que les individus s'inscrivent tous dans des communautés particulières et qu'en conséquence « les normes morales sont donc moins choisies par les individus que partagées par les groupes »⁵⁴¹. Dans l'ouvrage de Michael Walzer, la dimension communautarienne est mobilisée afin « d'éviter que les "compréhensions partagées" soient simplement celles des dominants et que les idées minoritaires soient tout simplement écrasées »⁵⁴². Est mis en valeur « le rôle du critique social, qui puise dans les ressources de sa communauté pour critiquer les normes sociales oppressives et en mettre d'autres, plus émancipatrices, en avant »⁵⁴³.

289. C'est cette approche communautarienne⁵⁴⁴ qui pousse Walzer à défendre une vision pluraliste de la justice par l'utilisation du concept d'« égalité complexe ». Ces deux thèses – approche communautarienne et « égalité complexe » –, qui s'articulent plutôt bien dans son livre, peuvent néanmoins être dissociées l'une de l'autre. L'approche communautarienne semblant très éloignée de l'approche française⁵⁴⁵ du corps social qui ne reconnaît aucun groupe⁵⁴⁶, nous choisirons de nous concentrer sur ses développements concernant l'égalité complexe.

⁵⁴⁰ John RAWLS, *Théorie de la justice*, coll. Points Essais, n°354, Paris, Éd. du Seuil, 1997, 665 p.

⁵⁴¹ Pierre-Etienne VANDAMME, « Justice sociale (A) », dans M. Kristanek (dir.), *l'Encyclopédie philosophique*, avril 2018.

⁵⁴² *Idem.*

⁵⁴³ *Idem.*

⁵⁴⁴ Les communautariens sont une famille philosophique critiquant les théories libérales (Rawls, Kant) raisonnant sur un être abstrait, neutre. Pour les communautariens, l'homme est nécessairement enraciné dans une culture et une communauté qui rend difficilement transposable l'idée de justice.

⁵⁴⁵ V. sur ce sujet l'ouvrage de Robin MÉDARD, *La République face aux droits des minorités : lire l'ordre juridique français à partir de la théorie libérale de Will Kymlicka*, coll. Questions contemporaines, Paris, Harmattan, 2015.

⁵⁴⁶ Ceci étant dit, en l'écartant dans le cas de la France au motif que cela ne correspondrait pas à nos « valeurs », on ne fait que l'appliquer.

290. Sa théorie de l'égalité complexe s'appuie notamment sur Pascal et Marx⁵⁴⁷ et consiste à avoir une approche de la société par « sphères », chacune étant habitée par des principes de justice différents : l'égalité formelle dans la sphère politique, la qualification dans la sphère professionnelle, *etc.* Pour Michael Walzer, « tout bien social ou tout ensemble de biens sociaux constitue pour ainsi dire une sphère distributive à l'intérieur de laquelle seuls certains critères et dispositifs sont appropriés »⁵⁴⁸. Sa conception des sphères est très large et englobe aussi bien la politique que le travail, la famille, l'éducation, la religion, la santé, les loisirs, *etc.*

291. L'intérêt de cette compartimentation est double. D'une part, cela permet d'avoir une approche plus concrète de l'égalité en adaptant les moyens de l'obtenir à l'objet à distribuer. La diversité des biens sociaux « nécessite [...] une diversité de critères distributifs »⁵⁴⁹. Ce qui amène à sélectionner les techniques utiles pour garantir la forme de justice choisie au sein de chaque sphère. Dans un article de 2001, Christian Lazzeri s'est intéressé de plus près à l'application de la théorie de Michael Walzer à la sphère éducative. Dans un premier temps, il expose les raisons pour lesquelles l'éducation doit être une sphère autonome : « Ce programme est commandé par la conception que l'on se fait de la démocratie et gouverné par le principe de l'égalité simple des citoyens. Or les citoyens ont nécessairement besoin d'une éducation pour accomplir leur tâche et se préparer à la vie politique, ce qui implique que la communauté politique ne peut pas vouloir qu'il n'y ait pas d'institution scolaire. Mais si elle affirme avec cet objectif l'existence d'une telle institution, la différenciation sociale qui la définit engendre, qu'on le veuille ou non, une option en faveur de son autonomie »⁵⁵⁰. Dans un second temps, il décrit les valeurs qui doivent être portées au sein de cette sphère : « dans la mesure où l'égalité simple règne dans la vie civique, il faut nécessairement la retrouver dans l'institution scolaire », ce qui plaide pour « une admission universelle indépendante de la richesse et du statut social »⁵⁵¹. Un socle commun de connaissances est donc indispensable à l'exercice de la citoyenneté et à l'égalité entre les citoyens : « le but [de l'école] n'est pas de réprimer les différences, mais plutôt de les différer, en sorte que les enfants apprennent d'abord à être des citoyens – et seulement après à être des travailleurs, des dirigeants d'entreprises, des marchands et des professionnels dans divers domaines. Tout le monde

⁵⁴⁷ M. WALZER, préc., note 103, p. 43.

⁵⁴⁸ *Id.*, p. 32.

⁵⁴⁹ *Id.*, p. 43.

⁵⁵⁰ Christian LAZZERI, « Qu'est-ce qu'une "sphère" éducative ? Justice et éducation chez Michael Walzer », 2001, n°20-2, *Le Télémaque*, p. 71, §14.

⁵⁵¹ *Id.*, §15.

étudie les sujets que les citoyens ont besoin de connaître »⁵⁵². On notera qu'il s'agit là d'un projet très ambitieux et qui semble presque inatteignable dans une société et une « économie » de la connaissance où l'on demande aux citoyens d'avoir des opinions sur des sujets extrêmement complexes et aussi divers que le nucléaire, les OGM, l'intelligence artificielle, ou la bioéthique⁵⁵³. Pour Christian Lazzeri, cela signifie qu'il doit exister une « certaine forme d'autonomie de la communauté éducative pour la protéger de l'intrusion des logiques du statut social et de la richesse, mais plus généralement encore, des exigences du marché, de la domination religieuse, ethnique, dynastique, afin d'éviter les effets tyranniques de perturbation de la distribution des biens éducatifs »⁵⁵⁴. Une telle autonomie de la sphère éducative n'est pas sans heurter la liberté de choix dont disposent les parents sur l'éducation de leurs enfants. Cependant, pour M. Walzer, il n'est pas « nécessaire de mener un assaut frontal contre le libre choix des parents, tant que son effet principal est de fournir une diversité idéologique dans les marges d'un système principalement public »⁵⁵⁵. Ainsi, si l'État fournit un haut niveau d'éducation de base à tous les enfants, l'autonomie de la sphère éducative reste préservée. En revanche, si ce niveau venait à diminuer –notamment du fait d'un manque de financement– alors l'autonomie de la sphère serait menacée et les inégalités résultant de la richesse ou du statut social réapparaîtraient.

292. D'autre part, la théorie des sphères permet à M. Walzer de poser un principe supplémentaire limitant la création de nouvelles inégalités. Il estime en effet qu'il faut empêcher que « les inégalités tolérées dans une sphère (professionnelle, par exemple) ne puissent [...] pénétrer dans une autre sphère (politique par exemple) »⁵⁵⁶. Concrètement, un avantage dans la sphère économique – la richesse obtenue selon les principes de justice définis au sein de cette sphère – ne saurait avoir pour conséquence de donner des avantages dans d'autres sphères, comme l'éducation ou encore la politique. L'accès à l'éducation ne doit donc pas être conditionné à la fortune des parents et la fortune ne doit pas permettre de donner accès à une « meilleure » éducation pour ses enfants. De même, une grande fortune ne doit pas faciliter l'accession aux fonctions politiques, notamment par la mobilisation de moyens

⁵⁵² M. WALZER, préc., note 103, p. 287.

⁵⁵³ Cependant, si aucun citoyen ne saurait être expert dans chacun de ces domaines, il est néanmoins possible d'apprendre à rechercher, trouver et comprendre l'information et à avoir un point de vue critique. Cela suppose un certain degré de confiance entre les citoyens et le monde de la recherche. Une confiance qui lorsqu'elle est maltraitée peut avoir des conséquences importantes : par exemple les méfaits des scandales liés à l'industrie pharmaceutique sur le taux de vaccination en France.

⁵⁵⁴ C. LAZZERI, préc., note 550, par. 17.

⁵⁵⁵ M. WALZER, préc., note 103, p. 381.

⁵⁵⁶ P-E VANDAMME, préc. note 541.

démésurés lors des campagnes électorales. Michael Walzer voit les interférences entre deux sphères comme une forme de tyrannie. En effet, on peut « interpréter toute interférence qui viole une conception partagée de la nature des biens à distribuer comme une domination sur les hommes et les femmes qui, dans chaque sphère, et sur la base d'une compréhension partagée, pratiquent une répartition des biens selon les règles appropriées et avec les agents qui conviennent. Les sphères étant de part en part sociales, leur frontière n'est pas infranchissable, mais "poreuse" : il est donc possible que des interférences entre elles se produisent, c'est-à-dire qu'il y ait intervention de mécanismes de conversion induite de biens. Cette logique de propagation des conversions peut revêtir un caractère ouvert et brutal, mais aussi se manifester de façon insidieuse en obéissant à des mécanismes particulièrement subtils comme c'est aujourd'hui le cas en ce qui concerne l'économie de marché. En conséquence l'existence d'une conception sociale des biens distribuables se double forcément d'une exigence de protection de la frontière de chaque sphère contre tout mécanisme de conversion tyrannique »⁵⁵⁷. La reconnaissance au sein d'une sphère d'un motif discriminatoire spécifique peut participer à protéger les individus des interférences. Il serait possible par exemple de considérer que l'absence de représentants de la classe ouvrière au sein de l'hémicycle est le symptôme d'une interférence de la sphère de l'emploi sur la sphère politique. La sphère politique est par principe celle où règne l'égalité simple ce qui implique que « toute inégalité fondée sur la richesse, les compétences techniques, la vertu, etc. équivaudrait à la domination d'une sphère sur les autres, ce que ne peuvent accepter les citoyens modernes dès lors qu'ils ont précisément rendu la sphère politique autonome à l'égard de toute autre »⁵⁵⁸.

B. L'application de cette théorie aux questions de diversité

293. Quel peut être le rôle de la notion de diversité dans cette théorie des sphères de justice ? Tel que nous l'imaginons, la diversité semble un bon moyen de vérifier qu'au sein de chaque sphère aucun déséquilibre injuste, c'est-à-dire fondé sur des caractéristiques identitaires, n'intervient pour fausser la distribution de chaque « bien ». La diversité pourrait être un indicateur pertinent au sein de chaque sphère et donc faire office de liant entre toutes les sphères. Si l'on reprend les deux principes de la théorie de l'égalité complexe de Michael Walzer, cela suppose de contrôler le respect de la diversité au sein de chaque sphère et,

⁵⁵⁷ C. LAZZERI, préc., note 550, 69.

⁵⁵⁸ *Id.*, p.70.

lorsque c'est nécessaire, les modalités pertinentes pour la reconstituer en s'assurant que les inégalités d'une sphère n'ont pas de répercussions sur les autres sphères.

294. Sur le premier point, il convient « simplement » de comparer la diversité de la population française avec la diversité des personnes ayant accédé aux biens d'une sphère. Cela peut se faire à différents degrés : on peut par exemple comparer la diversité française avec la diversité des personnes ayant un emploi ou de manière plus rigoureuse et exigeante, l'accès équilibré de toutes les catégories de personnes à l'ensemble des niveaux de rémunération ou à l'ensemble des emplois qu'ils soient ou non qualifiés, voire très qualifiés. Après avoir fait cette comparaison brute entre diversité macro (française) et micro (sphère) et si celle-ci révèle un écart, il faut déterminer si la sphère est à l'origine de cet écart ou si au contraire cet écart provient d'une autre sphère, ce qui serait le marqueur d'une interférence entre deux sphères.

295. Pour déterminer si le déficit de diversité provient de la sphère étudiée, il faut vérifier si les inégalités générées proviennent de l'application des principes de justice de la sphère ou si au contraire leur origine est extérieure à la sphère. Dans la première hypothèse, il conviendra de modifier les principes de justice adoptés dans la sphère qui manifestement ne sont pas adéquats et dans la seconde hypothèse, de déterminer quelle sphère est venue interférer. Pour cela, il sera possible de comparer si le déficit constaté au sein d'une sphère est identique au déficit produit par une autre sphère et s'il existe un lien de corrélation entre les deux. Par exemple, une présence moindre des femmes dans les métiers d'ingénieurs informatiques s'explique par la faible présence des femmes dans les formations d'ingénieurs informatiques et donc de diplômées ayant les compétences pour occuper ces emplois. Le problème ne vient donc pas (uniquement) de la sphère « travail », mais principalement de la sphère éducative, ce qui aura des conséquences sur la répartition des responsabilités⁵⁵⁹ et des obligations d'agir pour corriger les inégalités d'accès, soit à la formation, soit à l'emploi, ainsi constatées. Ce qui importe, c'est d'éviter que ce ne soit aux employeurs de modifier leurs attentes en termes de compétence pour permettre le recrutement de personnes au profil différent. En effet, une telle attitude aurait pour conséquence de créer, voire d'entretenir les préjugés d'incompétences des personnes ainsi recrutées. Ce serait là un cercle vicieux puisque les personnes ainsi recrutées n'auraient plus besoin de chercher à obtenir les compétences

⁵⁵⁹ V. infra B. Les contours de la sphère « travail », [2.La responsabilité de l'employeur.](#)

nécessaires pour occuper les emplois concernés. Il est donc impératif que les actions positives adoptées pour améliorer la représentation des personnes au sein des entreprises « n'aboutissent pas à dispenser de l'adoption de mesures structurelles, visant à doter des compétences exigées sur le marché du travail les groupes désavantagés, afin que l'intégration de ceux-ci ne passe pas exclusivement par une renégociation du contenu de ces "compétences" »⁵⁶⁰. Or, de telles mesures structurelles concerneraient en l'espèce le système éducatif et de formation professionnelle.

296. La comparaison entre les sphères peut nécessiter que l'on « active » ou « désactive » certaines facettes de la diversité en fonction des sphères en cause. Par exemple, rechercher une juste représentation des catégories socioprofessionnelles dans la sphère « travail » serait absurde puisque c'est cette dernière qui permet de définir la catégorie socioprofessionnelle d'un individu, cet aspect de la diversité peut donc être désactivé au sein de cette sphère. À l'inverse, dans la sphère politique, la juste représentation des catégories socioprofessionnelles⁵⁶¹ est une question de plus en plus préoccupante au fur et à mesure des législatures où l'on constate une représentation toujours plus forte des CSP+ et à l'inverse une disparition totale des élus d'origine ouvrière⁵⁶². Cette préoccupation de la représentation des classes populaires tient une place importante à côté de celle de la représentation des femmes (qui s'améliore progressivement), des jeunes (l'âge moyen de l'Assemblée nationale a rajeuni d'une dizaine d'années en 2017) et des « minorités visibles »⁵⁶³. Mais à l'inverse des trois derniers traits, qui sont des caractéristiques identitaires indisponibles, la catégorie

⁵⁶⁰ Olivier de SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail : liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, coll. Travail & société, n° 28, Bruxelles, P.I.E. : Peter Lang, 2001, p. 172.

⁵⁶¹ Le site Internet de l'Assemblée nationale présente une répartition des députés par catégorie socioprofessionnelle.

⁵⁶² Eric KESLASSY, « Une Assemblée nationale plus représentative ?, Mandature 2017-2022, Sexe, âge, catégories socioprofessionnelles et "pluralité visible" », *Institut Diderot 2017*, 24-25 : à la suite des élections législatives de juin 2017, « le poids des cadres et professions intellectuelles supérieures dans l'hémicycle reste très important : plus des trois-quarts des députés relèvent de cette profession et catégorie socioprofessionnelle (PCS). La surreprésentation de cette élite socio-économique par rapport à son poids dans la population active occupée reste écrasante. De même, la sous-représentation des employés et des ouvriers par rapport à leur poids dans la population active occupée continue d'être préoccupante. En effet, la "classe populaire" (que l'on peut ici admettre composée des employés et des ouvriers) regroupe moins de 6 % des députés alors qu'elle représente au moins 48,8 % de la population active occupée. Plus précisément encore, le déclin progressif du monde ouvrier à l'Assemblée nationale s'achève en 2017 : il n'y a plus aucun ouvrier élu député en 2017 (il y en avait encore 1 en 2012, 2 en 2007 et 3 en 2002) ». La liste des députés par catégorie socioprofessionnelle publiée sur le site Internet de l'Assemblée nationale recense un ouvrier agricole et une ouvrière qualifiée. V. aussi les travaux de Luc ROUBAN, « Les députés de 2012 : quelle diversité ?, Élections 2012 », *Les électors politiques*, CEVIPOF, note, n° 8, juillet 2012.

⁵⁶³ Il est intéressant de constater qu'une mesure des minorités visibles est effectuée sur la base des patronymes des élus, de leur photo et de leur lieu de naissance ou celui de leurs ascendants pour repérer les députés issus « d'une immigration non-européenne et [ceux] qui sont originaires des DOM-COM » *Id.*, p.21.

socioprofessionnelle est un trait identitaire⁵⁶⁴ très changeant, mais surtout une caractéristique directement produite par une sphère (travail) et pouvant venir interférer dans d'autres sphères (politique, logement, par exemple). Elle fait donc partie des éléments ponctuels d'interférences qu'il conviendrait de neutraliser lorsqu'ils pénètrent le périmètre d'une autre sphère. L'impératif, selon lequel il faut empêcher que des hiérarchies créées au sein d'une sphère ne se reportent sur une autre sphère, implique que des modifications de la diversité soient introduites pour rééquilibrer les sphères. La diversité pourrait donc inclure dans la sphère politique, les aspects de diversité socioprofessionnelle qui pourraient être perturbés par les interférences liées aux inégalités pouvant exister au sein de la sphère « travail ». Il conviendrait donc d'adopter des mécanismes permettant de rééquilibrer la représentation également sur cet aspect.

297. Toute entreprise de correction doit se faire dans le respect des principes de justice définis au sein de la sphère. On évitera donc, autant que possible, d'agir sur une sphère pour en corriger une autre, sauf si cela est nécessaire, proportionné et limité dans le temps. Par exemple, puisque l'on constate que la surreprésentation des femmes dans le milieu de la petite enfance⁵⁶⁵ a des conséquences sur la représentation genrée des rôles⁵⁶⁶ et conduit les jeunes hommes à ne pas investir les métiers du soin, il est possible, pour rompre avec ces représentations, de promouvoir les carrières du soin auprès des hommes et de faciliter leur accès à la formation pour qu'ils soient plus nombreux à investir ces carrières dans la sphère « travail ». Ainsi, pour améliorer les représentations offertes aux enfants dans la sphère éducative, on agit temporairement sur la sphère « travail » pour que cette dernière puisse se rééquilibrer d'elle-même une fois l'impulsion donnée.

⁵⁶⁴ La profession est une information régulièrement demandée dans les formulaires *cerfa*, et pour certains actes d'état civil (profession des époux, des témoins, etc.). Elle est cependant devenue une donnée très instable puisque les individus sont aujourd'hui de plus en plus souvent amenés à changer de profession.

⁵⁶⁵ Marie-Cécile NAVES et Vanessa WISNIA-WEILL, *Lutter contre les stéréotypes filles-garçons. Un enjeu d'égalité et de mixité dès l'enfance*, Rapport au premier ministre, Commissariat général à la stratégie et à la prospective, Janvier 2014, p.10 : « En dehors de la famille, la prise en charge des enfants entre 0 et 6 ans demeure une "affaire de femmes". Toutes professions confondues, le taux moyen de masculinisation se situerait entre 1,3 % et 1,5 % dans le secteur de l'accueil et de l'éducation des jeunes enfants. Il atteint 3 % dans le périmètre plus restreint des structures collectives (dont 3 % d'hommes chez les éducateurs de jeunes enfants et 7 % d'hommes parmi les professeurs des écoles dans le pré-élémentaire) ». [Disponible sur le site internet de France Stratégie.](#)

⁵⁶⁶ *Id.*, p.22.

§2 : Une diversité respectueuse de l'universalité des droits

298. L'expérience américaine offre au juriste français la possibilité d'anticiper les difficultés inhérentes à l'utilisation de mesures positives bénéficiant à certaines catégories d'individus. Le principal risque dans le traitement différentiel de la situation d'un groupe est de faire du traitement particulier un stigmate, dont les membres du groupe ne peuvent plus se défaire. De tels traitements, notamment s'ils confèrent à leurs bénéficiaires des droits différents, propres au groupe, constituent un prélude à la création ou au renforcement de stéréotypes qui donneront naissance à des préjugés, qui eux-mêmes constitueront le socle de nouvelles formes de discriminations ou consolideront celles existantes. C'est pourquoi l'objet du traitement différentiel que nous envisageons d'admettre peut remettre en question l'universalité *du* droit, mais en aucun cas il ne s'agirait de promouvoir une rupture avec l'universalité *des* droits. Une telle approche permet donc le traitement différentiel de catégories d'individus, mais pas la reconnaissance de minorités bénéficiant de droits spécifiques. Dans cette optique, toutes mesures visant au respect de la diversité devraient permettre de remettre en cause l'universalité *du* droit, mais ne devraient jamais porter atteinte à l'universalité *des* droits (A). En revanche, dès lors que la diversité a mis au jour le manque d'universalité d'une règle de droit, il conviendra de toujours privilégier une reformulation universelle de la règle plutôt que l'édiction de règles spécifiques (B).

A. La primauté de l'universalité des droits

299. Le Conseil constitutionnel considère, sur le fondement de l'article premier de la Constitution de 1958 que « *le principe d'unicité du peuple français, dont aucune section ne peut s'attribuer l'exercice de la souveraineté nationale* » est de valeur constitutionnelle et s'oppose « *à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance* »⁵⁶⁷. Mais reconnaître l'existence de catégories d'individus, afin de combattre les discriminations systémiques qui les affectent, ne signifie pas leur reconnaître des droits particuliers. Il y a une distinction à faire entre traiter différemment une catégorie d'individus afin que cette catégorie accède à un droit universellement reconnu et octroyer un droit différent à un groupe d'individus. Comme l'explique très clairement Yaël Attal-Galy, « contrairement aux minorités proprement dites

⁵⁶⁷ Décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999 *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires* (considérants 5 et 6), *Rec.* p. 71 ; réaffirmée par la *décision 2004-505 DC du 19 novembre 2004 Traité établissant une Constitution pour l'Europe* (considérants 16 et 18), *Rec.*, p. 173.

qui revendiquent une autonomie voire une autodétermination, et l'institutionnalisation de leurs particularismes par rapport au groupe dominant, les catégories d'individus partagent des caractéristiques propres tenant à un phénomène de minoration des droits et réclament à ce titre une protection au nom du principe d'égalité. Il existe donc une contradiction fondamentale entre la logique à visée intégrative des politiques catégorielles et la logique pluraliste ouverte par les revendications des minorités »⁵⁶⁸. Ainsi, « la différenciation minoritaire s'oppose [...] à la différenciation catégorielle, car dans le premier cas la différence est voulue, souhaitée, affirmée, collectivement par le groupe qui réclame l'institutionnalisation définitive de sa particularité et des droits afférents à la protection de son identité socioculturelle ; dans le second cas, la catégorisation, par le biais de la différenciation individuelle, adapte le principe d'égalité à la spécificité des victimes de la différence résultant de leur rattachement à un ensemble vulnérable de personnes, comme celui des femmes, des vieillards, ou encore des handicapés »⁵⁶⁹. C'est sur cette distinction délicate que nous souhaitons placer la diversité. C'est également la différence fondamentale que nous faisons entre le « respect » de la diversité et la « promotion » de diversité.

300. Le droit n'est qu'un moyen, il ne saurait être une fin en soi. Comme le remarque la Professeure Danièle Lochak, « l'idée d'un antagonisme de principe entre droits "universels" et droits "catégoriels" ne résiste pas à une analyse un peu poussée de la substance de ces droits dits "catégoriels" – au demeurant très hétérogènes et dont certains ne sont que la simple déclinaison concrète des droits universels – ni à la mise en lumière de leur fonction, la prise en compte des particularismes s'avérant parfois être la condition d'une universalité véritable »⁵⁷⁰. Il n'est donc pas problématique au regard de l'universalisme que le contenu de la norme soit différent dès lors qu'il a pour objectif de *concrétiser* des libertés ou des droits qui eux seraient universels. L'entrelacement de l'universalité *des* droits avec l'universalité *du* droit résulte de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Cette Déclaration reconnaît des droits attachés à la qualité de citoyen et pose la règle selon laquelle pour réaliser cette reconnaissance des droits, la loi doit être la même pour tous. La Déclaration offre une méthode qui a été pendant longtemps considérée comme *la* méthode la plus égalitaire, la plus juste. Pour autant, il y a une différence entre la méthode utilisée – la formulation universelle de la règle de droit – et la reconnaissance universelle des droits et leur concrétisation.

⁵⁶⁸ Yaël ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, coll. Bibliothèque de droit public, Tome 237, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 26.

⁵⁶⁹ *Id.*, p. 32.

⁵⁷⁰ D. LOCHAK, préc., note 173.

301. Ainsi, il est parfaitement possible de traiter des catégories d'individus sans pour autant enfreindre l'universalité des droits, mais cela nécessite quelques précautions. La création de règles différentielles doit être encadrée et l'on ne saurait offrir n'importe quel traitement différentiel pour n'importe quelle catégorie d'individus⁵⁷¹. On peut par exemple exiger que seuls les critères permanents, visibles et relevant de l'identité des personnes (tels que le sexe, la couleur de peau ou le handicap) puissent faire l'objet de mesures positives visant à atteindre une égalité de résultat. Alors que, des critères évolutifs tels que la parentalité, l'état de santé ou l'âge pourraient, quant à eux, bénéficier de mesures positives visant à garantir une égalité substantielle, obligeant la règle de droit à intégrer ces événements – naturels dans la vie des êtres humains – et ne pas faire de leur survenance une cause d'exclusion en raison de l'inadéquation de la norme « étalon » adoptée comme base de raisonnement lors de l'élaboration de la règle de droit. Enfin, les critères de discrimination correspondant à l'exercice par les individus de leurs libertés – liberté sexuelle, religieuse, d'opinion –, pourraient quant à eux bénéficier de mesures positives relevant du programme le plus libéral qui est celui de l'égalité des chances. Une liberté pouvant en principe bénéficier de sa propre sphère, on serait dans cette hypothèse dans le cas d'une interaction entre plusieurs sphères et donc de l'application du principe de proportionnalité.

302. L'absence d'universalité « réelle » de la norme initiale, rendue aujourd'hui plus évidente en raison de la réaffirmation contemporaine de l'universalité *des* droits, peut pousser le juriste désireux d'éviter la multiplication des règles spécifiques à vouloir tenter une refonte de l'universalité *du* droit.

B. La refonte de l'universalité du droit

303. La diversité interroge d'une part le caractère universel de la règle de droit et d'autre part la reconnaissance universelle *des* droits, elle est donc en mesure de déterminer les éléments qui doivent ou peuvent intégrer la règle de droit pour devenir véritablement universelle. Pour réutiliser une métaphore d'optique, un prisme décompose la lumière en plusieurs faisceaux lumineux (une longueur d'onde correspondant à une couleur), mais il est également capable de la recomposer dès lors que l'on projette sur lui tous les faisceaux lumineux du spectre composant la lumière blanche. Ainsi, si la lumière de base n'est pas

⁵⁷¹ V. *infra* [Partie 2 : La mise en œuvre ordonnée de la diversité en droit du travail](#).

blanche, en la décomposant il est possible de voir quelle est la longueur d'onde manquante et de la réintroduire dans le spectre pour créer de la lumière blanche. La diversité serait donc un prisme, capable de décomposer l'universalisme pour identifier les éléments manquants et le recomposer après avoir effectué quelques modifications pour le « réparer ». La diversité est donc en mesure de définir quels ont été les éléments non pris en compte dans l'élaboration de la norme et devant y être réintroduits, pour que la norme devienne ou redevienne universelle. La recherche d'une universalité de la règle de droit est à notre sens un gage d'unité du corps social, mais également d'adaptabilité de la règle. En effet, si cette dernière a intégré, lors de son élaboration, un grand nombre d'hypothèses, il est probable qu'elle pourra à l'avenir en intégrer de nouveaux, notamment par le biais de l'interprétation jurisprudentielle.

304. Le cas le plus parlant sur cette question est celui du traitement qui est fait de la diversité religieuse. Le jour de repos hebdomadaire est donné le dimanche, les fêtes chrétiennes sont pour la plupart, soit des jours fériés, soit des périodes de vacances scolaires. Toute l'organisation de la société française – pourtant laïque – est optimisée pour que les chrétiens puissent exercer leur culte sans que cela empiète sur leur travail ou sur l'éducation des enfants. Les pratiquants des autres cultes doivent quant à eux demander des dérogations, des autorisations d'absence pour pouvoir pratiquer leur culte avec autant de ferveur que les chrétiens. Le fait même d'avoir à demander un aménagement pour la pratique d'un culte, alors que pour d'autres cultes cela n'est pas utile, place les premiers dans une situation de « demandeurs » et donc d'infériorité, notamment vis-à-vis d'un employeur qui trouverait leurs demandes abusives puisque s'ajoutant aux jours de congé déjà existants pour le culte catholique et « profitant » à tout le monde. Les agnostiques et athées ne sont, quant à eux, pas en mesure de faire de telles demandes n'ayant pas d'obligations cultuelles à faire valoir, ce qui les place dans l'impossibilité de bénéficier d'un droit reconnu à d'autres. Une fois identifiées toutes les demandes, il est possible de dégager une règle permettant de satisfaire le plus grand nombre. Par exemple, concernant les fêtes religieuses, il est possible de réduire le nombre de jours fériés⁵⁷² et d'octroyer en compensation aux salariés une sixième semaine de congés payés⁵⁷³. La prise des jours correspondants à cette nouvelle semaine de congés payés serait « librement fixée par le salarié pour tout motif, religieux ou non, sous condition de délai de prévenance » et « l'employeur ne pourra refuser les dates demandées par le salarié que

⁵⁷² Emmanuel DOCKÈS, *Proposition de code du travail : 2017*, Paris, Dalloz, 2017, p. 203-204, art. 43-18.

⁵⁷³ *Id.*, p. 217, art. 46-1 et s.

pour des nécessités impérieuses liées au fonctionnement de l'entreprise »⁵⁷⁴. Le fait que certaines religions pourraient avoir plus de « fêtes » – qui ne pourraient donc pas être intégralement couvertes par un jour de congé – relève de l'application d'un contrôle de proportionnalité tout à fait basique entre d'un côté, la liberté religieuse, et, de l'autre, la liberté d'entreprendre. La première ne pouvant de manière illimitée empiéter sur la seconde, il est du ressort de la loi de fixer des limites.

305. Cet exemple démontre qu'il est parfaitement possible de questionner l'universalité de certaines règles et de les modifier pour qu'elles soient davantage universelles. Cela suppose d'avoir une véritable réflexion sur l'universalité des règles existantes, et de réaliser une étude d'impact pour les règles à venir.

Section 2 : L'apport de la diversité à l'universalisme

306. De nombreux acteurs ou auteurs estiment que l'apport d'une notion juridique de diversité serait au mieux nul, et au pire un moyen de détourner les citoyens des vraies questions d'égalité. Sur la vision la moins pessimiste, c'est notamment le constat réalisé par le Président Nicolas Sarkozy à l'occasion de la remise du rapport de la commission Veil sur l'intérêt (contredit par ce rapport) d'ajouter dans le préambule de la Constitution une référence à la diversité pour autoriser le recours à des mesures positives fondées sur des critères ethniques : « c'est par le critère social qu'il faut prendre le problème parce que les inégalités sociales, au fond, englobent toutes les autres »⁵⁷⁵. La vision la plus négative est celle de Walter Benn Michaels, vue précédemment⁵⁷⁶, pour qui les politiques de diversité promues par l'élite ne viseraient qu'à détourner l'attention des « vrais enjeux » de la lutte des classes⁵⁷⁷. Il est assez vrai que si l'on se fie au principal promoteur de cette notion, l'Institut Montaigne, on peut effectivement en déduire que celle-ci est clairement d'inspiration libérale sur le plan économique, mais tout comme l'est Nicolas Sarkozy qui prône le *statu quo* sur ces questions. Il appartient donc aux juristes français de proposer un contenu à l'actuelle coquille vide (sur le plan juridique), qui se limite pour l'heure à une diversité d'affichage. Le meilleur moyen d'y parvenir est selon nous de ne pas déconnecter la diversité de sa raison d'être : la

⁵⁷⁴ *Id.*, p. 204.

⁵⁷⁵ V. Discours à l'École Polytechnique, 17 décembre 2008 in S. SLAMA, préc., note 285, p. 10.

⁵⁷⁶ V. *Supra* §279 et s.

⁵⁷⁷ Walter Benn MICHAELS et Frédéric JUNQUA, *La diversité contre l'égalité*, Paris, Raisons d'agir, 2009, pp. 49-50.

recherche d'une forme collective d'égalité de résultat. Il convient donc de définir comment la diversité, malgré son apparente incompatibilité avec le logiciel français, peut s'insérer dans le cadre (rigide) de l'universalité.

307. D'une part, la diversité apporte à l'universalisme des méthodes nouvelles en permettant une approche collective de l'accès aux droits et en redéfinissant la conception de l'individu au regard de la notion de groupe (§1) et d'autre part, elle permet de définir une justification à l'utilisation de motifs normalement prohibés (§2).

§1 : La redéfinition de l'individu au regard de la notion de groupe

308. Ces approches nouvelles de l'individu consistent soit dans la prise en compte de son individualité et son affiliation simultanée à différents groupes, soit dans la prise en compte de la situation des groupes à l'égard des autres groupes afin de mieux percevoir où se situe l'individu et quelles sont ses chances d'accéder à des biens ou positions « rares ». La diversité suppose d'intégrer dans les dynamiques d'égalité et de non-discrimination une approche collective, amorcée par la notion de discrimination indirecte, et donc de dépasser la logique individuelle et abstraite du citoyen induite par l'universalisme (A). Cela passe paradoxalement par une meilleure reconnaissance des individualités (B).

A. Le dépassement de la logique individuelle et abstraite du citoyen

309. La lutte contre les discriminations est limitée. Elle nécessite qu'une victime de la discrimination soit identifiée, qu'un acte discriminatoire commis par un auteur identifié le soit aussi et que cela soit fait dans le cadre d'un des motifs de discrimination identifié par la loi. Il semble indispensable, pour saisir les discriminations systémiques, de dépasser le besoin d'une victime identifiée (1) pour faire cesser la discrimination qui l'affecte. Ensuite, il convient pour remédier à une situation de discrimination systémique de dissocier son traitement de celui d'une discrimination individuelle (2).

1. Dépasser le besoin d'une victime identifiée

310. Le groupe n'est – pour l'heure – saisi que de manière négative et réactive par la discrimination indirecte. En effet, pour qu'il y ait discrimination indirecte, il faut avant toute chose qu'une mesure – qui sera l'objet du litige – ait été effectuée. Cependant, la situation globale, au niveau national, dans laquelle se situe le groupe, par exemple un taux d'accès à l'emploi inférieur à celui d'un autre groupe, ne saurait être suffisante pour déclencher les mécanismes de la discrimination. D'abord, parce que l'on ne saurait quoi sanctionner lorsque le désavantage résulte d'une multitude de décisions, parfois mineures, lorsqu'elles sont prises isolément. Et ensuite, parce que l'on ne saurait désigner un auteur à cette situation désavantageuse pour un groupe. C'est toute la complexité des discriminations systémiques : une pluralité de causes et d'auteurs.

311. De même, l'absence de certains profils au sein d'une entreprise ne peut à l'heure actuelle être sanctionnée sans qu'un candidat écarté injustement – selon lui – d'un processus d'embauche, ne forme un recours devant la juridiction prud'homale sur la base d'aucun autre élément que son ressenti⁵⁷⁸ ou de propos tenus lors de l'entretien. Le candidat n'ayant jamais eu accès à l'entreprise, il n'est pas non plus en mesure d'en connaître la composition des effectifs et la nullité de la procédure d'embauche ne saurait lui permettre d'être recruté. Il n'y a donc, pour lui, pas grand-chose à gagner – et donc à poursuivre – alors même que la discrimination pouvait exister. Questionner la diversité de l'entreprise permettrait de ne pas avoir besoin d'attendre qu'une victime de discrimination évincée conteste le sort qui lui a été réservé ou qu'une décision individuelle et discriminante soit prise. C'est la succession dans le temps de plusieurs décisions favorisant certains candidats plutôt que d'autres et aboutissant à une homogénéité des salariés qui pourrait dès lors être sanctionnée.

312. Le principe d'égalité, comme le principe de non-discrimination, nécessite la constatation d'une différence de traitement à l'égard d'un individu en particulier, il faut donc

⁵⁷⁸ Qui pourra ne pas être le même que celui du juge, ce dernier pouvant lui aussi avoir des préjugés. V. sur le sexisme des juridictions portugaises mis en évidence par la CEDH, 25 juillet 2017, *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, req. n° 17484/15: *AJ fam.*, 2017, p. 485, obs. Kiteri Garcia. Dans cette affaire, l'âge et le sexe de la requérante étaient apparemment des éléments décisifs dans la décision définitive de la Cour administrative suprême non seulement de réduire le montant de l'indemnité accordée pour souffrance physique et mentale mais aussi pour le recours à une aide à domicile. Cette décision était de surcroît fondée sur le postulat général que la sexualité n'a pas autant d'importance pour une quinquagénaire mère de deux enfants que pour une femme plus jeune. Pour la Cour, ces considérations révèlent des préjugés dominants au sein de la magistrature portugaise.

obligatoirement une victime pour que ces mécanismes entrent en jeu. Ce n'est pas le cas avec la diversité, il n'est plus besoin d'avoir une victime d'un traitement discriminant, le manque de diversité suffirait à enclencher les mécanismes de promotion de la diversité ou de sanction de son absence.

313. L'autre difficulté majeure que posent le principe d'égalité de traitement et le principe de non-discrimination est qu'en plus d'avoir besoin d'une victime, il est également nécessaire que cette victime fasse valoir son droit à un traitement égal. La plupart des gens font rarement la démarche de saisir le juge et cela est encore plus vrai lorsque la personne en question est un salarié en état de précarité ou qu'il n'a tout simplement pas conscience d'être discriminé (ou le refoule). Celui qui se voit refuser l'accès à un poste ne fera pas de recours de peur d'être *black-listé* dans cette entreprise, voire dans toutes les autres du secteur, de la même manière que le salarié en CDD ne fera que très rarement un procès à son employeur temporaire pour réclamer le bénéfice d'une prime de fin d'année, d'intéressement ou autre, parce qu'il peut espérer intégrer un jour l'entreprise pour une durée indéterminée.

314. L'absence de recours est donc particulièrement problématique, car il bloque la promotion de l'égalité, qui en définitive, concerne tout le monde. Un salarié qui fait un procès à son employeur sur le fondement de l'égalité de traitement ne fait pas que récupérer les sommes qui lui sont dues, il contribue à changer les pratiques dans l'entreprise.

2. Dissocier le traitement de la discrimination systémique de celui des cas individuels

315. Il existe deux niveaux d'appréciation d'une discrimination, le niveau individuel et celui du groupe auquel l'individu appartient. Si l'on prend un exemple qui fait couramment polémique à savoir : « existe-t-il un racisme anti-blanc ? », il existe sans nul doute des actes racistes motivés par la couleur blanche d'un individu, pour autant, le groupe des Blancs n'est pas victime de racisme d'un point de vue systémique. Ce qui distingue une victime « minoritaire » d'une simple victime ponctuelle, c'est l'existence d'une concordance entre ces deux niveaux où la discrimination individuelle s'inscrit dans une dynamique plus large à laquelle l'ensemble du groupe est confronté. Le « racisme anti-blanc » ne saurait donc exister dans la mesure où la discrimination dont un individu peut être victime n'a pas de traduction systémique qui placerait le groupe auquel il appartient dans une situation discriminante.

316. En quoi la diversité peut-elle être utile dans cette situation ? Telle que l'on souhaite l'entendre, il s'agit, d'une part, d'un moyen d'opérer cette mise en perspective entre l'individuel et le collectif, entre l'acte discriminatoire affectant la personne et la somme de ces actes qui minent l'ensemble du groupe. Et d'autre part, il s'agit d'un outil de rationalisation et d'organisation des mesures positives, notamment en définissant quel principe de justice adopter en fonction de la sphère⁵⁷⁹ en cause (travail, éducation, formation, politique, *etc.*) et des inégalités constatées, mais aussi en utilisant les mesures positives appropriées en fonction des caractéristiques que l'on souhaite aider.

317. Ainsi, on peut considérer le respect de la diversité comme une justification à l'utilisation de mesures positives, qui normalement (si la diversité était respectée) ne seraient pas utiles, donc pas justifiées et donc interdites. Une personne noire par exemple pourrait être recrutée de manière préférentielle par rapport à une personne blanche lorsqu'au niveau national on constate un manque de diversité dans l'accès à l'emploi et uniquement si cette situation est également constatée dans l'entreprise. La personne blanche dans cette situation peut s'estimer discriminée, mais la différence de traitement étant justifiée, la qualification de discrimination pourra être écartée, à condition néanmoins de respecter un certain degré de proportionnalité, en exigeant des compétences suffisantes pour occuper le poste ou *a minima* des compétences égales. En revanche, si l'entreprise où l'on souhaite appliquer la mesure positive est revenue à l'équilibre, alors la discrimination pourra être qualifiée.

318. L'ambivalence des critères discriminatoires est ce qui garantit la compatibilité des mécanismes de non-discrimination au principe d'universalité, ce doit l'être également avec la diversité. On peut cependant s'interroger sur l'opportunité de limiter la recherche de diversité à la condition qu'une discrimination systémique, et donc affectant l'ensemble du groupe, existe⁵⁸⁰. Ainsi, une personne blanche ne pourrait pas bénéficier, du moins à ce titre, d'une mesure positive au sein d'une entreprise, y compris lorsque celle-ci accuse un déficit en la matière, car au niveau national le groupe « blanc » ne connaît pas de difficulté dans l'accès à l'emploi. En empêchant l'utilisation de mesures positives dans une entreprise où les personnes blanches seraient sous-représentées, on évite la création de déséquilibres entre les entreprises favorisant systématiquement l'accès des blancs dans certains emplois alors que dans le même

⁵⁷⁹ V. *infra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §1 : La définition des périmètres de la diversité.

⁵⁸⁰ V. *infra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §2, A. Un objectif de représentation « miroir » de la diversité.

temps, l'accès des autres restera bloqué faute de mesures en faveur de la diversité pour venir les aider. C'est une question souvent posée concernant la féminisation de certains corps prestigieux, notamment ceux de la justice. La féminisation peut être présentée par certains comme étant un « problème », car les magistrats ne seraient plus alors à l'image de la société⁵⁸¹ – si tant est qu'ils l'aient déjà été, alors qu'elle est la conséquence logique de la féminisation des études de droit et que cette question ne semblait pas faire difficulté lorsque la profession était fermée aux femmes. Le « deux poids deux mesures » qui affecterait le choix d'un employeur de prévoir des mesures positives pour rattraper la situation des groupes déjà majoritaires, oblige à s'interroger sur le bien-fondé d'autoriser des mesures positives bénéficiant à ceux qui ne sont pas affectés par les discriminations systémiques et qui contribueraient à faire perdre à ceux qui le sont le peu de terrain qu'ils seraient parvenus à gagner. C'est pourquoi le respect de la diversité devrait davantage relever d'une obligation légale que d'une action volontaire et non coordonnée des entreprises. Car si à l'échelle de l'entreprise, promouvoir la diversité peut sembler une bonne idée, cela peut avoir pour conséquence de l'affecter fortement à l'échelle « macro ». Supposons que l'on mette en place des quotas dans toutes les branches liées aux soins (jeunes enfants et personnes âgées) en faveur des hommes, mais que rien ne soit fait dans les métiers fortement masculins, cela aurait des conséquences dramatiques (si tant est qu'il y ait des candidats hommes pour remplir les quotas) sur l'accès des femmes à l'emploi. C'est pourquoi la diversité doit être un objectif imposé à toutes les entreprises et administrations si l'on veut permettre que l'argument de la recherche de diversité soit ambivalent et profite aux hommes comme aux femmes, aux blancs comme aux noirs, *etc.* L'autre solution serait celle évoquée précédemment, à savoir ne pas autoriser les mesures positives en faveur des catégories de personnes non affectées par une discrimination systémique. Mais cela pose deux grandes difficultés. La première est que cela requerrait un suivi très fréquent des inégalités pour savoir à quel moment le rattrapage d'une catégorie sur l'autre aura été opéré. La seconde, plus importante peut-être, est qu'en privant la diversité de son caractère « ambivalent », on la coupe de son lien avec le principe d'universalité et on ne permet pas de combattre les principaux effets indésirables des mesures positives que sont les stéréotypes et préjugés (notamment d'incompétence) affectant leurs bénéficiaires et la contestation de ces mesures par ceux qui ne peuvent en profiter. Ce dernier

⁵⁸¹ V. Jean-Baptiste JACQUIN, « Le recrutement de magistrats peine à se diversifier », *Le Monde*, 04 mai 2018 ; ou encore le billet de blog de [From ENM with Love](#), les billets sur *dalloz-étudiant* du [Pr. Mustapha MEKKI](#) et de la [Pr. Martine LOMBARD](#).

point est important à prendre en compte, car seule une acceptation commune de la légitimité d'une mesure permet son maintien sur le long terme⁵⁸².

B. La reconnaissance des individualités

319. La reconnaissance de « groupes » fait souvent craindre une dérive communautariste, mais celle-ci peut être désamorcée si le droit accepte de prendre en considération la diversité inhérente à chaque individu (1). Ce qui suppose de reconnaître et d'exploiter la notion de discriminations multiples et plus particulièrement celle de discrimination intersectionnelle (2).

1. La diversité inhérente à chaque individu et la lutte contre les stéréotypes

320. L'assignation d'un individu à un groupe ne signifie pas son enfermement dans ce groupe. L'individu, parce qu'il est unique, singulier, ne relève pas d'un seul groupe, mais de plusieurs. Il est homme ou femme, blanc, noir, asiatique, métis, *etc.*, il est valide ou invalide, il est homosexuel, hétérosexuel ou bisexuel, il est marié, pacsé ou non, avec une famille ou non, syndicaliste ou non, de droite, de gauche ou ni l'un ni l'autre, *etc.* Un individu ne saurait être défini par une seule appartenance à un groupe. C'est d'ailleurs tout l'objectif poursuivi en droit américain par la constitution de « masse critique » d'étudiants dans les universités⁵⁸³. L'idée étant que la multiplication des membres d'un groupe au sein d'un effectif confrontera les autres personnes constituant ce dernier à la diversité intrinsèque existante au sein du groupe et permettra ainsi de combattre et de déconstruire les stéréotypes attachés à ce groupe.

321. En revanche, il est vrai que certaines caractéristiques sont plus « marquantes » que d'autres, portent plus préjudice que d'autres, et peuvent ne pas être les mêmes selon le contexte dans lequel on se trouve (travail, éducation, politique, vie privée⁵⁸⁴, *etc.*). En ce sens,

⁵⁸² V. à ce sujet les arguments ayant justifié l'universalité des prestations familiales : le fait que les plus riches bénéficient des prestations au même titre que les familles plus pauvres contribue à légitimer le fait qu'ils contribuent davantage à l'impôt qui finance ces prestations. L'argument est également évoqué pour lutter contre la volonté d'instaurer la dégressivité ou un plafonnement plus bas des allocations chômage pour les plus hauts revenus. Or, les cadres, qui seraient particulièrement affectés par une telle mesure, sont les plus gros contributeurs du régime d'assurance chômage, pour un taux de recours très faible. Ce qui rend la proposition inacceptable à leurs yeux.

⁵⁸³ *University of California Regent v. Bakke*, (1978) 438 U.S., op. Juge Powell p.312, V. *supra* §258.

⁵⁸⁴ La question pourrait se poser par exemple lorsque des colocataires cherchent à remplacer l'un d'entre eux : peuvent-ils exiger, dans l'annonce, que les candidats à la colocation aient certains traits de caractères ? Qu'ils aient certaines opinions politiques afin d'éviter une ambiance délétère au sein de la colocation ? Ne participent-

l'identité est contextuelle. Puisqu'il s'agit d'identifier la personne, et de se faire identifier, les traits mis en avant varient selon le contexte. Par exemple, si l'on demande à une femme française noire de se définir : lorsqu'elle est à l'étranger, elle dira qu'elle est française, à l'inverse en France, sa singularité s'exprimera davantage par sa couleur de peau, et enfin dans une réunion remplie d'hommes, c'est par son sexe qu'elle se démarquera. C'est ce qu'explique Alain Bernard lorsqu'il dit que « l'identité apparaît d'abord comme un fait de conscience subjectif, individuel. Un sentiment d'être par lequel l'individu éprouve que son "moi" le distingue radicalement des autres »⁵⁸⁵. C'est donc dans le rapport à l'autre que l'identité se construit et émerge dans la sphère sociale. Cependant, la « vie collective exige une certaine stabilité des agents sociaux et une prévisibilité de leurs comportements. Elle assigne donc aux individus certaines caractéristiques et façonne leur comportement en fonction de ces attributs. [...] Le droit contribue à ce mécanisme fixateur en assurant la permanence de certains éléments de l'identité, [...] en plaçant ces éléments hors de portée de la volonté individuelle »⁵⁸⁶.

322. Il est courant d'associer à la reconnaissance des groupes le « danger » de favoriser le « communautarisme »⁵⁸⁷, c'est-à-dire une société dans laquelle « l'individu n'existe pas indépendamment de ses appartenances, qu'elles soient culturelles, ethniques, religieuses ou sociales »⁵⁸⁸. Cette approche des différences relève de l'évidence dans la plupart des pays anglo-saxons, mais est très négativement connotée en France. Elle y est en effet perçue comme pouvant conduire à la dislocation de l'unité, et à des dérives, comme la ségrégation spatiale des populations. Celle-ci est perçue en France comme une solution qui ne permet pas le vivre ensemble, qui empêche les individus de se rencontrer, de discuter et que leur connaissance de l'Autre se résume aux stéréotypes attachés au groupe auquel ils appartiennent. Il faut être confronté à la diversité pour déconstruire ces stéréotypes. C'est notamment pour empêcher que l'individu ne soit « enfermé » dans les limites d'un groupe que le droit du Conseil de l'Europe reconnaît comme « un droit d'importance capitale dans le domaine de la protection des minorités [...] le droit de libre identification ». La Cour

ils pas à entraver l'accès au logement en raison des opinions politiques si le propriétaire les laisse choisir de la sorte leur nouveau colocataire ?

⁵⁸⁵ Alain BERNARD, « L'identité des personnes physiques en droit privé », in *L'identité politique*, Centre de relations internationales et de sciences politique d'Amiens, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, éd. PUF, 1994, pp. 127-155, spéc. p. 129.

⁵⁸⁶ *Id.*

⁵⁸⁷ Bruno PERREAU, « L'invention républicaine. Éléments d'une herméneutique minoritaire », *Pouvoirs*, n°111, 2004/4, pp. 41-53.

⁵⁸⁸ Catherine HALPERN, « Communautarisme, une notion équivoque », *Sciences Humaines*, 1^{er} avril 2004.

strasbourgeoise, a récemment rappelé dans une décision du 19 décembre 2018 que l'« aspect négatif du droit de libre identification » se traduit par le fait de pouvoir « choisir de ne pas être traité comme une personne appartenant à une minorité »⁵⁸⁹. Ainsi, la personne doit toujours être en mesure de se détacher du groupe, notamment lorsqu'une autre de ses caractéristiques la place en état de minorité au sein même de son groupe.

323. La diversité, en ce qu'elle traite pareillement les différents critères de différences, permet de mettre en évidence le fait que chaque individu n'appartient pas à *un* groupe, mais à *plusieurs* groupes. Si l'on détermine les groupes en fonction des motifs de discrimination existants, il apparaît que chaque individu appartient à différents groupes. Par exemple, un homme peut être noir, valide, âgé, catholique, gay, non syndiqué, *etc.* Chaque combinaison possible reconstitue une partie de l'individu et de la singularité de son identité. La reconnaissance de la diversité passe par l'admission qu'une personne ne saurait être réduite à un seul signe distinctif. Deux individus peuvent avoir une expérience très différente des discriminations parce qu'ils n'ont pas la même couleur de peau par exemple, mais ils peuvent avoir une expérience commune parce qu'ils sont tous deux dans une situation de handicap. De même, l'expérience d'une discrimination liée à sa couleur de peau peut être sensiblement différente selon que la personne est homme ou femme. L'appartenance plurielle des individus à des groupes est ce qui permet à ces groupes de ne jamais être déconnectés les uns des autres.

324. Il est donc contreproductif de vouloir améliorer en priorité la situation d'un groupe en particulier, au motif que cela est plus facile ou plus efficace, notamment parce que cela concernerait plus de personnes. Une telle approche divise le corps social et produit des effets secondaires néfastes, comme la stigmatisation des bénéficiaires des mesures. Il est donc impératif de promouvoir la diversité dans son ensemble et de prendre également en considération les discriminations intersectionnelles et de les corriger.

2. *La reconnaissance de l'intersectionnalité*

325. Ne pas réduire les individus à une seule caractéristique permet d'appréhender les situations de discriminations multiples parfois rendues difficilement saisissables par les mécanismes classiques de non-discrimination.

⁵⁸⁹ CEDH, 19 déc. 2018, *Molla Sali c. Grèce*, req. n° 20452/14.

326. Il est possible de distinguer différentes formes de discriminations multiples. Il peut s'agir d'une « discrimination additive » où « un motif s'ajoute à un autre motif » ; d'une discrimination parallèle, c'est-à-dire l'hypothèse où une femme handicapée serait « discriminée en tant que femme dans l'emploi et en raison de son handicap dans l'accès à certains services » ; ou encore d'une discrimination combinée où « les motifs se cumulent dans une même situation – l'emploi, par exemple – ce qui intensifie l'expérience »⁵⁹⁰. C'est cependant dans les discriminations intersectionnelles⁵⁹¹ à savoir lorsque « différents motifs de discrimination interagissent les uns avec les autres »⁵⁹² que résident les plus grandes difficultés sur le plan juridique.

327. La théorie de l' « intersectionnalité » a été élaborée par la juriste américaine Kimberlé Crenshaw à la suite du rejet par un juge de l'action intentée par Emma DeGraffenreid pour faire reconnaître une discrimination à l'embauche en raison du fait qu'elle était une femme noire⁵⁹³. Le juge avait procédé de manière tout à fait « classique » en vérifiant s'il y avait une discrimination fondée sur le sexe ou sur la race, et ayant constaté qu'il existait au sein de l'entreprise des personnes afro-américaines et des femmes, il en a déduit que ni l'une ni l'autre de ces discriminations n'étaient constituées en l'espèce. Or, Emma DeGraffenreid tentait de démontrer que son vécu ne pouvait être comparé à celui des femmes blanches ou à celui des hommes noirs et que l'entreprise en l'occurrence ne comptait aucune femme noire. Le juge a rejeté son argumentation en estimant que parce qu'elle demandait la combinaison de deux critères, elle avait deux fois plus de chances d'être protégée et que cela constituerait une mesure préférentielle, car les hommes noirs ne peuvent invoquer que la « race » et les femmes blanches que leur « sexe » dans un procès pour discrimination. Or, aucune de ces deux catégories n'avait à combiner ces deux éléments pour pouvoir raconter l'histoire de la discrimination qu'elles vivaient. L'injustice était donc double puisque non seulement elle n'avait pas pu accéder à l'emploi, mais en plus la discrimination dont elle était victime n'était pas saisissable par les juges et donc encore moins sanctionnée.

⁵⁹⁰ P. MARTIN, préc., note 422, 588.

⁵⁹¹ Kimberlé CRENSHAW, *Demarginalizing the Intersection Between Race and Sex. A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist politics*, University of Chicago Law Forum 1989, p. 139.

⁵⁹² Par exemple, une femme noire s'estime discriminée à l'embauche. Cette personne peut avoir été victime d'une discrimination combinant deux critères distincts : sa couleur de peau et son sexe, mais la preuve de cette discrimination sera particulièrement difficile à rapporter puisque l'employeur pourra alléguer qu'il ne discrimine pas en raison de la couleur de peau car il y a des (hommes) noirs au sein de l'entreprise et qu'il ne discrimine pas non plus en raison du sexe car il y a de nombreuses femmes également. Mais il n'y a aucune femme qui soit noire.

⁵⁹³ V. la conférence de Kimberlé CRENSHAW, « The Urgency of intersectionality », *TedEx*, octobre 2016.

328. La difficulté est identique en France où il est en effet bien délicat de démontrer, notamment sur le terrain probatoire, qu'une discrimination résulte de la combinaison de deux caractéristiques de l'individu. Marie Mercat-Bruns explique à ce sujet qu'« au lieu de multiplier les preuves de discriminations, la présence de plusieurs critères mobilisables pour défendre les intérêts d'une personne discriminée semble nuire à la preuve de ces discriminations et à leur visibilité⁵⁹⁴ : la difficulté technique en droit réside, semble-t-il, dans l'absence du bon comparateur »⁵⁹⁵. C'est la raison pour laquelle, si l'on reprend l'exemple des femmes noires, « la preuve distincte ou combinée de la discrimination fondée sur l'origine et de celle fondée sur le sexe échoue »⁵⁹⁶.

329. Le droit européen a évoqué cette forme de discrimination, notamment dans le §3 du Préambule de la [directive 2000/78/CE](#), en rappelant 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* »⁵⁹⁷.

330. Bien que le droit français n'ait pas prévu explicitement une telle approche des discriminations, cette dernière a cependant pu être entrevue dans un arrêt du 11 janvier 2012 rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation⁵⁹⁸. Le terme d'intersectionnalité n'est pas apparu dans la décision, mais ses mécanismes sont bien relevés par les juges. La Cour énonce en effet qu' « *en vertu de l'article L. 1132-1 du Code du travail, aucun salarié ne peut être licencié en raison de son sexe ou de son apparence physique* » et que « *la cour d'appel [qui] a relevé que le licenciement avait été prononcé au motif, énoncé dans la lettre de licenciement que "votre statut au service de la clientèle ne nous permettait pas de tolérer le port de boucles d'oreilles sur l'homme que vous êtes", ce dont il résultait qu'il avait pour*

⁵⁹⁴ Sarah. HANNETT, « Equality at the Intersections : the Legislative and Judicial Failure to tackle multiple discrimination », *Oxford Journal of Legal Studies* n° 23, 2003, p. 65.

⁵⁹⁵ Marie MERCAT-BRUNS, « Les discriminations multiples et l'identité au travail au croisement des questions d'égalité et de libertés », *RDT*, 2015, p.28.

⁵⁹⁶ *Id.*

⁵⁹⁷ Une formulation similaire se retrouve au [§14 du Préambule 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](#).

⁵⁹⁸ *Cass., Soc. 11 janv. 2012, n° 10-28.213, RDT*, 2012, p. 159, obs. Moizard ; *Dalloz actualité*, 8 févr. 2012, obs. Perrin ; *RJS*, 3/2012, n° 214.

cause l'apparence physique du salarié rapportée à son sexe [et] qu'ayant constaté que l'employeur ne justifiait pas sa décision de lui imposer d'enlever ses boucles d'oreilles par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, elle a pu en déduire que le licenciement reposait sur un motif discriminatoire ». C'est donc bien une combinaison de deux critères qui en l'espèce est retenue : celui de l'apparence physique et celui du sexe. Cependant, cette situation n'a plus aujourd'hui à être appréhendée par une combinaison de deux critères puisqu'elle peut l'être grâce au nouveau critère de l'« identité de genre »⁵⁹⁹.

331. L'intersectionnalité et plus généralement les discriminations multiples sont particulièrement importantes à prendre en considération dans le cadre de politiques de diversité, car toutes les mesures positives qui viseraient à encourager/promouvoir/faciliter l'accès de certaines catégories de personnes, par exemple en fonction de leur couleur de peau, pourraient avoir pour effet pervers d'exclure celles et ceux qui se trouvent déjà en position de minorité au sein même du groupe discriminé : les femmes, les personnes en situation de handicap, les homosexuels, *etc.* De la même manière, si la promotion de la diversité se fait par la déconstruction de stéréotypes, il est impératif de ne pas combattre *que* les stéréotypes dont sont victimes les membres « majoritaires » du groupe « minoritaire ». Les stéréotypes affectant les femmes musulmanes sont différents de ceux attachés aux hommes musulmans, les stéréotypes dont souffrent les lesbiennes sont différents de ceux touchant les *gays* qui sont encore différent de ceux concernant les bisexuels, *etc.* Il faut donc qu'une attention particulière soit portée sur la situation de ceux qui cumulent les risques de discrimination. Pour cela, il est impératif, lors de la construction de mesures en faveur de la diversité, que toutes les facettes des individus soient traitées de manière simultanée et non de façon indépendante, voire différée les unes par rapport aux autres.

§2 : Une justification objective et légitime à la prise en considération de motifs prohibés

332. Ce nouvel objectif ne vise pas à donner à tout le monde l'accès à un même droit, ce qui relèverait d'un projet égalitariste peu réaliste, ou de donner à ceux qui seraient plus nécessaires, ou qui ont le plus de mérites, mais de s'assurer que le processus de sélection, quel qu'il soit, n'affecte pas les chances des individus en raison de leur appartenance ou leur

⁵⁹⁹ Art. L. 1132-1 du code du travail dans sa rédaction actuelle issue de l'article 70 de la [loi n° 2017-256 du 28 février 2017](#) de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique.

non-appartenance à un groupe identifié par l'un des critères discriminatoires. La diversité, telle qu'on choisit de l'entendre, est donc différente d'une diversité ouverte comme elle a pu être retenue dans la jurisprudence états-unienne. Elle doit certes être évolutive, à la fois dans le temps, pour tenir compte des changements que connaîtrait la population française (tant dans sa composition que dans les processus d'exclusion qui pourraient s'opérer), et au regard des sphères concernées, mais momentanément fermée aux critères qui ne posent aucune difficulté sur le plan systémique. De telles précautions semblent nécessaires pour ne pas noyer la diversité dans un océan de critères surabondants. L'objectif, qui sans nul doute devrait être encadré par le législateur, pourrait être d'avoir une représentation « miroir » de la diversité (A), certains filtres pouvant être ajoutés pour tenir compte des spécificités de chaque sphère. L'intérêt d'une adaptation à chaque sphère sera présenté dans le cadre de celle du travail (B).

A. Un objectif de représentation « miroir » de la diversité

333. L'idée principale de la « diversité » est de permettre de vérifier que l'accès à un bien est effectivement ouvert à tous quelles que soient les caractéristiques identitaires des individus. Cela se traduira, dans l'entreprise, par la recherche d'effectifs reflétant le plus exactement possible la composition de la société française, ou, puisque l'on se situe dans une sphère disposant de ses propres règles de distributions (notamment liées aux compétences), des effectifs représentatifs de la population formée aux emplois de l'entreprise. Faire de la représentation en « miroir » des effectifs un objectif ne remet pas en cause les règles de justice définies au sein de la sphère, elle vient au contraire les renforcer en contrôlant que les décisions sont prises au regard de cette règle et non de considérations injustes liées aux caractéristiques identitaires des personnes.

334. Pour vérifier que la diversité est « bien » représentée, il faut s'assurer que toutes les composantes de la diversité sont présentes dans de justes proportions, et dans les limites réalistes au regard de la taille de l'entreprise. Il est évident que la diversité attendue dans une petite structure de dix salariés ne sera pas appréciée de la même manière que dans une grande. Dans la première, l'appréciation de la diversité des effectifs pourra se faire sur la durée, au regard des embauches successives, et également des licenciements pouvant avoir lieu, alors que dans une grande entreprise, la masse des salariés permettra de rechercher une représentativité à un instant t .

335. La vérification du respect de la diversité suppose au préalable d'établir des statistiques permettant de définir avec précision ce qu'est la diversité française pour savoir de quoi – ou plutôt de qui – elle est composée. Cette étape est particulièrement problématique en France où il existe de nombreux débats sur la légalité, l'opportunité et l'utilité de recourir à de telles statistiques. Cependant, ce sont surtout les statistiques ethniques qui posent difficultés. La plupart des autres critères bénéficient déjà de ces statistiques notamment ceux relevant de l'état civil des personnes : le sexe, l'âge, la nationalité, *etc.* On remarque immédiatement la conséquence de cette différence de traitement des critères : alors que l'on dispose d'un grand nombre de rapports sur l'égalité entre les femmes et les hommes et que l'on mesure année après année son évolution, il existe concernant l'origine ethnique un tabou très fort. L'absence de données sur la composition ethnique de la société française ne permet pas de faire la lumière sur l'ampleur des discriminations vécues par certaines personnes qui, de ce fait, n'ont pas les moyens d'interpeller efficacement les pouvoirs publics. Qui plus est, elle nourrit également les fantasmes xénophobes d'une partie de moins en moins négligeable de la population, comme en atteste la banalisation de plus en plus préoccupante de la vision de l'extrême-droite sur les questions d'immigration et le durcissement de la politique d'asile⁶⁰⁰.

336. De plus, les statistiques collectées, du moins en ce qui concerne le sexe, sont déjà utilisées à des fins de reproduction des équilibres existant. Le principe de parité en matière politique a en effet été décliné, dans le cadre des élections professionnelles, aux listes pour le comité social et économique qui doivent être « *composées alternativement d'un candidat de chaque sexe jusqu'à épuisement des candidats d'un des sexes* »⁶⁰¹. Introduite à l'article L. 2324-22-1 par la loi « Rebsamen », cette obligation de parité est « adaptée » à l'environnement dans lequel auront lieu les élections. En effet, cet article requiert des organisations syndicales qu'elles composent leurs listes en respectant « *un nombre de femmes et d'hommes correspondant à la part de femmes et d'hommes inscrits sur la liste électorale* ». Ce qui signifie qu'on ne saurait exiger d'elles de proposer une proportion plus grande d'individus d'un sexe que les effectifs n'en contiennent réellement. L'article prévoit expressément les règles d'arrondis applicables lors de la transposition d'une proportion des électeurs à l'effectif beaucoup plus restreint des candidats (« *arrondi à l'entier supérieur en*

⁶⁰⁰ V. Le dossier législatif du projet de loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie (INTX1801788L), adopté en lecture définitive par l'Assemblée nationale le 1^{er} août 2018.

⁶⁰¹ Art. L. 2314-30 du Code du travail (modifié par l'article 1 de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales qui vient remplacer l'article L. 2324-22-1 du Code du travail créé par l'article 7 de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

cas de décimale supérieure ou égale à 5 » et « arrondi à l'entier inférieur en cas de décimale strictement inférieure à 5 »). La seule entorse a été précisée par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 qui a ajouté un alinéa à l'article issu de la loi Rebsamen et déplacé à l'occasion des ordonnances à L. 2314-30 du Code du travail et dispose que : « lorsque l'application de ces règles conduit à exclure totalement la représentation de l'un ou l'autre sexe, les listes de candidats pourront comporter un candidat du sexe qui, à défaut ne serait pas représenté. Ce candidat ne peut être en première position sur la liste ». Ainsi, le législateur entend imposer une « juste » représentation sexuée des effectifs, il est pour cela efficacement secondé par la chambre sociale qui a eu l'occasion de statuer sur l'annulation d'une élection dans laquelle un candidat masculin, dans une entreprise à 77% féminine, était le seul candidat sur la liste alors qu'il y avait deux sièges à pourvoir. La Cour de cassation a choisi de tirer un trait sur une jurisprudence antérieure qui permettait aux syndicats de proposer des listes incomplètes⁶⁰², bien souvent faute de volontaires – ce qui ne manquera pas de compliquer la tâche des petits syndicats⁶⁰³, en estimant que, « deux postes étant à pourvoir, l'organisation syndicale était tenue de présenter une liste conforme à l'article L. 2324-22-1 du code du travail, alors applicable, interprété conformément à la décision [n° 2017-686 QPC du 19 janvier 2018 du Conseil constitutionnel], c'est-à-dire comportant nécessairement une femme et un homme, ce dernier au titre du sexe sous-représenté dans le collège considéré »⁶⁰⁴. Le Conseil constitutionnel avait en effet considéré que la règle de l'arrondi « ne peut faire obstacle à ce que les listes de candidats puissent comporter un candidat du sexe sous-représenté dans le collège électoral » (ce qui ici aurait abouti à ce qu'aucun homme ne soit élu dans ce collège dès lors que $2 \times 23/100 = 0,46 < 0,5$)⁶⁰⁵.

337. Cet article fixe une limite basse pour permettre au sexe sous-représenté au sein de l'entreprise de candidater aux élections, mais il prévoit également une limite haute puisque les candidatures doivent être « conformes » à la composition sexuée des effectifs de l'entreprise. Or, l'existence d'une forme de limite haute risquerait d'entretenir la sous-représentation. En

⁶⁰² Cass., Soc., 17 décembre 1986, n° 86-60.278, Bull n°608.

⁶⁰³ V. en ce sens Gilles Auzero, « Précisions autour de l'exigence d'une représentation équilibrée des femmes et des hommes lors des élections professionnelles », *Lexbase*, La lettre juridique n°743 du 31 mai 2018, N°: N4206BX3.

⁶⁰⁴ Cass., Soc., 9 mai 2018, n°17-14.088, FS-P+B+R+I. : *Dalloz actualité*, 5 juin 2018, obs. Cortot ; *D.*, 2018, Actu. p. 1018 ; *RJS*, 7/2018, n° 491 ; *JS Lamy*, 2018, n° 456-1 ; *JCP S*, 2018, p. 1219, obs. Bossu.

⁶⁰⁵ Décision n° 2017-686 QPC du 19 janvier 2018, Confédération générale du travail - Force ouvrière et autres [Proportion d'hommes et de femmes sur les listes de candidats aux élections du comité d'entreprise] : Aurélia DE TONNAC, « Sur la conformité constitutionnelle de la représentativité proportionnée aux élections professionnelles », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, le 15 mars 2018.

effet, s'il y a peu de femmes dans l'entreprise, il y aura peu de femmes sur les listes et donc peu d'élues ce qui limitera leur poids dans la prise de décisions alors même qu'elles seraient les plus à même de faire part de leurs besoins (création d'une crèche d'entreprise, meilleure conciliation vie professionnelle / vie familiale, réduction des écarts de salaire et du plafond de verre, etc.), l'inverse étant tout aussi vrai dans les entreprises très féminisée. Cette limite haute revient à entériner la discrimination à l'embauche dont pourrait souffrir les femmes dans certains métiers, c'est pourquoi il serait intéressant de dissocier le plafond du plancher qui correspond au pourcentage de femmes effectivement présentes dans l'entreprise. Ce plafond pourrait être le nombre de femmes qualifiées pour l'emploi (au regard des effectifs sortant des formations initiales et professionnels) ou plus simplement de la part que représentent les femmes dans la société française. L'important étant finalement d'éviter dans l'utilisation de toutes formes de quotas un effet couperet qui bloquerait toute évolution vers plus d'égalité, un quota étant par principe ambivalent.

338. Cette situation révélée dans le cadre de l'application des obligations de parité sur les listes électorales professionnelles permet de mettre en évidence les conflits pouvant exister lorsqu'une sphère pénètre une autre sphère. En effet, si la diversité recherchée au sein de l'entreprise consiste à vérifier que toutes les catégories de la population ont les mêmes chances d'accéder à l'emploi, lorsque l'on est dans le cadre d'élections, ce sont les règles de la sphère politique qui reprennent le dessus. Or, si en matière politique, les représentants du peuple devraient être à l'image du peuple, par transposition, les représentants des salariés devraient être à l'image des salariés. Une telle transposition pose toutefois problème car les syndicats, outre le fait qu'ils représentent les salariés, représentent aussi les futurs travailleurs qui pourraient être embauchés et auxquels les accords négociés antérieurement s'appliqueront. Dans le cadre de la négociation collective, et c'est plus particulièrement visible avec les accords portant sur la diversité, la mission des syndicats est double : représenter les salariés (ou plus exactement, les intérêts généraux des personnes visées par leur statut), mais également ceux qui auront un jour un poste dans l'entreprise et ceux qui auraient déjà dû pouvoir y trouver une place si l'entreprise avait été inclusive. Or, pour avoir conscience des difficultés d'insertion des individus, de l'inadaptation de l'organisation du lieu de travail aux différents modes de vie ou besoins, mieux vaut que les négociateurs soient à l'image de ce que devraient être les effectifs et non de ce qu'ils sont... C'est d'ailleurs ce manque de connaissance, parfois d'intérêt, de la part des syndicats pour les difficultés pouvant être rencontrées par les personnes sous-représentées que l'on peut douter de la pertinence de

laisser le soin d'améliorer l'insertion de ces dernières entre les seules mains des partenaires sociaux. Enfin, les efforts consentis en matière de parité laissant entendre que la représentation des hommes et des femmes est un objectif légitime, on peut dès lors parfaitement imaginer qu'il pourrait en être de même pour toutes les caractéristiques relevant de ce que les travailleurs *sont*, que cela soit en raison de leur origine, leur âge ou leur handicap.

339. Il est également possible de raisonner différemment. Au lieu de rechercher une représentation exacte de la diversité, potentiellement inaccessible pour certaines entreprises, le législateur pourrait aménager des sanctions significatives pour celles présentant une trop grande uniformité. Puisque, « la mécanique même de l'action en discrimination implique la comparaison. Sauf cas particulier, la victime est donc amenée à se référer à un ou plusieurs modèles »⁶⁰⁶, il serait envisageable de considérer qu'une forte surreprésentation d'une catégorie de personnes au sein d'une entreprise, ou au sein des postes de direction de cette dernière, serait une preuve du déficit de diversité de ladite entreprise. En clair, dans la plupart des hypothèses, si une entreprise ne compte que des hommes blancs, elle a d'emblée un manque de diversité, la part de ces derniers ne devant en principe pas être supérieure à 40-45%. Pour autant, cette méthode ne permettrait pas de prescrire les mesures les plus à même de corriger ce déficit de diversité. En effet, le cumul de plusieurs critères pour définir ce modèle surreprésenté pourrait conduire à promouvoir le profil exactement opposé (femme non blanche) sans tenir compte de toutes les variantes qui pourraient exister (homme non blanc ; femme blanche). À l'inverse, l'absence de prise en considération d'un critère pourrait conduire à rendre invisible la représentation de certaines catégories de personnes (dans l'exemple aucune mention de la validité ou du handicap). En revanche, cette constatation de départ d'une surreprésentation d'un profil spécifique, assez simple à établir, pourrait être un élément déclencheur à une action en justice ou à l'adoption de mesures de correction, imposées soit par une négociation collective obligatoire soit par une condamnation judiciaire⁶⁰⁷. En définitive, ce qui importe c'est d'éviter « les tensions grandissantes qui existent entre différents groupes que l'on rassemble sous le terme générique de multiculturalisme »⁶⁰⁸. Ces tensions « sont rarement interrogées parce que prévaut la présomption d'une "unité de la différence" à savoir que toutes les différences sont analogues

⁶⁰⁶ P. MARTIN, préc., note 422, 597.

⁶⁰⁷ V. *infra* [Partie 2 : La mise en œuvre ordonnée de la diversité en droit du travail](#).

⁶⁰⁸ H. BENTOUHAMI et M. MÖSCHEL, préc., note 20, p. 459.

et équivalentes »⁶⁰⁹. Une représentation de la diversité ne saurait se satisfaire d'une simple confrontation entre « eux » et « nous ».

340. L'existence de collectifs de travail distincts et homogènes peut contribuer à fragiliser les accords négociés. Les emplois sont en effet compartimentés, les salariés hommes et femmes ne font pas les mêmes métiers, ne reçoivent pas la même reconnaissance professionnelle, et c'est également vrai pour l'origine des personnes. Certains employeurs mettent hors de la vue de la clientèle⁶¹⁰, ou cantonnent aux métiers pénibles, les travailleurs et travailleuses issues de l'immigration⁶¹¹, ou restreignent⁶¹², ainsi qu'aux jeunes⁶¹³, l'accès aux emplois stables pour les confiner dans des emplois temporaires. Les emplois ont une couleur, un âge et un genre. Or, aujourd'hui les accords négociés sont certes présumés conformes au principe d'égalité de traitement, depuis un revirement de la chambre sociale de la Cour de cassation du 27 janvier 2015, mais il n'en est, pour l'heure (et espérons que cela reste ainsi), pas de même pour le principe de non-discrimination. Or, une approche catégorielle des conditions de travail, du fait de la compartimentation de celui-ci, peut aboutir à octroyer des avantages susceptibles d'être qualifiés de discriminations indirectes. Tel fut le cas par exemple lorsque, par usage, la caisse de retraite de l'Opéra de Paris prévoyait pour les techniciens de plateau – qui se trouvent être majoritairement des hommes – un âge d'ouverture des droits à la retraite à 55 ans sans qu'aucun arrêté ministériel n'ait été pris en ce sens. Alors que dans le même temps, les personnels des services habillement et perruques-maquillages – majoritairement des femmes – ne bénéficiaient pas de cet usage⁶¹⁴.

341. Il serait donc préférable que pour la confection des listes électorales, les organisations syndicales recherchent plus que la simple parité, mais une véritable « diversité ». Une meilleure représentation des salariés en contrat temporaire, comme cela peut exister dans le

⁶⁰⁹ *Id.*, p. 460.

⁶¹⁰ V. CA, Paris, 11^e ch. Correc., 17 octobre 2003, Assoc. du restaurant du Bal du Moulin Rouge, *Dr. Ouv.*, juillet 2004, obs. M. Miné.

⁶¹¹ Pour exemple, « en Île-de-France, 69 % des salariés des entreprises de nettoyage et 66 % des personnes employées par les ménages sont immigrés » : Jacqueline PERRIN-HAYNES, « L'activité des immigrés en 2007 », Cellule Statistiques et études sur l'immigration, *Insee Première*, n°1212, 31 octobre 2008.

⁶¹² Cass. Soc. 15 décembre 2011, Airbus opération c. L., Fédération CGT de la Métallurgie et a., n°10-15.873, *Dr. ouv.*, août 2012, n°769, obs. V. Pontif.

⁶¹³ « Le taux d'emploi précaire des 15-24 ans est passé de 17,2 % en 1982 à 51,6 % en 2014 ». « Pour les jeunes peu qualifiés, l'emploi précaire est devenu un sas d'entrée dans l'emploi, dans lequel une partie reste enfermée un grand nombre d'années » : OBSERVATOIRE DES INÉGALITÉS, « L'évolution de la précarité de l'emploi selon l'âge », 7 octobre 2016.

⁶¹⁴ Cass., Soc., 30 septembre 2013 n°12-14.752 et n°12-14.964, *Dalloz actualité*, 17 oct. 2013, obs. Peyronnet; *RDT*, 2014, p. 45, obs. Mercat-Bruns ; *JCP S*, 2013, p. 1466, obs. Rozec.

cadre des entreprises de travail temporaire⁶¹⁵, permettrait d'améliorer la représentation des plus précaires et de manière indirecte celle des jeunes et salariés non-blancs. Ce n'est qu'en intégrant plus de diversité dans les syndicats que les revendications resteront professionnelles et non communautaristes. Un syndicat ne saurait en venir à défendre une catégorie de personnes en prônant des mesures préférentielles bénéficiant à cette catégorie comme cela a pourtant été admis par la chambre sociale qui a estimé que la candidature d'un syndicat, défendant l'indépendance du peuple corse dans ses statuts et promouvant dans une profession de foi une priorité d'embauche, à qualification égale, au bénéfice des travailleurs locaux, ne peut être remise en cause en l'absence de constatation que ce syndicat poursuit dans son action un objectif illicite, contraire aux valeurs républicaines⁶¹⁶. L'annonce publique visant à privilégier une catégorie de personnes devrait être jugée contraire au principe de non-discrimination, au même titre que n'importe quelle offre d'emploi qui exclurait ouvertement une catégorie de personnes comme cela a pu être jugé par la CJUE. Dans l'affaire *Feryn* du 10 juillet 2008, étaient en cause les propos publics tenus par le directeur d'une entreprise affirmant que sa société ne souhaitait pas recruter des personnes dites « allochtones ». La Cour a estimé que l'annonce publique « *est évidemment de nature à dissuader sérieusement certains candidats de déposer leur candidature et, partant, à faire obstacle à leur accès au marché du travail, constitue une discrimination directe à l'embauche au sens de la directive 2000/43. L'existence d'une telle discrimination directe ne suppose pas que soit identifiable un plaignant soutenant qu'il aurait été victime d'une telle discrimination* »⁶¹⁷. Autoriser des syndicats « communautaires », quand bien même ceux-ci auraient pour objet de défendre des salariés discriminés, serait contraire au principe de non-discrimination et détournerait les organisations syndicales de leur mission qui reste la défense collective des salariés⁶¹⁸, de tous les salariés. Une meilleure diversité des représentants des personnels offrirait ainsi une garantie d'efficacité et de pérennité des mesures négociées.

B. Les contours de la sphère « travail »

⁶¹⁵ Art. L. 2314-16 du Code du travail.

⁶¹⁶ Cass., Soc. 9 sept. 2016, n° 16-20.605 : *Dalloz actualité*, 26 sept. 2016, obs. Peyronnet ; *D.*, 2017, Pan., p. 2271, obs. Porta ; *RDT*, 2016, p. 715, obs. Odoul-Asorey ; *Dr. soc.*, 2016, p. 966 ; *SSL*, 2016, n° 1737, p. 11, obs. Champeaux ; *JS Lamy*, 2016, n° 418-6, obs. Pacotte et Leroy ; *JCP S*, 2017, p. 1343, obs. Pagnerre.

⁶¹⁷ CJCE, 10 juillet 2008, *Feryn*, aff. C-54/07, §.25.

⁶¹⁸ Dans une logique d'« égalité des places », V. sur cette notion François DUBET, « Égalité des places, égalité des chances », *Études*, n° 414-1, 2011, pp. 31-41.

342. On a entrevue que la diversité recherchée dans l'entreprise pourrait être une diversité différente de celle de la population française. Cela s'explique par les libertés devant être conciliées en matière d'emploi. La diversité dans la sphère du travail implique une confrontation entre deux droits et libertés constitutionnellement reconnues : le droit d'obtenir un emploi ou la liberté de travailler, d'une part, et la liberté pour l'employeur de choisir ses collaborateurs, d'autre part (1). La diversité apparaît comme un moyen de vérifier que l'accès à l'emploi est accordé à tous les citoyens de manière égale. Et par égal, on entend que tous ont les mêmes chances d'obtenir cet emploi et qu'ils n'en sont pas injustement écartés en raison de caractéristiques identitaires. La liberté d'entreprendre, et donc de choisir ses collaborateurs, doit pouvoir s'exercer par l'employeur sans porter préjudice au droit d'obtenir un emploi qui doit être garanti par l'État. Cet équilibre délicat qu'il est nécessaire de trouver permet de répartir les différentes responsabilités entre l'État et les employeurs privés à l'aide de la compartimentation des droits et libertés par sphères précédemment exposée (2).

1. Droit à l'emploi vs liberté de choix des collaborateurs

343. La sphère « travail » se caractérise par la mise en « concurrence » d'au moins deux grandes libertés de valeur constitutionnelle. La première est la liberté de travailler et le droit d'obtenir un emploi, qui concerne les salariés, la seconde est la liberté d'entreprendre et de choix des collaborateurs dont bénéficie l'employeur. La seconde vient limiter la première dans la mesure où l'employeur recherchant un « collaborateur », il est en droit d'exiger une personne compétente pour exécuter les tâches qu'il va lui confier. À l'inverse, il a été vu précédemment⁶¹⁹ que le droit à l'emploi n'est pas considéré comme un droit fondamental directement invocable par un travailleur, mais comme un droit-créance. En effet, « le Conseil constitutionnel a élevé le droit à l'emploi dans la catégorie des principes constitutionnels »⁶²⁰. Pour autant, « ce droit n'est pas conçu comme un droit subjectif directement "justiciable", mais davantage comme un intérêt collectif opposable au législateur. La concrétisation du droit à l'emploi constitue un objectif que l'État doit s'efforcer d'atteindre »⁶²¹. Nous ne reviendrons pas sur ce que nous pensons être le rôle de l'État dans la garantie d'une égalité d'accès à

⁶¹⁹ V. *supra* B. Le mirage du droit à l'emploi.

⁶²⁰ Philippe FLORES, Rapport rendu en tant que rapporteur dans l'affaire [Cass., Soc. 21 sept. 2017, n^{os} 16-20.270 et 16-20.277, FS-P+B+R+I, D. 2017. p. 1923](#) ; obs. J. Siro, *Dalloz actualité*, 30 sept. 2017 ; Christophe WILLMANN, « Requalification du contrat d'intérim : la Cour de cassation refuse la poursuite du contrat de travail comme seconde sanction », *Lexbase*, Hebdo édition sociale n° 714 du 5 octobre 2017, n° N0553BXR.

⁶²¹ L. FAVOREU et al., préc., note 230, p. 382.

l'emploi⁶²², tant quantitative que qualitative, car il s'agit ici de concilier les exigences – légitimes – des employeurs avec ce qui serait un droit à l'égal accès à l'emploi.

344. Il serait à la fois contreproductif et injuste d'exiger des employeurs qu'ils reproduisent au sein de leur entreprise la diversité de la population française : *injuste*, car il est légitime pour un employeur de pouvoir bénéficier d'une main-d'œuvre compétente qui soit en capacité d'exécuter les tâches confiées ; *contreproductif*, parce qu'exiger que toutes les entreprises reproduisent la diversité française, sans aucune considération pour les qualifications professionnelles, n'aboutirait qu'à faire peser sur les bénéficiaires des mesures positives une présomption d'incompétence, ce qui alimenterait les stéréotypes les plus tenaces – tant sur les populations bénéficiaires des mesures positives que sur la légitimité desdites mesures. C'est pourquoi, si une représentation équilibrée de la diversité doit être recherchée par les entreprises, elle ne saurait consister à reproduire à l'identique les proportions de la diversité française. Il faudrait en fait reproduire au sein d'une entreprise les proportions de la diversité des personnes formées. Un comparatif avec les personnes sortant des formations qualifiantes et celles inscrites à Pôle emploi permettrait de préciser l'objectif à atteindre pour l'entreprise. Cette dernière ne serait donc pas tenue d'embaucher 50% de femmes ingénieurs informatiques quand les formations d'ingénieurs informatiques ne comptent qu'entre 25 et 30% de femmes.

345. Une approche globale, c'est-à-dire qui ne s'attache pas à améliorer la situation d'une seule catégorie de personnes, permet de concilier plus facilement les mesures positives avec les exigences dégagées par le droit européen. En effet, dans l'arrêt *Badeck*, la CJCE a estimé qu' « *une action qui vise à promouvoir prioritairement les candidats féminins dans les secteurs de la fonction publique où les femmes sont sous-représentées doit être considérée comme étant compatible avec le droit communautaire lorsqu'elle n'accorde pas de manière automatique et inconditionnelle la priorité aux candidats féminins ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins, et lorsque les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats* »⁶²³. Ce que l'on appelle classiquement la « clause d'ouverture » serait, dans l'hypothèse d'une recherche de représentation plus juste de la diversité, automatiquement remplie puisque, techniquement, aucune priorité n'est fixée au bénéfice d'une catégorie.

⁶²² V. Supra [Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1, B\), 1\) Le droit à l'emploi](#).

⁶²³ [CJCE, 28 mars 2000, Badeck, Aff. C-158/97](#), point 23, Recueil 2000, p. I-1875.

Toutes les catégories sont concernées, que les personnes soient ou non victimes de discrimination ; la représentation doit être la plus proche possible de la diversité des personnes formées. Les seules mesures positives pouvant exister se trouveraient en matière d'accès privilégié à la formation dans le but de corriger les écarts déjà formés au sein de la sphère éducative, mais là encore, elle ne saurait concerner qu'une seule catégorie.

346. Ce filtre de la formation, qui est propre à la sphère « travail » est particulièrement utile dans le cadre de discriminations systémiques pour répartir la responsabilité de chaque composante de la société.

2. *La responsabilité de l'employeur circonscrite à la sphère travail*

347. Le fait de compartimenter la recherche de diversité à des sphères bien définies permet de limiter la responsabilité des différents acteurs participant à la discrimination systémique. Le principe même de la responsabilité de l'État et des employeurs a été brillamment justifié par deux auteurs. Daniel Borillo explique « le droit communautaire part du principe selon lequel la discrimination introduit un élément irrationnel dans le processus économique et par conséquent empêche le développement de toutes les potentialités du marché. C'est pourquoi, selon cette conception de la lutte contre les discriminations, le coût de l'intégration professionnelle des groupes discriminés doit se répartir entre l'État et les agents économiques privés »⁶²⁴. Olivier De Schutter va plus loin et explique que « l'entreprise doit assumer une responsabilité sociale, puisqu'elle bénéficie d'un ensemble d'avantages présents dans son environnement et que la collectivité lui fournit (infrastructures matérielles, cadre juridique, éducation, ressources humaines...), il semble normal que l'on puisse exiger de l'entreprise qu'elle contribue à l'objectif d'intégration de certains segments de la population exclus de l'emploi dès lors que les entreprises seraient les premières à en bénéficier »⁶²⁵.

348. L'employeur ne saurait être responsable des défaillances de l'État dans l'égalité d'accès de tous à l'éducation ou à l'enseignement supérieur. Il est en effet de la responsabilité de ce dernier de s'assurer que toutes les disciplines sont largement ouvertes, à tous, qu'il n'existe pas de conditionnement dès la petite enfance des jeunes filles vers les métiers du *care*

⁶²⁴ D. BORRILLO, préc., note 336 à la page 2.

⁶²⁵ Olivier DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail, liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Bruxelles, P.I.E., Peter Lang, p.27.

ou de découragements pour les matières scientifiques, qu'il n'existe pas non plus d'entrave à ce que des enfants d'ouvriers réussissent des études supérieures, *etc.* Les employeurs, grâce à la délimitation par sphère, n'ont pour obligation que de reproduire la diversité existante dans les bassins de formation ou au regard des compétences acquises. Certes, un tel déficit pourrait être comblé par la formation continue et la formation professionnelle, mais cela devrait être encouragé, voire subventionné par l'État, premier responsable des inégalités au sein de la sphère éducative. Sur ce dernier point, il est possible de nuancer notre propos compte tenu de la place grandissante des entreprises dans les établissements d'enseignement supérieur, privés comme publics⁶²⁶. La participation financière, ou la place laissée aux entreprises dans les conseils d'administration des établissements plaident pour que leur responsabilité dans le manque de diversité de certaines formations leur soit également, en partie, imputable.

349. Apparaissent donc, pour les employeurs, deux types d'obligations : une obligation de résultat ou *de moyens renforcée*, en ce qui concerne la reproduction au sein de l'entreprise de la diversité des personnes formées ; et une obligation *de moyens*⁶²⁷ (*simple*) en ce qui concerne le rattrapage des inégalités découlant de la sphère éducative. Au principe de M. Walzer, voulant qu'aucun avantage obtenu au sein d'une sphère ne saurait emporter des avantages dans une autre sphère, nous souhaitons donc ajouter que toute atteinte portée à la diversité au sein d'une sphère doit être réparée par les responsables de la répartition du droit faisant l'objet de la sphère. L'accès à l'éducation est de la responsabilité de l'État. C'est donc à ce dernier, si des inégalités d'accès à l'éducation ou de réussites scolaires adviennent, de les corriger. C'est également à lui d'apporter les correctifs temporaires nécessaires pour empêcher que ces inégalités ne pénètrent une autre sphère (par exemple en facilitant l'accès à la formation professionnelle des personnes n'ayant pas bénéficié des mêmes chances au cours de leurs cursus scolaires). Les employeurs sont tenus de ne pas porter atteinte à la diversité des personnes formées, il leur appartiendra donc de rendre des comptes si des inégalités apparaissent et de démontrer avoir pris toutes les mesures utiles à la correction de ces inégalités. C'est en cela que l'on se trouverait devant une obligation de résultat ou, pour être peut-être plus mesuré⁶²⁸, de moyens renforcés. Les obligations de l'employeur portent sur

⁶²⁶ Art. L. 712-3 du Code de l'éducation portant sur la gouvernance des universités et la répartition des sièges de leur conseil d'administration.

⁶²⁷ Pour rappel, voir la distinction entre obligation de résultat et obligation de moyen née sous la plume de René DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome V, Paris, A. Rousseau, 1923, pp. 539-545.

⁶²⁸ Jacky FAYOLLE, « À propos de la gouvernance par les nombres, pour une articulation de la raison juridique et de la raison statistique », 98-1, *Droit Société*, 2018, pp. 203-226, §.10 : « la preuve statistique n'est pas absolue mais fait sa place au doute raisonné ».

deux objets distincts. L'un concerne la recherche d'un état – à savoir un recrutement respectueux de la diversité des personnes *formées* – et se matérialise par une obligation de résultat ou de moyen renforcé. L'employeur se devra de ne pas discriminer, de diversifier ses recrutements, voire de mettre en place des mesures préférentielles afin d'obtenir un résultat déterminé. L'autre portera sur des actions visant à « seconder » l'État dans l'amélioration de la représentation de la diversité *française* parmi les personnes formées, ce qui en fait une obligation de moyens par nature. Si l'entreprise ne peut être contrainte de recruter des personnes non qualifiées, en revanche elle peut être soumise à l'obligation de faciliter l'accès à la formation de certaines personnes (en recevant en apprentissage des personnes au profil absent de l'entreprise par exemple) et, le cas échéant, de les promouvoir en priorité une fois la formation réalisée en respect, cette fois, du premier objectif.

350. Prenons un exemple. Admettons qu'il y a 50% de bachelières, 30% des élèves ingénieurs informatiques sont des femmes, 25% sont des diplômées, 20% des recrutés dans les années suivantes en tant qu'ingénieurs sont des femmes et au total 10% des ingénieurs sont des femmes. On constate donc que la sphère éducative est responsable d'une « perte » de 20 points en raison de biais dans l'orientation des étudiants (les bachelières se sont détournées des études d'informatiques pour x raisons). Pendant les études, il y a de nouveau eu une déperdition de 5 points. Et enfin 5 points ont de nouveau été perdus entre la sphère éducative et la sphère travail. Seuls ces derniers 5 points sont *a priori* imputables à des biais de recrutement au sein de la sphère travail, les 25 autres points perdus l'ont été au sein de la sphère éducative. La différence de 10 points entre le nombre de diplômées et le nombre d'ingénieures correspond, quant à elle, à la « dette » des années précédentes où les femmes accédaient encore moins aux études et emplois d'ingénieurs. Les employeurs et l'État se répartiront la responsabilité sur ces derniers 10 points, en revanche pour ce qui concerne les déperditions causées par la sphère éducative, seul l'État est responsable de ces déperditions dans la diversité et donc dans l'obligation de la reconstituer. Cette obligation, parce qu'elle consiste à influencer les choix d'orientation des individus, est par nature une obligation de moyens. L'État devra mener des actions visant à sensibiliser et promouvoir la discipline auprès des femmes, notamment par la mise en valeur de modèles auxquels les jeunes filles pourront s'identifier et par une orientation plus objective. Cette « simple » obligation de moyens pesant sur l'État ne constitue pas une « démission » dans la poursuite de l'égalité mais une précaution nécessaire face à une réalité sociale sur laquelle tenter d'influer de manière autoritaire serait contreproductif (crispations, rejets). En effet, influencer sur

l'orientation des hommes et des femmes (par exemple) revient à remettre en cause les assignations genrées au sein de notre société qui veulent que les femmes soient plus « naturellement » attirées/prédisposées pour les métiers de soins, littéraires, éducatifs, *etc.* et les hommes davantage vers les métiers manuels, les sciences, l'ingénierie, l'encadrement, *etc.* On ne peut forcer l'orientation sans porter atteinte à la liberté individuelle, quand bien même cette liberté serait enfermée dans les carcans de la société. L'autre raison pour laquelle une simple obligation de moyens suffirait est qu'il n'y a pas de fatalité à ce que les métiers exercés par les hommes et les femmes soient différents dès lors que la reconnaissance que l'on a de ces métiers n'est pas biaisée par des considérations sexistes. Ainsi, si l'on constate qu'il existe des primes pour les charges lourdes négociées dans les conventions de branche pour les métiers d'ouvriers majoritairement masculins, l'État se doit de contrôler qu'il existe une forme d'équilibre entre les différentes branches professionnelles, en particulier lorsque ces derniers sont non-mixtes. En effet, ce n'est pas un problème qu'hommes et femmes n'occupent pas toujours les mêmes types d'emploi du moment qu'ils sont valorisés en termes de compétence et de pénibilité⁶²⁹ de manière équivalente. Ainsi en toutes logiques, on devrait retrouver des primes pour les charges lourdes aussi bien dans les métiers du BTP que dans les services d'aide à la personne...

⁶²⁹ V. CJCE, 1er juillet 1986, *Gisela Rummler*, C-237/85 concernant un système de classification fondé sur l'effort physique prenant en considération la fatigue musculaire et le degré de pénibilité physique du travail. Dans cette affaire, les valeurs correspondant aux performances moyennes d'un seul sexe avaient été utilisées pour mesurer l'effort et la valeur du travail physique, ce qui constitue une forme de discrimination fondée sur le sexe. Pour ne pas être discriminatoire il aurait été nécessaire de « *prendre en considération, dans la mesure où la nature des tâches à accomplir dans l'entreprise le permet, des critères pour lesquels les travailleurs de l'un et l'autre sexe peuvent présenter des aptitudes particulières* ».

Conclusion Partie 1

351. La notion de diversité est donc le résultat d'un cheminement logique guidé par la volonté de garantir l'effectivité des droits, au-delà de la formulation du droit. Face à un droit prétendument universel, qui en réalité ne l'a jamais été, la diversité est une solution pour étudier le droit et ses effets, mais plus encore, une référence stable permettant de reformer un droit qui sera véritablement – ou du moins pendant un temps – universel. On peut, grâce à la théorie des sphères, définir des principes de justice distincts tenant compte de la multiplicité des biens à distribuer et des droits et libertés entrant en jeu dans cette distribution. La conciliation des droits et libertés pouvant se trouver en confrontation au sein d'une sphère permet de dégager quelle forme de justice doit y être appliquée. Une fois la règle de justice établie, ce devrait être la diversité qui sert de guide à la vérification que rien ne vient interférer avec la règle choisie. Le respect de la diversité, d'une sphère à l'autre est l'assurance que les valeurs d'une sphère ne colonisent pas une autre sphère et ne viennent pas priver, de manière systémique, un groupe de sa juste place au sein de chaque sphère.

Partie 2 : La mise en œuvre ordonnée de la diversité en droit du travail

352. L'idée directrice, précédemment développée, est d'utiliser la diversité comme un outil de contrôle de l'accès des individus à un droit, en l'espèce l'emploi. Pour cela, il sera nécessaire de la mesurer et donc d'en déterminer ses composantes. Une fois les mesures de la diversité effectuées, il s'agira de corriger toutes les anomalies détectées entre, d'un côté, la diversité française, servant de norme étalon, et de l'autre, la diversité constatée au sein de chaque entreprise. Un filtre pourra être introduit dans le respect des principes de justice définis au sein de la sphère de l'emploi, afin de distinguer, d'une part, les efforts d'introduction devant être fournis par les employeurs, et d'autre part, les efforts de formation devant être déployés par l'État pour pallier ses propres défaillances au sein d'autres sphères (principalement éducative). Ces mesures guideront les acteurs dans l'adoption de mesures permettant de réintroduire – ou même d'introduire pour la première fois – plus de diversité dans les effectifs de l'entreprise et de garantir un environnement également inclusif pour tous les individus en préservant la diversité ainsi obtenue. Cependant, de par les limites que peut connaître la mesure statistique et les impératifs tenant au principe de justice gouvernant la sphère de l'emploi, seuls certains critères pourront faire l'objet de mesures positives visant à leur introduction dans l'emploi, les autres devront se contenter d'une protection plus ou moins grande par le droit du travail. Certaines précautions découlant du respect de l'universalisme et visant notamment à ne pas créer ou renforcer des stéréotypes par l'utilisation abusive ou trop restrictive de mesures catégorielles doivent ainsi guider la recherche (Titre 1) et la sauvegarde (Titre 2) de la diversité.

Titre 1 : La recherche de diversité

353. Pour rechercher la diversité dans les effectifs d'une entreprise, il faut savoir ce que l'on recherche et donc ce qui compose la diversité. Or, les différences qui alimentent la diversité française ne sont pas toutes de même nature ou également mesurables. Certaines composantes se prêtent facilement à la mesure statistique car elles font d'ores et déjà l'objet d'une reconnaissance officielle, c'est notamment le cas pour les données contenues dans les registres d'état civil (sexe, âge, nationalité, lieu de naissance, lieu d'habitation, lien de filiation, etc.) ou par des organismes de santé (pour la reconnaissance de l'invalidité ou du handicap). D'autres sont « visibles » et devraient pouvoir faire l'objet d'une mesure, mais ils se trouvent confrontés à des difficultés d'ordre méthodologique et légal. On pensera surtout à l'épineuse controverse concernant la possibilité de mettre en place des statistiques ethniques en France. D'autres encore sont plus discrets comme la santé, l'orientation sexuelle, les opinions ou les croyances. Ces caractéristiques ne peuvent faire l'objet d'une mesure systématique, cela ne serait ni souhaitable – pour des raisons tenant notamment au respect de la vie privée – ni utile, la plupart des individus pouvant être comptabilisés sur la base des autres caractères précédemment cités. C'est pourquoi seules les caractéristiques pouvant faire l'objet d'une mesure (Chapitre 1) respectueuse de la vie privée des individus, pourront faire l'objet de véritable politique d'introduction dans l'emploi (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Des composantes de la diversité inégales face à la mesure statistique

354. Le débat sur l'universalisme et la figure du citoyen a permis de montrer que les réticences françaises à la reconnaissance des différences sont profondément ancrées dans notre société. La diversité suppose cependant de rompre avec certaines logiques antérieures en permettant de mesurer les groupes qui constituent la population française ou se trouvent sur le territoire français⁶³⁰. Les contraintes légales actuelles, dictées par le principe d'universalité des droits et du caractère indivisible du corps social, doivent donc être levées pour permettre une mesure de la diversité française dès lors qu'il est acté que la mesure et les mesures positives qui pourront en découler n'auront pas pour objet d'octroyer des droits supplémentaires à leurs bénéficiaires. Il s'agit notamment, et principalement, du débat récurrent sur le bien-fondé et l'utilité des statistiques ethniques en France, qui ne manquera pas d'être à nouveau relancé à l'occasion du projet de réforme constitutionnelle actuellement en cours d'examen par le Parlement⁶³¹. Cette dernière question concerne plus généralement celle de l'objet de la mesure (Section 1) : est-ce que toutes les différences des individus doivent faire l'objet d'une mesure ? À quoi sert une mesure si le critère qu'elle vise est invisible pour autrui, peut être dissimulé, peut n'être que temporaire ou librement abandonné ? Pour répondre à ces questions, il conviendra d'opérer une classification des composantes de la diversité au regard, d'une part, de l'utilité de la mesure et, d'autre part, des contraintes pesant sur la mesure (Section 2).

⁶³⁰ On n'oubliera pas en effet que de nombreux travailleurs étrangers bénéficient d'une autorisation de travailler sur le territoire français et doivent donc, à ce titre, bénéficier de droits d'accès à la sphère professionnelle sans discrimination liée à leur nationalité.

⁶³¹ V. Le dossier législatif du [Projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace](#), n° 911, déposé le mercredi 9 mai 2018.

Section 1 : L'objet de la mesure

355. Il n'est pas évident de définir un contenu à la diversité. On peut entendre cette dernière de manière extrêmement large et considérer – comme c'est le cas aux États-Unis – que toutes les différences humaines et contextuelles constituent le maillage de la diversité ou, au contraire, l'entendre de manière restrictive et considérer seulement les caractéristiques humaines qui peuvent être diverses (origines, cultures, religions, handicaps, etc.) ou celles qui seraient binaires (femme/homme – parent/sans enfant). On parlera alors de la diversité raciale, culturelle ou religieuse et on privilégiera le terme de parité en ce qui concerne la question femme-homme. Cette seconde approche, bien que nécessaire, n'est pas suffisante. Aucun être humain ne saurait se réduire à une seule caractéristique et on ne peut nier que ces caractéristiques interagissent entre elles. C'est pourquoi on privilégiera une approche centrée sur les motifs de discrimination identifiés par la loi, ces derniers étant à nos yeux les aspects pathologiques de la diversité identifié à un moment t par le législateur comme pouvant motiver des décisions arbitraires et injustes. Si la diversité peut dans l'absolu concerner toutes les différences, les motifs de discrimination sont ceux qui, dans un domaine, à une période donnée, peuvent être des entraves à l'accès aux droits. C'est pourquoi les tentatives d'homogénéiser les listes de motifs discriminatoires entre le droit pénal, le droit du travail, la fonction publique ou autres nous semblent vaines. Bien évidemment certains motifs sont récurrents (l'origine ou la « race », le sexe) et se retrouvent dans tous les textes, mais d'autres motifs peuvent être plus ou moins pertinents selon la « sphère » dans laquelle on se trouve⁶³². On perçoit au travers des différentes listes de motifs de discrimination et des positions adoptées par les partenaires sociaux – dans le cadre des accords diversité – une forme de hiérarchisation informelle des composantes de la diversité (§1) qui semble contradictoire avec celle qui pourrait être induite de la hiérarchie des normes. Si l'on veut cependant pouvoir corriger les inégalités efficacement, il conviendra d'opérer des hiérarchisations pragmatiques au regard des besoins de chaque sphère mais également au regard des limites à l'action positive que connaît chacune de ces sphères (§2).

⁶³² Par exemple, la « perte d'autonomie » qui fait partie des 25 motifs de discrimination énoncés à l'article [L. 1132-1 du Code du travail](#) n'a que peu d'intérêt pour le droit du travail tant elle semble incompatible avec l'objet de ce droit : le travail.

§1 : L'existence de hiérarchisations informelles des composantes de la diversité

356. La hiérarchisation formelle des composantes de la diversité qui pourrait découler de leur protection par les textes situés en haut de la pyramide des normes ne trouve pas de traduction systématique dans la pratique. Les composantes bénéficiant des protections maximales, dans la Constitution ou les traités, ne sont pas toujours celles que la loi et les conventions collectives permettent de promouvoir activement par des mesures positives. Il existe donc un décalage entre la valorisation qui est faite par les normes inférieures et celle défendue par les normes suprêmes.

357. Outre cette hiérarchisation formelle déduite du niveau normatif de protection, les différentes listes de motifs discriminatoires ne prévoient aucune hiérarchie entre les critères. Certes, il existe tout de même certaines redondances et des motifs qui sont plus récurrents que d'autres, certaines listes sont exhaustives alors que d'autres sont ouvertes, certains motifs bénéficient de textes spécifiques alors que d'autres non. Il n'est donc pas étonnant en définitive que cette superposition de textes conduise à valoriser (consciemment ou non) certains critères par rapport à d'autres (A). Cependant, si les textes ne font pas apparaître formellement une hiérarchie entre les critères, les acteurs de la « promotion » de la diversité semblent, au contraire, très enclins à en établir une, dans une optique d'optimisation et de priorisation des mesures positives. Ils semblent pour cela tenir compte d'aspects quantitatifs (et donc quantifiables) pour cibler les mesures positives (B).

A. La valorisation de certaines composantes de la diversité

358. Parmi les motifs de discrimination, certains sont protégés au niveau suprême par la Constitution de 1958 (race, origine, religion et sexe) et par le Préambule de la Constitution de 1946 (action ou appartenance syndicale à l'alinéa 6, voire la santé à l'alinéa 11). Ces critères se retrouvent dans les Conventions européennes et internationales et dans le corpus législatif, accompagnés de nombreux autres motifs. La protection d'un critère par le corpus constitutionnel ne semblait pas, jusqu'à très récemment, induire une hiérarchie à l'égard des autres critères, absents de ce corpus. C'est la Cour de cassation qui a introduit, de manière très critiquable, une forme de hiérarchisation à l'occasion d'un arrêt du 15 novembre 2017, portant sur une discrimination en raison de l'âge. La chambre sociale a estimé, afin de rejeter le pourvoi du salarié, que « *le principe de non-discrimination en raison de l'âge ne constitue pas*

une liberté fondamentale consacrée par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ni par la Constitution du 4 octobre 1958 qui justifierait, en cas de nullité du licenciement prononcé en violation de cette prohibition, la non-déduction des revenus de remplacement perçus par le salarié entre son éviction de l'entreprise et sa réintégration ; que c'est dès lors à bon droit que la cour d'appel a jugé qu'il y avait lieu de déduire de l'indemnité qu'elle allouait les revenus de remplacement perçus par le salarié »⁶³³. La sanction d'un licenciement discriminatoire prévu par l'article L. 1132-4 du code du travail est la nullité, on comprend donc difficilement qu'elle puisse produire des effets différents selon le motif invoqué⁶³⁴. Plus encore, en optant pour une indemnité tenant compte des revenus de remplacement perçus par le salarié en lieu et place du versement de l'intégralité des salaires, les juges privent le salarié des cotisations retraite et chômage s'y rapportant, améliore la situation de l'employeur fautif, détériore les finances de pôle emploi (puisque ce dernier ne peut récupérer que l'équivalent de six mois d'allocations auprès de l'employeur) et des caisses de retraite et amoindrie les recettes du trésor public puisque les dommages et intérêts ne relèvent pas de l'assiette de l'impôt sur le revenu contrairement aux salaires. En procédant de la sorte, la Cour de cassation semble considérer que certaines discriminations sont plus « graves » que d'autres, ce qui est une position très critiquable lorsqu'il s'agit de comparer le traitement qui est fait de caractéristiques « classiques » tels que l'âge, l'origine, le sexe, l'orientation sexuelle, etc.) mais peut s'expliquer par la multiplication des motifs de discrimination reconnus par le législateur et dont certains n'ont aucun sens (domiciliation bancaire). On regrettera cependant que ce soient des critères comme l'âge, l'orientation sexuelle ou l'identité sexuelle, tous non reconnus par la Constitution, qui subissent une diminution de leur protection du fait du manque de clairvoyance du législateur.

⁶³³ Cass., Soc., 15 nov. 2017, n° 16-14.281, FS-P+B+I : D., 2017, Actu, p. 2375 ; *ibid.*, 2018, p. 814, note Porta ; *ibid.*, p. 192, obs. Salomon ; RDT, 2018, p. 132, obs. Mercat-Bruns ; RJS, 1/2018, n°20 ; JS Lamy, 2018, n°446-5, obs. Hautefort ; JCP S, 2017, p. 1406, obs. Lhernould ; Lexbase Hebdo édition sociale n°721 du 30 novembre 2017, N1525BXR, obs. Tournaux ; Cass. soc., 9 juillet 2014, n° 13-16.434 et 13-16.805, *Publié au bulletin* : D., 2014, p. 1594 ; RJS, 11/2014, n°793 ; Cass. soc., 2 juin 2010, n° 08-43.277, *inédit* : RDT, 2010, p. 592, obs. M. Grévy ; Cass. soc., 2 février 2006, n° 03-47.481, *Publié au bulletin* : D., 2006, p. 531, obs. E. Chevrier ; RDT, 2006, p. 42, obs. O. Leclerc ; JCP S, 2006, p. 1700, note J.-M. Olivier.

⁶³⁴ La même solution est appliquée par la chambre sociale dans l'hypothèse d'une nullité de la rupture faisant suite à des faits de harcèlement moral. V. Cass., Soc., 14 déc. 2016, n° 14-21.325, FS-P+B+I : D., 2017, Actu., p. 12 ; RJS, 2017/2, n° 102 ; JS Lamy, 2016, n° 425-2, obs. Tissandier ; JCP S, 2017, p. 1057, obs. Leborgne-Ingelaere.

359. Les textes internationaux sont beaucoup plus inclusifs que les textes nationaux⁶³⁵. Les listes de motifs discriminatoires ne sont pas exhaustives – du fait de la mention en début d'énumération du terme « *notamment* » – et/ou utilisent des critères particulièrement englobant : « *toute autre opinion* », « *toute autre situation* »⁶³⁶. Certaines listes mettent clairement en valeur des critères, sur le plan formel, comme c'est le cas de la Convention n° 111 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) qui ajoute à la première liste de motifs dressée à son article 1 a), comprenant « *la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale* », « *toute autre distinction, exclusion ou préférence ayant pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession, qui pourra être spécifiée* »⁶³⁷. À l'inverse les listes de motifs discriminatoires que l'on trouve en droit interne sont systématiquement exhaustives et, ne font apparaître, sur le plan formel, aucune hiérarchie entre les critères. Cette première distinction concernant le caractère exhaustif ou non des listes est assez logique puisque les textes internationaux viennent orienter les législations nationales et n'ont pas vocation à entrer dans le champ du droit pénal, ce qui les dispense des exigences de précision et de clarté dictées par le principe de légalité. Ceci étant dit, la présence de certains critères dans ces listes non exhaustives constitue tout de même un indice de leur importance et force est de constater que l'on retrouve régulièrement les mêmes critères. Dans les listes non exhaustives de droit international et européen (Conseil de l'Europe), la race, le sexe, la religion et les critères économiques sont systématiquement cités alors que les questions de santé, de handicap ou d'âge sont plus rarement mentionnées et apparaîtront plutôt dans le droit interne et le droit de l'Union européenne⁶³⁸.

⁶³⁵ Cela s'explique notamment par le fait que, ne prévoyant pas de sanction pénale, ils ne sont pas tenus par le principe de légalité comme le sont les textes en droit interne au regard du droit constitutionnel. V. [Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes](#).

⁶³⁶ C'est le cas de l'article 14 de la [Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950](#) et de l'article 2 de la [Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948](#).

⁶³⁷ [Convention n° 111 concernant la discrimination \(emploi et profession\) du 25 juin 1958, ratifiée par la France le 28 mai 1981](#) : loi n° 81-357 du 15 avril 1981 autorisant l'approbation de la convention internationale du travail n° 111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, *JORF* du 17 avril 1981, p. 1087 et décret n° 82-726 du 17 août 1982 portant publication de la convention internationale du travail n° 111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, adoptée à Genève le 25 juin 1958, *JORF* du 22 août 1982, p. 2630.

⁶³⁸ On les trouve par exemple mentionnés à l'article 1 de la [directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail](#). À l'inverse, la Convention de l'OIT n° 111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession de 1958 écarte le caractère non discriminatoire de certaines mesures fondée sur ces critères : V. l'article 5 alinéa 2 qui définit « *comme non discriminatoires toutes autres mesures spéciales destinées à tenir compte des besoins particuliers de personnes à l'égard desquelles une protection ou une assistance spéciale est, d'une façon générale, reconnue nécessaire pour des raisons telles que le sexe, l'âge, l'invalidité, les charges de famille ou le niveau social ou culturel* »).

360. Au sein même des listes de motifs, on remarquera que la race ou l'origine est systématiquement placée en premier et c'est également le motif connaissant le plus de déclinaisons. En effet, les questions liées à l'origine sont appréhendées directement ou indirectement par des critères comme la « race », l'« origine ethnique », la « couleur » ou l'« appartenance à une minorité nationale » et de manière plus indirecte avec des critères comme l'« origine nationale », le « lieu de résidence », le « nom de famille », la « langue » et plus récemment avec le critère de la « domiciliation bancaire ». On retrouve systématiquement dans chaque texte plusieurs de ces variations qui ont trait à l'origine. Inversement, le critère du sexe, qui est systématiquement présent dans tous les textes, ne varie pas dans sa formulation. On note seulement une ouverture plus large au niveau national aux questions de genre (identité sexuelle, orientation sexuelle, grossesse, situation de famille). Cela s'explique aisément par le fait que les conventions internationales devant être adoptées par le plus grand nombre d'États, elles ne peuvent intégrer de manière ostensible des critères qui peinent déjà à être reconnus dans les pays considérés comment étant les plus libéraux sur les questions sociétales.

361. Au-delà de la redondance de certains motifs entre les différents textes prohibant les discriminations, la valorisation de certains d'entre eux découle aussi de l'existence d'une multitude de textes se focalisant sur un seul critère. Cette manière de procéder est particulièrement visible en droit français où le législateur a multiplié les textes propres à l'égalité entre les hommes et les femmes, au handicap ou aux séniors⁶³⁹, et en droit européen où la directive générale sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail⁶⁴⁰ renvoie dans son préambule aux directives spécifiques sur l'égalité entre les hommes et les femmes⁶⁴¹ et sur les questions raciales⁶⁴². Il est à noter que certains textes peuvent se focaliser sur certains critères pour venir autoriser les mesures différentialistes afin de tenir compte d'un besoin accru de protection mais également pour venir justifier une décision défavorable. C'est le cas notamment dans les hypothèses où l'état de santé ou le handicap vient justifier un

⁶³⁹ V. les notes de bas de page n^{os} 388, 389 et 390 pour un aperçu de ces différents textes spécifiques.

⁶⁴⁰ 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 du 02/12/2000 p. 0016 - 0022.

⁶⁴¹ Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, *JOUE* n° L 039 du 14/02/1976 p. 0040 – 0042.

⁶⁴² 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 du 19/07/2000 p. 0022 – 0026.

licenciement pour inaptitude⁶⁴³. À ce moment-là, le texte spécial vient atténuer la protection dont bénéficie le critère au lieu de la renforcer.

362. Malgré ces approches différentes de l'ensemble des critères, dans une décision du 27 novembre 2000 établissant un programme d'action communautaire de lutte contre les discriminations, le Conseil attire l'attention sur le fait que « *les différentes formes de discrimination ne se classent pas par ordre d'importance et sont toutes également intolérables* »⁶⁴⁴. Plus largement, Marie-Thérèse Lanquetin estime que « cette diversité des sources n'induit aucune hiérarchie entre les motifs. Certes des différences existent dans le champ d'application matériel de certains textes, comme les directives européennes. Mais il ne s'agit là que de l'effet d'une construction historique parfois hésitante, mais qui n'est pas achevée »⁶⁴⁵. La valorisation différente qui est faite des composantes de la diversité ne se retrouve pas dans la manière dont les acteurs de l'entreprise vont « promouvoir » la diversité. Cette promotion découle au contraire d'avantage d'une hiérarchie fondée sur des critères quantitatifs.

B. Une hiérarchie quantitative

363. Les acteurs de la « promotion de la diversité » peuvent être tentés de concentrer leurs efforts sur les critères susceptibles de couvrir le maximum de personnes⁶⁴⁶ afin d'accroître la visibilité des mesures adoptées⁶⁴⁷. Cette recherche de visibilité est l'un des effets pernicieux – mais difficilement évitables – des certifications, normes ou labels prisés par les entreprises. Ces normes invitent les entreprises à faire des états des lieux réguliers, à mesurer les progrès réalisés, afin d'obtenir le label ou la certification « diversité »⁶⁴⁸. Cette optimisation peut se faire au regard de la part que chaque caractéristique représente dans la population générale ou

⁶⁴³ Art. L. 1133-3 du code du travail.

⁶⁴⁴ Décision 2000/750/CE du Conseil du 27 novembre 2000 établissant un programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination (2001-2006), *JOCE*, n° L 303/23, 2 déc. 2000.

⁶⁴⁵ Marie-Thérèse LANQUETIN, « Discrimination », *Rép. Dalloz*, janvier 2010 (actualisation : juil. 2018).

⁶⁴⁶ V. par exemple sur le critère de l'orientation sexuelle qui fait l'objet de peu de mesures positives, notamment du fait du peu de personnes qui seraient concerner : I. BARTH et C. FALCOZ, préc., note 397, p. 92.

⁶⁴⁷ Milena DOYTCHIEVA, « Réinterprétations et usages sélectifs de la diversité dans les politiques des entreprises », *Raisons Politiques*, n° 35, 2009, pp. 107-124.

⁶⁴⁸ V. par exemple le cahier des charges du Label Diversité délivré par l'AFNOR, NF X50-784, Mai 2016 p.31 : « L'organisme doit mettre en place un dispositif d'évaluation de sa politique diversité, sur des périodes comparées d'au moins deux exercices à l'issue desquelles il convient d'analyser les résultats, d'évaluer les progrès réalisés et définir les objectifs du cycle suivant (dans un plan d'action) ». Cette évaluation se fait sur la base d'indicateurs tels que « l'existence d'outils de mesure permettant d'obtenir une photographie de l'organisme à un instant donné et de mesurer les progrès régulièrement ; l'existence d'instances d'analyse et la transparence des résultats ».

au regard de l'efficacité des mesures envisageables. En d'autres termes, en se concentrant, par exemple, sur la situation des femmes, l'employeur est en mesure d'améliorer la situation de la moitié de ses salariés ou de tendre vers une parité au sein de son entreprise si celle-ci n'existait pas encore. De plus, le sexe est une donnée de l'état civil facile à mobiliser dans la mesure où elle ne souffre aucune ambiguïté (juridique)⁶⁴⁹. En visant donc les femmes, une mesure positive pourra avoir un impact important sur les effectifs et donc à terme sur l'image de l'entreprise. À l'inverse, l'origine est à la fois beaucoup plus difficile à saisir et ne peut concerner qu'un nombre limité de personnes. Sa prise en compte ne peut pas se traduire en objectif chiffré, d'une part parce que déterminer l'origine d'une personne peut être très compliquée et, d'autre part, parce que la collecte de ce type de données n'est à l'heure actuelle pas autorisée. Il n'est donc guère étonnant que sur les 80 conventions collectives portant sur la diversité étudiées par la Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques (DARES), on compte 48 occurrences portant sur le sexe, 36 sur l'âge, 26 sur le handicap, et seulement 20 sur l'origine⁶⁵⁰. Cette hiérarchie dans la mise en œuvre de la diversité par les conventions collectives est donc quelque peu bouleversée par rapport à celle découlant des textes.

364. Le Défenseur des droits constate également ce phénomène de hiérarchisation des critères dans les conventions collectives. Il a établi la liste des critères de discrimination prioritairement ciblés dans les actions de promotion de l'égalité et sans surprise les critères bénéficiant de mesures positives prévues par la loi sont les plus concernés par les mesures conventionnelles : le sexe (86%), le handicap (86%), l'âge (77%). Viennent ensuite les situations « différentes » permettant plus facilement un traitement spécifique sans tomber sous le coup d'une inégalité de traitement : la grossesse (34%), la situation de famille (33%) l'état de santé (33%), les activités syndicales (30%). Les critères ne pouvant faire l'objet de mesures sont très peu convoqués en raison du caractère sensible des données qu'ils concernent : l'orientation sexuelle (27%), l'origine (23%), les convictions religieuses (23%), la « race » (21%), l'identité de genre/sexuelle (20%), l'origine nationale (13%). Enfin, les

⁶⁴⁹ Nous avons parfaitement conscience que la détermination du sexe n'est pas un exercice si aisé pour certaines personnes et que la création d'une nouvelle catégorie « indéterminé » ou « neutre » (par exemple) serait plus respectueuse de la réalité chromosomique, anatomique, gonadique ou hormonales que vivent les personnes intersexuées (estimées entre 0,05 et 1,7% des naissances – taux retenu par l'ONU, V. la [note d'information sur les personnes intersexes de mai 2017 sur le site internet United Nations Free and Equal](#) et pouvant aller jusqu'à 2% des naissances selon la Pr. Anne FAUSTO-STERLING, « How sexually dimorphic are we ? Review and synthesis », *American Journal of Human Biology*, mars 2000, pp. 151-166). Néanmoins une fois déterminé, le sexe mentionné à l'état civil devient une donnée objective facilement mobilisable sur le plan statistique.

⁶⁵⁰ DARES, préc., note 138 à la page 26.

données les plus subjectives ne sont quasiment pas concernées par les mesures de promotion de l'égalité : le patronyme⁶⁵¹ (7%), les mœurs (5%), l'apparence physique (5%), les opinions politiques (4%) et enfin les caractéristiques génétiques (2%)⁶⁵².

365. La hiérarchisation pourrait également être le reflet de la place qu'occupe chaque critère dans le contentieux des discriminations car alors la lutte contre ces discriminations en particulier permettrait de réduire les risques de poursuites et les sanctions judiciaires. À ce titre, là encore, les statistiques de saisine du Défenseur des droits sont particulièrement intéressantes puisque l'on constate que le critère de l'origine étrangère, largement en retrait dans les actions menées par les entreprises, est celui qui est le plus souvent invoqué lors d'une saisine pour discrimination à l'embauche⁶⁵³. Le manque d'outils juridiques, ou du moins d'encadrement, des entreprises pour combattre ce type de discrimination est très probablement la cause du peu d'actions positives ciblant ces critères.

366. Bien que présentée comme un « tout », la diversité est rarement mise en œuvre de manière globale en prenant en considération les interactions entre les critères. La hiérarchisation des composantes et leur traitement « isolé » les uns par rapport aux autres, qui sont effectués par les partenaires sociaux, aboutissent à donner la priorité à certains critères au détriment d'autres. Or, une approche globale de la diversité semble plus à même d'éviter d'une part que les actions positives aient pour conséquence de ne valoriser que les plus privilégiés parmi les groupes discriminés. On rappellera à ce titre l'importance de l'approche intersectionnelle pour saisir les groupes échappant à la comparaison, les sous-groupes dans les groupes. La question de l'intersectionnalité se pose donc à deux niveaux, le premier, vu précédemment, est celui de la preuve de l'existence d'une discrimination⁶⁵⁴, le second, celui de l'efficacité du ciblage des politiques antidiscriminatoires. En cherchant à identifier les composantes de la diversité et à les promouvoir les unes après les autres, on en oublie qu'une personne ne saurait être résumée à une seule caractéristique (physique, biologique ou

⁶⁵¹ Si le patronyme est une donnée objective, sa consonance, ce qu'elle révèle ou peut révéler de l'identité de la personne peut être subjectif ou trompeur. De plus, la multiplicité des noms de famille et prénoms empêche de pouvoir cibler clairement des catégories de personnes, ce qui rend peu utilisable cette donnée à des fins de promotion. En revanche, cette donnée est très utilisée pour démontrer l'existence d'une discrimination, V. Cass. Soc. 15 décembre 2011, *Airbus opération c. L., Fédération CGT de la Métallurgie et a.*, n°10-15.873, *Dr. ouv.*, août 2012, n°769, obs. V. Pontif.

⁶⁵² Défenseur des droits, *Guide Agir pour l'égalité dans l'emploi*, 2016, p.17.

⁶⁵³ Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité*, 2016, p.96 : le critère de l'origine étrangère constitue 20% des saisines du DDD sur les questions de discrimination à l'embauche.

⁶⁵⁴ V. *supra*. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §1, B., 2) *La reconnaissance de l'intersectionnalité*.

comportementale) et que la diversité ne désigne pas seulement celle du corps social, elle est également intrinsèque à chaque personne. En se focalisant sur certains critères plutôt que d'autres, on passe à côté de certains profils. C'est ce que la juriste américaine Kimberle Crenshaw a pu faire remarquer concernant la place des femmes noires dans les politiques antidiscriminatoires des États-Unis. Les politiques et la doctrine antidiscriminatoires concentrent leurs efforts et réflexions sur la question des « Noirs et des femmes ». Or, une telle formulation peut laisser penser que « toutes les femmes sont blanches [et que] tous les Noirs sont des hommes »⁶⁵⁵. Ainsi teintées de stéréotypes, les mesures prises en faveur des Noirs bénéficient très majoritairement aux hommes noirs et les mesures en faveur des femmes profitent presque exclusivement aux femmes blanches. Le cumul de désavantages que constitue le fait d'être une femme et noire ne joue pas en faveur de la personne dans le bénéfice des politiques antidiscriminatoires, mais contribue à l'inverse à rendre invisible sa situation⁶⁵⁶.

367. D'autre part, une approche globale de la diversité permettra d'éviter les effets néfastes observés dans le cadre des politiques d'*affirmative action* aux États-Unis. En évitant de cibler un groupe déterminé de bénéficiaires des mesures positives⁶⁵⁷, on évite les effets de concurrence entre les groupes de « victimes », les effets de stigmatisation et l'on favorise l'acceptation des mesures positives par les groupes « majoritaires » puisque si une mesure ne leur est pas profitable sur un critère, ils pourront bénéficier d'une autre mesure sur un autre aspect de leur personne que celui de leur sexe.

§2 : Une hiérarchisation pragmatique des composantes de la diversité

368. Hiérarchiser les critères de discrimination pose de nombreuses difficultés. La première devrait être d'ordre moral, car il est bien illégitime de juger une exclusion plus importante qu'une autre. Et pourtant, on comprend bien les raisons ayant conduit à cette hiérarchisation. La multiplication inconsidérée des critères de discrimination conduit à vouloir sélectionner entre les critères « principaux » et les autres, qui ne sont que l'accessoire

⁶⁵⁵ Gloria T. Hull, et al, eds (The Feminist Press, 1982), *All the Women Are White; All the Blacks Are Men, But Some of Us are Brave*, cité comme étant une des rares études sur les femmes noires par Kimberle CRENSHAW, [Demarginalizing the Intersection between Race and sex : A black feminist critique of anti-discrimination doctrine, feminist theory and anti-racist politics](#), *University of Chicago Legal Forum*, Vol. 1989, Iss. 1, Article 8, 1989, p. 139.

⁶⁵⁶ V. à ce sujet : *Id.*

⁶⁵⁷ V. *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1, A. 1) [Le choix délicat des bénéficiaires](#).

permettant de mieux saisir les critères principaux. Ainsi, il est bien évident que la discrimination résultant de la prise en compte de la domiciliation bancaire qui ne devrait déjà pas être listée parmi les motifs de discrimination devrait donc être exclue de la diversité. Mais plus encore, le refus catégorique, et justifié, de reconnaître l'existence de « races » se heurte à la nécessité de plus en plus pressante de lutter contre le racisme. En un sens, ce qui est, si l'on en croit la récurrence des critères, l'inégalité considérée comme étant la « plus » insupportable, est également celle qui est la moins protégée en raison de l'incapacité que l'on a à la concevoir sur le plan juridique. Pour autant, les gestionnaires, les managers, tentent de saisir ces critères inaccessibles en usant de classifications pragmatiques (A) afin d'être le plus efficace possible dans la lutte contre les discriminations. À partir de leurs besoins pour « promouvoir la diversité », nous tenterons de proposer une hiérarchisation juridique, non pas des critères, mais de catégories de critères (B).

A. Les classifications pragmatiques du management de la diversité

369. Dans leur ouvrage portant sur le management de la diversité, Isabelle Barth et Christophe Falcoz proposent une typologie des motifs discriminatoires⁶⁵⁸ selon deux critères : celui de la « la visibilité de la différence (au sens de ce qui peut motiver la discrimination) » et celui de l'« évolutivité de la différence ». Il y aurait donc des différences visibles et stables (comme la race, le sexe, certains handicaps), des différences visibles et évolutives (la parentalité, l'apparence physique, l'âge, l'activité syndicale, certaines maladies), des différences invisibles et stables (comme l'orientation sexuelle, l'origine sociale, certains handicaps) et enfin des différences à la fois invisibles et instables (comme les opinions politiques et les convictions religieuses, certains handicaps). Pour ces auteurs, l'élaboration de dispositifs de lutte contre la discrimination portant sur ces différences est plus facile pour les différences à la fois visibles et stables et plus compliquée lorsque la différence est invisible et instable.

370. Cette grille de lecture n'est pas absolue, certains motifs, comme le handicap et la maladie, peuvent transcender ces catégories en raison de la variété des situations qu'ils recouvrent. Elle ne permet pas non plus d'intégrer les critères pouvant être volontairement révélés et passer ainsi de l'invisible au visible (orientation sexuelle, opinions politiques, convictions religieuses, maladies, handicaps). Cette typologie présente cependant le grand

⁶⁵⁸ I. BARTH et C. FALCOZ, préc., note 397, p. 302.

avantage de mettre en exergue que « les motifs de discrimination ou les différences ont à la fois des points communs et des différences irréductibles »⁶⁵⁹.

371. Les deux critères mobilisés dans cette classification sont intéressants. Le premier, le critère de la visibilité de la différence permet d'appréhender la question de la subjectivité du regard de l'autre et donc celui de la personne potentiellement à l'origine du traitement discriminatoire. En effet, l'important n'est finalement pas de savoir comment les personnes se perçoivent, mais comment elles sont perçues par les autres. Isabelle Barth et Christophe Falcoz prennent pour exemple le cas de l'orientation sexuelle et de certains handicaps non déclarés au travail, pour lesquels « la question n'est pas tant de lutter contre les discriminations que de garantir qu'elles ne poseront pas de problème afin que la personne qui le souhaite, puisse, en toute tranquillité, dire avec qui elle vit, pourquoi elle souhaite être assise à côté de la personne qui parle pour mieux entendre »⁶⁶⁰. Certaines différences nécessitent un effort positif de la part de l'employeur pour les intégrer au sein de l'entreprise alors que, pour d'autres, il s'agit principalement de garantir un environnement de travail inclusif en s'assurant que les pratiques et modes de fonctionnement de l'entreprise ne sont pas source de discriminations systémiques. La création d'un environnement inclusif au sein de l'entreprise permettra aux personnes dont la différence n'est pas *a priori* visible de véritablement choisir de la révéler ou non à leur entourage professionnel. Mais la question de la visibilité permet aussi de se poser une autre question : quelles sont les différences qui sont visibles et pour qui sont-elles visibles ? Si l'on reste sur la question de l'orientation sexuelle, la différence peut être visible si la personne choisit de parler ouvertement de son orientation sexuelle, elle peut être ignorée si la personne choisit de ne pas aborder le sujet publiquement, mais elle peut également être dissimulée lorsqu'elle choisit de s'inventer une autre sexualité auprès de ses collègues. En définitive, sauf intrusion dans la vie privée, chaque personne semble maîtresse de révéler ou non son orientation sexuelle. Mais, c'est sans compter les préjugés et stéréotypes qui peuvent venir contrarier cette liberté de donner ou non cette information. En effet, le critère de la visibilité permet également de saisir les représentations que les gens peuvent avoir de la différence. Par exemple, si une entreprise décide de prendre des mesures pour ne pas écarter injustement des processus de recrutement des personnes homosexuelles, il est possible que l'entreprise choisisse de sensibiliser les recruteurs aux biais résultant de leur propre perception de l'homosexualité. Cela se traduira par le fait de ne pas

⁶⁵⁹ *Id.*, p. 303.

⁶⁶⁰ *Id.*

tenir compte d'une « apparence efféminée », de « l'intonation maniérée », ou autres stéréotypes attribués aux *gays*. Le critère de la visibilité permet d'introduire une part de subjectivité à la promotion de la diversité.

372. Le critère de la stabilité est également intéressant, car il conditionnera la nature des mesures positives envisageables. En effet, certaines mesures positives, au premier rang desquelles se trouve la technique du quota, ne peuvent être utilisées pour améliorer la situation de personnes identifiées sur la base d'une différence pouvant évoluer, voire disparaître. C'est typiquement le cas de l'âge, de la parentalité (ceux n'ayant pas d'enfant pouvant en avoir plus tard et faisant donc évoluer les effectifs de « parents »), de l'état de santé (situation pouvant être longue, mais également temporaire ou répétitive), des convictions religieuses, politiques ou philosophiques (que les personnes sont libres d'abandonner ou de changer).

B. Une possible classification juridique des composantes de la diversité

373. Que la diversité soit entendue de manière restrictive ou non, il est possible de construire une classification juridique pouvant intégrer n'importe quelles composantes et permettant de tenir compte des considérations pragmatiques du management de la diversité. Intuitivement, le Professeur Guy Carcassonne estime que « parce que les hommes naissent et demeurent égaux, la conception française de la démocratie peut éventuellement admettre des différences en fonction de ce que les citoyens *font* (métier, situation, statut, agissements, etc.), jamais en fonction de ce qu'ils *sont* »⁶⁶¹. Cette intuition en faveur d'une classification est assez éclairante dans le contexte des droits civils et politiques mais elle mériterait d'être adaptée dans celui des droits sociaux et des usages des acteurs privés dans l'accès à ces droits.

374. Il convient donc de se demander si la classification élaborée par le Professeur Carcassonne peut être transposée dans le cadre des droits sociaux et si ses effets peuvent être complètement renversés. Un tel basculement permettrait d'opérer des différences de traitement en fonction de ce que les personnes *sont* et, à l'inverse, de manière plus restrictive en fonction de ce qu'elles *font*. En effet, sur le marché de l'emploi ce que les personnes *font* est « naturellement » déterminant dans le positionnement social des individus, les choix

⁶⁶¹ Guy CARCASSONNE, *La Constitution*, Ed. Points, Coll. Essais, 7^e éd., 2005, p. 43.

réalisés peuvent avoir un impact négatif ou positif sur leur accès à l'emploi, alors que ce qu'elles *sont* ne devrait jamais porter à conséquence. La question est donc de savoir si l'État peut opérer ou autoriser des différences de traitement fondées sur des caractéristiques identitaires afin de gommer les inégalités constatées au regard de ce que les citoyens *sont*, puisque c'est précisément sur ces aspects qu'aucune différence de traitement ne devrait jamais être constatée.

375. La classification du Professeur Carcassonne pose quelques difficultés de transposition. En effet, il est parfois délicat de déterminer si un aspect de la personnalité d'une personne relève de ce qu'elle *est* ou de ce qu'elle *fait* : tout simplement parce que, parfois, ce que nous faisons détermine, du moins en partie, temporairement, ou selon le contexte, ce que nous sommes. Par exemple, en faisant un enfant, on devient parent de manière quasi irréversible, ce que l'on choisit (faire un enfant) devient une part de ce que nous sommes (parents). De même, développant la classification de Guy Carcassonne, la Professeure Olivia Bui-Xuan place dans la catégorie de ce que les citoyens *font* la catégorie des personnes malades⁶⁶², ce qui est étrange puisqu'une personne est touchée par la maladie, cela ne relève pas d'une action ou d'une volonté de sa part que d'être malade. De plus, la maladie peut n'être que passagère et évoluer dans le temps. Ce positionnement s'explique par la finalité de la distinction opérée par Guy Carcassonne et la nécessité d'organiser une bonne administration des citoyens dans le cadre des services publics. Ce qui semble finalement déterminant dans cette classification est le fait que l'on puisse entrer et sortir des catégories déterminées par ce que les gens *font*, et tout citoyen peut à un moment donné de sa vie se retrouver dans une telle catégorie, alors qu'à l'inverse la catégorie déterminée par ce que les citoyens *sont* est plus figée et participe de l'état de la personne. En outre, l'existence d'un choix de la personne semble également déterminante dans la répartition entre ces deux catégories. C'est en tout cas pour certains auteurs l'idée sous-jacente à la catégorie de ce que les personnes *sont*. Il y aurait d'une part les « caractéristiques "hors contrôle" (race, sexe, handicap ...), indisponibles, pour lesquelles l'individu ne peut dès lors être pénalisé : on ne peut en effet vouloir d'une personne qu'elle se détache d'une caractéristique innée »⁶⁶³. Et d'autre part, les caractéristiques qui résultent de l'exercice d'une liberté fondamentale. Or,

⁶⁶² O. BUI-XUAN, préc., note 26, p. 8-9.

⁶⁶³ Véronique VAN DER PLANCKE, « Les effets du droit européen anti-discriminatoire en Belgique : quelques originalités », in JOURNÉES D'ÉTUDES DU PÔLE EUROPÉEN JEAN MONNET et Laurence POTVIN-SOLIS (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, 27, 28 et 29 novembre 2006*, coll. Collection Colloques Jean Monnet, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 184-186.

questionner l'origine du critère revient poser la question de la responsabilité de l'individu dans le sort qui lui est réservé⁶⁶⁴.

376. Selon Will Kymlicka, cette distinction entre ce que les gens *sont* et *font* et cette idée de responsabilité du sujet se retrouvent également dans la pensée de Rawls qui distingue les inégalités résultant de choix et celles résultant de circonstances⁶⁶⁵. Will Kymlicka explique qu'intuitivement « notre réaction naturelle consiste à dire que les coûts involontaires donnent plus de droits à ceux qui les supportent que les coûts résultant de choix volontaires »⁶⁶⁶ et que « quand les inégalités de revenu sont la conséquence de nos choix, et non pas celle des circonstances, le principe de différence crée de l'injustice au lieu de l'éliminer. La notion d'égalité de considération de tous les individus suppose que ces derniers paient le coût de leurs propres choix. Cette responsabilité à l'égard de nos choix est l'autre aspect de l'intuition qui nous dit que nous ne sommes pas responsables des inégalités de circonstances dont nous sommes victimes »⁶⁶⁷. Il existe trois principaux arguments justifiant de ne pas rechercher une égalisation identique des situations résultant des circonstances et celles résultant de choix. « Le premier argument consiste à affirmer qu'il est *irréaliste* de vouloir réduire ou compenser toutes les différences de bien-être, de ressources... quelle que soit leur cause (volontaire ou non). Égaliser le bien-être d'un amateur de marche et d'un passionné de Ferrari requerra des transferts très importants du premier vers le second. Égaliser les ressources d'un épargnant inconditionnel et d'un amateur de loterie qui persisterait malgré sa malchance, exigera une forte baisse des ressources du premier au profit du second »⁶⁶⁸. Ensuite, on l'a déjà un peu vu, il y a l'argument de la responsabilisation des individus, c'est-à-dire que l'absence de compensation vise « à les sensibiliser et à les inciter à agir en prenant plus pleinement en compte les coûts engendrés par leurs actions »⁶⁶⁹. Ce qui en revanche serait inégal, c'est que la société ait un traitement différent des conséquences liées à l'exercice d'une même liberté. Si l'on prend l'exemple de la liberté religieuse, on ne peut reprocher à une personne de ne pas avoir fait le « choix » de suivre le culte dominant permettant de bénéficier de toutes les

⁶⁶⁴ R. SAMSON, « Oser dire l'homosexualité en droit ... et la rendre intelligible », 2004, 49 McGill L.J., pp. 818-819 in Véronique VAN DER PLANCKE, « Les effets du droit européen anti-discriminatoire en Belgique : quelques originalités », JOURNÉES D'ÉTUDES DU PÔLE EUROPÉEN JEAN MONNET et L. POTVIN-SOLIS (dir.), préc., note 663.

⁶⁶⁵ Will KYMLICKA, *Les théories de la justice: une introduction: libéraux, utilitaristes, libertariens, marxistes, communistes, féministes*, traduit par Marc SAINT-UPÉRY, coll. La Découverte / poche Sciences humaines et sociales, n° 159, Paris, La Découverte, 2003, p. 84.

⁶⁶⁶ *Id.*, p. 87.

⁶⁶⁷ *Id.*, p. 89.

⁶⁶⁸ Axel GOSSERIES, « Le labyrinthe des égalitarismes », *Le Banquet*, n° 15, 2000, p. 57 (et p. 10 du pdf).

⁶⁶⁹ *Id.*, 10.

commodités s'attachant à l'exercice de ce culte du fait de son ancrage historique sur le territoire (calendrier, jour fériés, jours de repos, *etc.*), car cela reviendrait à nier sa liberté de choisir sa religion. Le choix d'une religion non majoritaire ne devrait donc pas être plus désavantageuse car le fait que la société soit traditionnellement organisée autour d'un autre culte relève finalement davantage de la circonstance que du choix. Le troisième argument est très probablement celui qui explique le rejet de la recherche d'une égalité absolue car « si l'on me tient responsable des désavantages qui sont le fruit de mes choix, n'est-ce pas parce que charger les autres membres de la société de compenser ces désavantages constituerait un empiètement moralement injustifié sur *leur* liberté, sur les ressources durement acquises qui leur permettent d'exercer à leur tour leur liberté ? »⁶⁷⁰.

377. Dans notre contexte de recherche de diversité dans le monde du travail, il est possible de conserver la distinction de ce que les gens *sont* et *font*, mais en redéfinissant la seconde catégorie et en divisant la première. Ce que les gens *font* correspondrait dans le cadre de notre étude à l'exercice par les personnes d'une liberté ou d'un droit. La catégorie reste large et transversale⁶⁷¹, dans le sens où n'importe quelle personne peut se prévaloir de l'exercice d'une liberté, quelle qu'elle soit, mais elle est plus facilement saisissable par le droit puisqu'elle renvoie à des concepts juridiques existants : les libertés d'expression, d'opinion, de croyances, de religion, sexuelle, *etc.* L'exercice d'une liberté résulte d'un choix de la personne et justifie ainsi que les mesures positives visant à garantir leur respect au sein de chaque sphère soient soumises à un contrôle de proportionnalité classique. Ensuite, la catégorie de ce que les gens *sont* doit être découpée en deux sous-catégories directement inspirées de la classification « pragmatique » du management de la diversité. La première concernera les caractéristiques identitaires stables telles que le sexe, la couleur de peau, certains handicaps. La seconde concernera les caractéristiques pouvant évoluer dans le temps ou apparaître en cours de vie : l'âge, la parentalité, l'état de santé ou certains handicaps.

Section 2 : Les contraintes de la mesure

378. En l'absence d'indicateurs permettant de faire un état des lieux, puis de mesurer les progrès réalisés, généralement par la méthode statistique, les politiques de diversité ne sont ni

⁶⁷⁰ *Id.*

⁶⁷¹ O. BUI-XUAN, *préc.*, note 26, p. 8.

visibles, ni évaluables, ce qui les rend moins intéressantes pour les employeurs. C'est pourquoi la question de la mesure est d'un intérêt capital pour tous ceux qui entendent faire de la diversité un objectif à atteindre. Mais parce qu'elle peut concerner des données personnelles dont la collecte est historiquement délicate, cette mesure est strictement encadrée par le droit. Le contrôle des traitements automatisés de données à caractères personnels est effectué par une autorité administrative indépendante, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)⁶⁷². L'existence de contraintes légales (§1) pèse sur la mesure de la diversité et empêche le développement des mesures positives en faveur des personnes discriminées en raison de l'origine, de leur orientation sexuelle, ou de leur religion. Si ces contraintes pourront éventuellement être levées dans le futur, il resterait, pour la mesure de certaines de ces données, des contraintes méthodologiques et politiques bien réelles (§2).

§1 : Les contraintes légales de la mesure

379. Parmi l'ensemble des données pouvant être récoltées dans le cadre d'une étude statistique, certaines données peuvent l'être librement, c'est le cas du sexe, de l'âge, ou encore de la profession d'une personne ; d'autres sont considérées comme étant « sensibles » et font l'objet de restrictions (A). Mais si les données à caractère sensible par principe ne peuvent faire l'objet d'une collecte et d'une utilisation, il existe néanmoins des exceptions à cette interdiction (B) qui peuvent concerner la mesure de la diversité.

A. Une mesure restreinte par l'existence de données sensibles

380. La mesure de la diversité nécessitant la collecte et la conservation de données à caractère personnel, la Commission nationale Informatique et Libertés (CNIL) a pris une place importante dans ces débats. Elle a rendu, pour éclaircir sa position, un rapport sur ce sujet intitulé « Mesure de la diversité et protection des données personnelles » présenté en séance plénière le 15 mai 2007⁶⁷³.

⁶⁷² Les missions d'information, de régulation, de protection, de contrôle, de sanction et d'anticipation confiées à la CNIL sont définies au chapitre 3 de la [loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés](#) telle que modifiée par la [loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles](#).

⁶⁷³ CNIL, Anne DEBET (rapporteur), « Mesure de la diversité et protection des données personnelles », Rapport présenté en séance plénière le 15 mai 2007, 41 p.

381. Il convient en premier lieu de rappeler que la collecte de données personnelles est particulièrement encadrée et que les données considérées par la loi comme « sensibles », en raison du risque plus important que peut engendrer le traitement de ces données pour les droits et libertés fondamentaux des individus, font l'objet d'un traitement juridique particulier. Il convient donc de déterminer dans un premier temps ce que recouvre cette catégorie de « données sensibles ».

382. L'article 6 de la Convention 108 du 28 janvier 1981 du Conseil de l'Europe sur la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel interdit le traitement automatique des « données à caractère personnel révélant l'origine raciale, les opinions politiques, les convictions religieuses ou autres convictions, ainsi que les données à caractère personnel relatives à la santé ou à la vie sexuelle », « à moins que le droit interne ne prévoi[e] des garanties appropriées. Il en est de même des données à caractère personnel concernant des condamnations pénales ».

383. L'article 8 de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données ajoute à cette liste « l'appartenance syndicale » et précise l'origine raciale « ou ethnique ». Cette directive a été transposée par l'article 2 de la loi du 6 août 2004, modifiant l'article 8 de la loi « Informatique et libertés » du 6 janvier 1978 et de nouveau modifié par l'article 37 de la loi du 7 octobre 2016. L'article 8 de la loi de 1978 prévoit donc actuellement l'interdiction « de collecter ou de traiter des données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci ».

384. Le règlement 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (RGPD), entré en vigueur le 25 mai 2018⁶⁷⁴, ne vient pas particulièrement modifier ces interdictions, mais son article 9, 1^o vient ajouter à cette liste deux séries de données : les données génétiques et les données biométriques aux

⁶⁷⁴ Ce règlement vient abroger la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 vu précédemment.

fins d'identifier une personne physique de manière unique. En revanche, les articles 158 et 216 de la loi du 27 janvier 2017⁶⁷⁵ relative à l'égalité et à la citoyenneté qui vient transposer la directive 2014/95/UE⁶⁷⁶ abordent la question de la mesure de la diversité dans les grandes entreprises et dans les fonctions publiques d'État, territoriale et hospitalière. Mais l'ordonnance prise en application de ces articles prévoit simplement l'obligation pour les grandes entreprises de décrire « *la politique de diversité appliquée aux membres du conseil d'administration au regard de critères tels que l'âge, le sexe ou les qualifications et l'expérience professionnelle* »⁶⁷⁷. Les critères ne varient pas, seule l'ouverture de la liste par l'emploi des termes « tels que » laisse envisager l'hypothèse d'une mesure plus large de la « diversité » ou « des diversités » comme il est fait mention dans cette ordonnance à l'article premier.

385. Ainsi, parmi l'ensemble des critères de discrimination, le sexe, l'âge et le handicap font figure d'exceptions. Il a déjà été relevé que ces critères sont l'objet de nombreux textes spécifiques et concentrent la majeure partie des mesures positives. L'existence de mesures et donc de données disponibles pointant l'ampleur des discriminations qui les affectent et la possibilité de mesurer les progrès issus de nouvelles règles de droit (plus neutres, plus favorables à certains de ces critères) ne sont pas étrangères à la prolifération des mesures à l'égard de ces critères en particulier. L'existence de statistiques facilite sans nul doute l'étude d'impact des mesures législatives, mais elles sont également au cœur des politiques de certifications et de labélisation. En effet, on constate à la lecture par exemple du cahier des charges du « Label Diversité » de l'AFNOR que la mesure des progrès réalisés par l'entreprise est un élément déterminant dans l'obtention du label⁶⁷⁸ ce qui explique que les efforts décuplés par ces dernières se concentrent sur les composantes de la diversité qui peuvent véritablement être contrôlées, et donc, faire l'objet d'une mesure. L'interdiction de certaines mesures, notamment ethniques, mine donc l'intervention, tant du législateur que des partenaires sociaux que des défenseurs œuvrant dans le domaine de la lutte contre les discriminations (associations ou avocats). Christophe Willmann souligne à ce titre que « le droit interne est marqué par une carence des référentiels juridiques dans les instruments de

⁶⁷⁵ Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, *JORF* du 28 janvier 2017.

⁶⁷⁶ Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes, *JOUE* du 15 novembre 2014, L 330.

⁶⁷⁷ Article 3 de l'ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises, *JORF* du 21 juillet 2017.

⁶⁷⁸ Cahier des charges du Label « Diversité », NF X50-784, *AFNOR*, Mai 2016.

lutte contre la discrimination, rendant précieuse et intéressante la perspective tracée par la CNIL sur le "ressenti" des salariés »⁶⁷⁹ dans sa recommandation n° 4 du 15 mai 2007⁶⁸⁰.

386. Malgré cette interdiction de principe de mesurer les données sensibles, on constate qu'il existe des exceptions à la collecte et au traitement de ces données et que l'on pratique, dans les faits, déjà ce type de mesures, y compris en ce qui concerne l'appartenance ethnique.

B. Les exceptions à l'interdiction de collecter et traiter des données sensibles

387. L'article 8 de la loi « Informatique et libertés » prévoit dix exceptions au principe de l'interdiction de collecte des données sensibles lorsque :

- 1) la personne a expressément consenti au traitement ;
- 2) le traitement est nécessaire à la sauvegarde de la vie humaine, mais la personne se trouve dans l'incapacité juridique ou matérielle d'y consentir (ex. : coma) ;
- 3) le traitement est mis en œuvre par un organisme à but non lucratif à caractère religieux, philosophique, politique ou syndical, et ne concerne que des données correspondant à l'objet de cet organisme, se rapportant à ses membres ou à des personnes entretenant des contacts réguliers avec celui-ci, et n'ayant pas été communiquée à des tiers ;
- 4) les données traitées ont été rendues publiques par la personne ;
- 5) le traitement est nécessaire à la constatation, l'exercice ou la défense d'un droit en justice ;
- 6) le traitement est nécessaire aux fins de médecine préventive, des diagnostics médicaux, de l'administration de soins ou traitements ou de la gestion de services de santé et il est mis en œuvre par un membre d'une profession de santé ou une autre personne soumise au secret professionnel médical ;
- 7) le traitement est un traitement statistique réalisé par l'INSEE ou un service statistique ministériel conformément à la loi ;
- 8) le traitement est nécessaire à la recherche dans le domaine de la santé et a été autorisé par la CNIL ;

⁶⁷⁹ Christophe WILLMANN, « Définir la « race » et l'ethnie, préalable à la lutte contre le racisme en entreprise », *Dr. soc.*, 2007, p. 936, §6.

⁶⁸⁰ CNIL, « Mesure de la diversité, statistiques ethniques, égalité des chances : les 10 recommandations pour mieux lutter contre les discriminations », 16 mai 2007.

- 9) les données sont appelées à faire l'objet à bref délai d'un procédé d'anonymisation reconnu conforme par la CNIL, et la CNIL a autorisé le traitement ;
- 10) le traitement est justifié par l'intérêt public et a été autorisé par la CNIL.

388. La mesure de la diversité n'est pas directement visée par cet article et elle est d'autant plus compliquée qu'elle ne concernerait pas uniquement une mesure nationale qui serait réalisée dans le cadre d'études de grande ampleur et par des organismes, tels que l'INSEE, très aguerris sur les questions de traitement des données personnelles sensibles. Elle ferait en effet également l'objet de mesures intermédiaires, lorsqu'un filtre est nécessaire, et de mesures locales, au sein des entreprises, où l'on peut suspecter que le traitement des données personnelles sensibles y sera potentiellement moins rigoureux. On remarque cependant que tant des organismes publics que privés ont pu procéder à la mesure de données sensibles.

389. Il y a tout d'abord la collecte directe des origines raciales ou ethniques qui a été rendue possible dans le cadre des recensements réalisés en 1983 dans les territoires d'outre-mer, en 1989 en Nouvelle-Calédonie, en 1991 et en 2002 à Mayotte. Tous « comportaient, compte tenu des spécificités des territoires concernés, des questions sur la communauté d'appartenance, la tribu d'appartenance, le statut civil coutumier (ou encore dans le cas de Mayotte, sur la polygamie). Ces recueils de données ont tous été autorisés par décret pris après avis favorable de la CNIL, compte tenu de l'intérêt public présenté »⁶⁸¹. Ce recensement des origines raciales et ethniques a permis d'accompagner la mise en œuvre des politiques de préférence territoriale, vu précédemment dans les recrutements aux emplois publics comme privés⁶⁸², pour les personnes d'origine néo-calédonienne et celle ayant une durée de résidence de dix ans sur le territoire néo-calédonien. De manière plus indirecte, il existe aussi l'hypothèse consistant à récolter des données sur les caractéristiques physiques susceptibles de révéler l'origine raciale ou ethnique d'une personne. Principalement recueillis par les renseignements généraux et la police judiciaire « en particulier pour les recherches criminelles : ces fichiers, compte tenu de l'intérêt public qu'ils présentent, ont été autorisés par décret en Conseil d'État pris après avis de la CNIL à enregistrer ce type d'informations »⁶⁸³. Dans le secteur privé, on les trouve à titre d'exemple, « dans le cadre

⁶⁸¹ CNIL, « Mesure de la diversité et protection des données personnelles », Rapport présenté par Anne DEBET en séance plénière le 15 mai 2007, p. 10.

⁶⁸² Loi du pays n° 2016-17 du 19 décembre 2016 relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local pour l'accès aux fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie.

⁶⁸³ CNIL, préc. note 681, p. 11.

d'opérations de recrutement à des emplois reposant sur l'apparence physique (ex. mannequins, hôtesse d'accueil, comédiens...) : les fichiers peuvent comporter des données faisant apparaître directement ou indirectement l'origine raciale ou ethnique des personnes. Leur accord exprès est alors recueilli préalablement à l'enregistrement de l'information »⁶⁸⁴. L'utilisation de l'origine « raciale » ou « ethnique » comme « *éléments de signalement* » des personnes par les autorités judiciaires et les services de renseignements généraux ayant choqué une partie de l'opinion⁶⁸⁵, les décrets organisant la récolte de telles données⁶⁸⁶ ont été modifiés pour, non plus viser l'origine « ethnique », mais « *les signes physiques particuliers, objectifs et inaltérables* »⁶⁸⁷. Le choix des autorités s'est donc porté sur une description du phénotype, c'est-à-dire un sens étroit de l'apparence physique. Enfin, dans une recommandation du 3 décembre 1996 sur l'utilisation des fichiers à des fins politiques, la CNIL a estimé que les études portant sur la consonance des noms de famille relèvent bien de l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978. Cette position a été confirmée lors de l'adoption le 9 juillet 2005 de ses premières recommandations sur la mesure de la diversité dans le domaine de l'emploi, et à l'occasion d'une délibération du 2 février 2006 portant refus d'autorisation d'une enquête téléphonique du CRIF⁶⁸⁸.

390. Concernant plus particulièrement la mesure de données sensibles dans un objectif de mesure locale de la diversité, la CNIL relève deux hypothèses où cette dernière pourrait poser difficultés. D'une part, dans l'exploitation de fichiers existants, tels que le registre unique du personnel (RUP) ou la base de données économiques et sociales (BDSE), et lorsque « l'entreprise, l'université ou l'administration souhaitent mieux connaître la composition de leurs effectifs, faire un bilan des parcours universitaires, des pratiques de gestion des ressources humaines ainsi que des actions "anti-discrimination" mises en place. Elles exploitent alors les

⁶⁸⁴ *Id.*

⁶⁸⁵ D. LOCHAK, préc., note 11.

⁶⁸⁶ Décret n° 90-115 du 2 février 1990 portant application aux juridictions du troisième alinéa de l'article 31 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JORF* n° 30 du 4 février 1990 p. 1498 et décret n° 90-184 du 27 février 1990 portant application aux fichiers automatisés, manuels ou mécanographiques gérés par les services des renseignements généraux des dispositions de l'article 31, alinéa 3, de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JORF* n° 51 du 1^{er} mars 1990 p. 2575.

⁶⁸⁷ Art. 2 du décret n° 91-1051 du 14 octobre 1991 portant application aux fichiers informatisés, manuels ou mécanographiques gérés par les services des renseignements généraux des dispositions de l'article 31, alinéa 3, de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Ce texte a néanmoins été abrogé par l'art. 3 du décret n° 2008-631 du 27 juin 2008 portant modification du décret n° 91-1051 du 14 octobre 1991 relatif aux fichiers gérés par les services des renseignements généraux et du décret n° 2007-914 du 15 mai 2007 pris pour l'application du I de l'article 30 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978.

⁶⁸⁸ Délibération n° 2006-020 du 02 février 2006 portant refus d'autorisation de mise en œuvre par la SOFRES d'un traitement automatisé de données à caractère personnel destiné à constituer un échantillon de sondage à partir d'un tri sur la consonance du nom des intéressés susceptible de faire apparaître leurs opinions religieuses.

données figurant déjà dans les fichiers de gestion : nom de l'étudiant, du candidat ou de l'employé, prénom, nationalité, lieu de naissance, adresse, diplômes, parcours professionnel... »⁶⁸⁹. Ces fichiers constituent dès lors « la source "naturelle" des données utilisées pour la constitution de panels d'employés ou pour la réalisation d'analyses patronymiques (Casino, France Télévisions⁶⁹⁰) »⁶⁹¹.

391. L'autre hypothèse de mesure consiste à la mise en place de questionnaires intégrant « des identifiants (numéros) afin, précisément, de permettre le suivi des réponses données par une même personne à des moments différents ("suivi de trajectoires"). Ils peuvent aussi comporter des indications permettant le repérage des personnes, surtout si l'échantillon concerné est restreint : par exemple, l'indication du poste professionnel (ex : la responsable communication de l'entreprise), du lieu de résidence (ex. : commune rurale d'une centaine d'habitants...) »⁶⁹².

392. Ces usages des données existantes ou des questionnaires sont encadrés par la CNIL. Si ces données sont sensibles au sens de l'article 8, « l'employeur doit bien sûr en faire la déclaration à la CNIL et les employés doivent être clairement informés des traitements opérés sur les données les concernant ». De plus, « les statistiques produites ne doivent pas porter sur des groupes de moins de dix personnes afin de garantir l'anonymat, et les fichiers de données individuelles constitués pour la réalisation de l'étude (échantillons, réponses) doivent être détruits à l'issue de la production des résultats statistiques. Enfin, la CNIL rappelle que la mesure de la diversité ne permet pas à un employeur d'enrichir ses fichiers de gestion des ressources humaines de données non pertinentes ou disproportionnées au regard des finalités traditionnelles de tels fichiers. Ainsi, des données telles que la nationalité d'origine d'un employé ou d'un candidat à un emploi, de même que la nationalité ou le lieu de naissance de ses parents doivent être exclues »⁶⁹³. Concernant l'usage de questionnaire, l'anonymat des salariés répondants devra être préservé et ne doit pas être déduit d'autres informations (numéros, description du poste ou des fonctions trop précises, etc.). L'identification des répondants est cependant possible « lorsque l'objet de l'étude nécessite le suivi des réponses données par une même personne à des moments différents (suivi de trajectoires individuelles).

⁶⁸⁹ CNIL, préc. note 681, p. 6.

⁶⁹⁰ L'enquête CASINO a été réalisée auprès des personnels de 4 supermarchés (St Martin d'Hères (38), Vaise (69), Valence (26), ST Etienne (42) ; l'enquête France Télévisions a été réalisée auprès des personnels de France Télévisions en 2006.

⁶⁹¹ CNIL, préc. note 681, p. 7.

⁶⁹² *Ibid.*, p. 8.

⁶⁹³ CNIL, *26^e Rapport d'activité 2005*, La Documentation française, éd. 2006, p. 64.

Dans ce cas, la nécessité du suivi doit être justifiée et toutes mesures prises pour garantir la confidentialité des données. Bien entendu, ces enquêtes doivent être déclarées auprès de la CNIL »⁶⁹⁴.

393. Il nous semble indispensable, pour que la mesure de la diversité soit utile dans la mise en œuvre de mesures positives, que la collecte de données sensibles soit effectuée et qu'elle le soit sur la durée. Ce qui rend l'anonymat très difficile à préserver. Il convient donc de trancher certains débats pour libérer la mesure de la diversité.

§2 : Les contraintes méthodologiques et politiques de la mesure

394. Au-delà de la contrainte légale, qui n'est pas immuable, la question se pose de l'intérêt de la mesure au regard de son objet. En effet, certaines caractéristiques, du fait qu'elle varie dans le temps, qu'elles peuvent changer au cours de la vie d'un individu, ne pourront pas faire l'objet de politique d'introduction au même titre que les caractéristiques stables et immuables. Dès lors, à quoi bon chercher à les mesurer ? De plus, lorsque la donnée que l'on cherche à obtenir ou que l'on souhaiterait mobiliser pour faciliter le recrutement relève de la vie privée des individus, ne serait-ce pas contraire à cette dernière d'imposer sa révélation lors du recrutement ? Ne serait-ce pas contraire également à la liberté qu'on les individus de changer, de choisir de continuer ou non d'exercer une liberté que de les enfermer dans une catégorie fixe ? Quid également des catégories dont on ignore le contenu : la race ? l'ethnie ? Peuvent-elles faire l'objet de mesure alors même que l'on peine déjà à en définir le concept ? Ainsi, il faudra s'arrêter sur ces objets dont la mesure est difficile (A). Ensuite, parce que la diversité ne se conçoit pas uniquement au niveau des groupes, mais également au niveau individuel, parce qu'une personne regroupe sur sa tête un grand nombre de caractéristiques pouvant l'identifier – ce qui constitue le meilleur obstacle au communautarisme, la mesure ne saurait être effectuée au regard d'une seule caractéristique. En effet, la diversité suppose également de faire ressortir les situations d'intersectionnalité et de mettre en évidence les profils minoritaires parmi les minorités. Cette question importante impose le traitement de volumes de données considérables (B) qu'il serait compliqué de laisser entre les mains des employeurs.

⁶⁹⁴ CNIL, *préc.* note 693.

A. Des objets difficilement mesurables

395. Dès lors qu'est en cause une donnée non visible, elle relève potentiellement de la vie privée, et peut donc être volontairement révélée par les individus dans le cadre d'une enquête ou à l'employeur mais également dissimulée. L'usage de ces catégories pose donc question car si l'on mesure, c'est que l'on souhaite faire dépendre de la mesure des outils d'introduction de la diversité. Or, pour introduire, il faut connaître. Donc pour bénéficier d'une mesure positive, on imposerait aux individus de révéler des éléments de leur personnalité qu'ils pourraient vouloir garder pour eux. Le fait de désavantager une personne du fait qu'elle souhaiterait garder sa vie privée, privée, semble contradictoire avec le principe même du droit au respect de la vie privée (1). C'est pourquoi ces critères ne devraient pas faire l'objet d'un recensement systématique. En revanche, rien n'empêche de réaliser des enquêtes anonymes permettant de mettre en évidence, sur le plan qualitatif, les difficultés rencontrées dans l'emploi. L'autre objet pouvant être difficile à mesurer concerne le tabou des statistiques ethniques ou raciales (2).

1. *Le respect de la vie privée*

396. Deux données ne pourront pas faire l'objet d'une mesure locale par le biais des fichiers de gestion ou de base de données : ce sont celles concernant l'orientation sexuelle et les opinions religieuses et politiques. En effet, ces informations constitueraient, si elles étaient demandées, particulièrement lors d'un recrutement, une violation de la vie privée et motiveraient dans une telle circonstance une procédure pour discrimination en cas de non-recrutement. À titre d'exception, la discrimination ne serait pas constituée s'il existe un motif légitime, par exemple dans l'hypothèse particulière des entreprises de tendance⁶⁹⁵ ou si l'information permet de démontrer une qualité essentielle et déterminante pour le poste. De plus, la mesure ne serait pas dans ces hypothèses justifiées. En effet, si on part du principe que la mesure permettrait de mettre en place des politiques de quotas ou de mesures positives à l'égard de certains groupes, il serait problématique de pouvoir le faire pour des critères relevant de l'exercice de libertés, qui par définition peuvent évoluer, et au sujet desquels il serait parfaitement possible, pour n'importe quel candidat à l'emploi, de mentir. Si l'on prend l'exemple de la religion, l'employeur n'aurait d'autres choix que de demander à la personne lors de l'embauche si elle suit un quelconque culte. Qu'importe au demeurant la visibilité de

⁶⁹⁵ V. Partie 2, Titre 2, [Chapitre 2 : La gestion égalitaire des libertés individuelles dans l'entreprise.](#)

l'exercice de ce culte, notamment vestimentaire, ou ses incidences sur l'entreprise, l'information devrait être demandée. L'employeur n'aurait toutefois ni les moyens, ni la légitimité, de questionner davantage l'information ainsi communiquée. Qui plus est cette information communiquée lors de l'embauche peut parfaitement évoluer avec le temps, le salarié ayant toujours la liberté d'abandonner ou de changer de religion. Il serait donc très précaire de fixer des « quotas » sur une composante aussi inconstante de la diversité. Ainsi, l'absence de mesures positives envisageables sur le motif de la religion du candidat à l'emploi, ne permet pas de justifier le recours à la collecte de cette donnée sensible et donc de permettre son admission par la CNIL. Il pourrait être rétorqué que les discriminations fondées sur la religion ne nécessitent pas, pour advenir, que l'on pose la question à la personne que l'on discrimine. L'assignation se fait généralement, soit en raison de la visibilité de la religion, soit sur la base de stéréotypes et de préjugés. Or, si l'on faisait de la religion un critère permettant de pouvoir bénéficier de mesures positives, seules les personnes visibles pourraient en bénéficier, ce qui participerait à conforter les stéréotypes et à enjoindre aux personnes exerçant leur religion de manière plus intime de se montrer un peu plus. La même logique vaut également pour les opinions politiques ou l'orientation sexuelle. Comme le relève la Professeure Danièle Lochak, « si les chances d'obtenir l'invalidation de dispositions discriminatoires sont d'autant plus grandes que l'on peut se réclamer de l'appartenance à une catégorie "suspecte", on comprend le dilemme auquel peuvent se trouver confrontés les groupes qui revendiquent l'égalité des droits. Ainsi, pour bénéficier d'une protection plus efficace contre les discriminations dont ils font l'objet, les homosexuels devraient faire reconnaître l'existence d'une minorité homosexuelle ayant les mêmes caractéristiques que les minorités ethniques, ce qui postulerait qu'ils subissent leur condition comme on subit la couleur de sa peau. Ceci reviendrait à considérer l'orientation sexuelle comme renvoyant à une différence de nature innée et à se laisser enfermer dans une logique déterministe et biologique récusée aujourd'hui par la majorité des homosexuels »⁶⁹⁶.

397. Ainsi, en droit du travail, constituer une catégorie de critères relevant de l'exercice d'une liberté – ce que les gens *font* – permet de limiter leur mesure, qui constituerait une atteinte à l'exercice de ces libertés, ainsi que l'enfermement de l'individu dans une case potentiellement trop étroite, et d'empêcher l'usage de mesures positives inappropriées.

⁶⁹⁶ D. LOCHAK, préc., note 5, pp. 77-78.

398. Cependant, l'autre méthode de collecte des données, à savoir celle portant sur l'élaboration de questionnaires, est très intéressante. En effet, il serait très utile pour le dialogue social et pour les employeurs de pouvoir procéder à des enquêtes qualitatives sur la nature inclusive ou non de l'entreprise, sur l'existence ou non de discriminations qui seraient ressenties par certaines catégories de personnes. Dans cette hypothèse, les restrictions imposées par la CNIL concernant l'anonymat des questionnaires sont parfaitement légitimes et bienvenues pour protéger la vie privée des salariés qui pourraient avoir des remarques à faire, et surtout, elles n'empêchent en rien l'intervention de l'employeur pour corriger ce qui doit l'être.

2. *Le débat conflictuel des statistiques ethniques*

399. La question des statistiques ethnique a donné lieu à une « controverse des démographes » qui a connu plusieurs épisodes. Tout d'abord, en 1998-1999, deux doctrines s'affrontent : d'un côté Michèle Tribalat, Pierre-André Taguieff et plus généralement l'INED plaident pour la légalisation des statistiques ethniques et raciales. De l'autre, Hervé Le Bras et l'EHESS sont contre. Comme le rapporte Serge Slama, c'est au début des années 1990 que Michèle Tribalat a brisé le « tabou français » qui limitait les critères d'analyse de l'immigration à la seule donnée de la nationalité : « après avoir en 1991 travaillé sur l'apport de l'immigration à la population française, elle a, en 1995, étudié l'intégration en utilisant deux critères : celui de l'"appartenance ethnique", défini à partir de la langue maternelle des enquêtés et de leurs parents, et celui de l'"origine ethnique", fondée sur le lieu de naissance des individus et de leurs parents »⁶⁹⁷. Cette méthodologie est considérée par Hervé Le Bras comme une remise en cause du modèle républicain pour lequel seul le critère de la nationalité est acceptable. « Cette démarche irait, selon lui, au-devant de préjugés raciaux et porterait en germe le risque d'une dérive xénophobe. Elle aboutirait à la dénaturalisation – au moins théorique – de Français dont les origines ne devraient pas, pour lui, faire l'objet d'études au niveau national »⁶⁹⁸. Ce à quoi Michèle Tribalat et Pierre-André Taguieff lui répondirent que « le seul critère de la nationalité ne permet pas d'analyser les phénomènes de discrimination et de racisme, puisque de nombreux Français, comme les Beurs, restent, malgré leur carte d'identité, considérés comme des étrangers par une large partie de l'opinion »⁶⁹⁹. La

⁶⁹⁷ S. SLAMA, préc., note 285, p. 95.

⁶⁹⁸ *Id.*

⁶⁹⁹ *Id.*, p. 96.

récupération de ces travaux par le Front National⁷⁰⁰ et les origines de l'INED⁷⁰¹ ne plaidaient guère en leur faveur et validaient au contraire les craintes émises par Hervé Le Bras.

400. Cependant, lorsqu'en 2004 le débat de la statistique ethnique ressurgit, tant les termes que les acteurs du débat sont profondément renouvelés. La demande de statistiques provient d'acteurs de la « promotion de la diversité » ou de la lutte contre le racisme qui se trouvent directement confrontés aux vides, tant statistique que juridique, entourant la question des discriminations « raciales ». Cette fois-ci, on trouvera une opposition aux statistiques ethniques menées par le Haut Conseil à l'Intégration (HCI) présidé par Patrick Garibet et la Commission alternative de réflexion sur les statistiques ethniques et les discriminations (CARSED). Cette dernière fut composée pour faire contrepoids au comité se réunissant sur cette question à la demande de Yazid Sabeg, Commissaire à la Diversité nommé par le Président Nicolas Sarkozy. Parmi les soutiens favorables aux statistiques ethniques, on trouvera notamment les sociologues Patrick Simon, Joan Stavo-Debauge, François Héran et Dominique Schnapper – qui a été membre du Conseil constitutionnel de 2001 à 2010 – et des groupements comme le Conseil représentatif des associations noires (CRAN) ou l'Institut Montaigne. Le débat sera à l'époque tranché politiquement par la Commission Veil et le Président de la République en défaveur d'une statistique ethnique en raison du fait que ce serait prendre le risque de « dresser les unes contre les autres des communautés rivales, et, au fond, à enfermer chacun dans son identité et son histoire ». Le Président considère que « ce n'est pas la bonne grille de lecture », et se positionne clairement sur l'usage de ces statistiques en expliquant que « si la question des statistiques pour mesurer les inégalités et les discriminations liées à l'origine est ouverte, la question d'une action publique volontariste fondée sur des critères ethniques ou religieux doit être close » et « après y avoir mûrement réfléchi, [il] pense que c'est par le critère social qu'il faut prendre le problème, parce que les inégalités sociales, au fond, englobent toutes les autres. Si l'on regarde comment se distribuent les inégalités, il apparaît clairement qu'en réduisant toutes les fractures sociales on réduira du même coup toutes les fractures ethniques, religieuses et culturelles ». Politiquement donc la ligne rejoint celle, vue précédemment, de Walter Benn Michaëls⁷⁰² et répond aux réserves formulées par Éric Fassin sur l'opportunité de recourir à des statistiques ethniques. Ce dernier estime en effet que « des statistiques conçues "à toutes fins utiles" »

⁷⁰⁰ Notamment la catégorie de « Français de souche ».

⁷⁰¹ S. SLAMA, préc., note 285, p. 95.

⁷⁰² W. B. MICHAELS et F. JUNQUA, préc., note 95.

pourraient bien, du moins à court terme, n'avoir qu'une fonction : mesurer pour mesurer. Demander "pour quoi faire ?" engagerait au contraire à les utiliser, en évitant leur instrumentalisation raciste, au service d'une action positive »⁷⁰³. Or c'est bien de l'usage de la mesure dont il est question. Comme le faisait remarquer le président de la Haute Autorité de Lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), Louis Schweitzer, « sauf si l'on veut utiliser ces statistiques à l'appui d'une politique de quotas, rien n'explique que l'on ait besoin d'une catégorisation de ce type, dont les effets pervers sont considérables du fait des stéréotypes qui y sont liés »⁷⁰⁴. Juridiquement le débat a été tranché en 2007 par le Conseil constitutionnel qui a estimé que « *si les traitements nécessaires à la conduite d'études sur la mesure de la diversité des origines des personnes, de la discrimination et de l'intégration peuvent porter sur des données objectives, ils ne sauraient, sans méconnaître le principe énoncé par l'article 1er de la Constitution, reposer sur l'origine ethnique ou la race* »⁷⁰⁵. On peut douter cependant que le blocage autour de cette question soit véritablement de nature juridique⁷⁰⁶. Le Comité Veil émettait déjà des réserves quant à l'opinion tranchée du Conseil constitutionnel sur cette question, notamment au regard du commentaire officiel qui a accompagné la décision de 2007⁷⁰⁷. Le Conseil, à en croire ces explications, restait ouvert sur la collecte et le traitement de données objectives (nom, origine géographique, nationalité antérieure) voire subjectives comme le « ressenti d'appartenance » des personnes sondées. La combinaison de l'ensemble de ces données permettant d'obtenir une information statistique très proche de celle qui aurait été obtenue via un référentiel ethno-racial⁷⁰⁸. Pour s'en convaincre, on pourrait se demander si le projet de réforme constitutionnelle, en cours d'examen devant l'Assemblée Nationale et dont l'amendement concernant la suppression du mot « race » a déjà été validé, aboutira à lever les entraves aux statistiques « ethniques ». Bien que le Conseil constitutionnel ait justifié l'interdiction de ces dernières sur le fondement de l'interdiction posée à l'article premier de la Constitution⁷⁰⁹, le remplacement du terme « race » par celui de « sexe », démontre que l'argument constitutionnel n'a jamais été déterminant sur cette question. On peine en effet à imaginer qu'à la suite du remplacement de la

⁷⁰³ Éric FASSIN, « Des statistiques, mais pour quoi faire ? », in S. SLAMA, préc., note 285, p. 107.

⁷⁰⁴ In *id.*, p. 108.

⁷⁰⁵ [Décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007 Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile](#) (considérant 29), *Rec.*, p. 360.

⁷⁰⁶ Comme l'a fait remarqué le rapport de S. VEIL et COMITÉ DE RÉFLEXION SUR LE PRÉAMBULE DE LA CONSTITUTION, préc., note 10.

⁷⁰⁷ [Commentaire de la décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile.](#)

⁷⁰⁸ S. VEIL et COMITÉ DE RÉFLEXION SUR LE PRÉAMBULE DE LA CONSTITUTION, préc., note 10, p. 60.

⁷⁰⁹ *Id.*

« race » par le « sexe » ce dernier ne fasse désormais plus l'objet de mesures statistiques, de mesures positives, de mesures différentialistes, ou sera rayé des mentions obligatoires de l'état civil. Il est donc fort probable que le refus soit d'une autre nature, au regard notamment des précédents qui ont marqué l'histoire de France, et pourrait dès lors perdurer.

401. François Héran résume les trois principales critiques formulées à l'encontre des statistiques ethniques : « elles seraient trop mouvantes pour être scientifiques ; elles renforceraient les préjugés ; elles auraient pour effet de créer une réalité qui, sans elle, n'existerait pas »⁷¹⁰. Il est possible d'en ajouter une quatrième, souvent pointée du doigt : les statistiques raciales ou ethniques seraient dangereuses car elles faciliteraient les comportements discriminatoires.

402. Sur ce dernier point tout d'abord, on a pu remarquer qu'il existe déjà des mesures, comme en attestent les exemples précédemment cités. Le fait de contourner la mesure de la « race » ou de l'ethnie ou de la couleur de peau en ayant recours à des subterfuges, tels que le nom de famille, le lieu de résidence, l'origine des parents, ne rend pas l'intention de mesurer moins réelle. Cela rend en revanche ces mesures inutilisables pour combattre les discriminations à l'aide de mesures positives fondées sur l'existence d'inégalités décrites par des chiffres inadaptés. Or, justifier un dispositif de mesures positives, pouvant notamment consister en une différence de traitement fondée sur un motif illicite, sur des chiffres pouvant être aisément contestés, n'offre pas la sécurité juridique que les auteurs de ces mesures sont en droit d'attendre. À l'inverse, les personnes mal intentionnées ne s'encombrent pas de la rigueur scientifique. L'utilisation des noms de famille à des fins de classifications approximatives et malveillantes est déjà une réalité⁷¹¹. Dans la pratique (illégal), les recruteurs n'empruntent pas ces détours méthodologiques pour mettre de côté les CV des candidats qui ne répondent pas au « code BBR » (Bleu Blanc Rouge)⁷¹². La situation des

⁷¹⁰ François Héran, « Les statistiques ethniques "interdites" en France : une belle hypocrisie », *L'Obs – Le plus*, du 24 avril 2012.

⁷¹¹ V. à ce sujet la polémique causée par Robert Ménard qui a avoué sur le plateau de l'émission *Mots croisés* tenir une liste des enfants scolarisés à Béziers qu'il pense de confession musulmane. Cette liste, élaborée sur la seule base des patronymes, lui permettait d'affirmer que 64.6% des enfants inscrits dans les écoles maternelles et primaires étaient musulmans et que donc l'« immigration » était « un problème » dans sa ville. Ainsi, nul besoin de rigueur scientifique pour associer un prénom à une religion déterminée sur la base d'un préjugé et d'en déduire l'augmentation de l'immigration (comme si toute personne musulmane est nécessairement étrangère et que cela poserait *de facto* un problème). V. la [Décision CSA du 29 juillet 2015 rendue à l'occasion des propos tenus par Robert Ménard dans l'émission "Mots croisés" du 4 mai 2015 sur France 2](#).

⁷¹² V. [Cass., Crim., 23 juin 2009, n° 07-85.109, Publié au bulletin](#) concernant les condamnations de la filiale Garnier du groupe L'Oréal et de Adecco pour le délit d'offre d'emploi discriminatoire au sens de l'article 225-2

baillleurs sociaux pose également question. Ces derniers essayent de créer de la diversité au sein des logements HLM⁷¹³. Ils poursuivent ici un objectif légitime au regard des injonctions faites par la loi d'attribuer les logements sociaux « en tenant compte de l'état de l'occupation du patrimoine locatif social [...] au regard de l'objectif de diversité de la composition sociale de chaque quartier et de chaque commune », mais leur tâche serait plus aisée s'ils disposaient d'une définition de ce qu'est la diversité et d'outils permettant de la mesurer et de l'introduire de manière égalitaire. En l'absence de tels éléments de cadrage, leur action ne saurait qu'être approximative. Quand bien même leur objectif était-il de garantir la « mixité sociale » en évitant de créer un terrain propice à la ségrégation géographique, ils tombent sous le coup du principe de non-discrimination au même titre que les autres⁷¹⁴. Au fond, l'interdiction de mesurer n'empêche pas ceux qui entendent discriminer d'user de chiffres conçus pour servir leurs propos haineux, mais empêche ceux qui voudraient les contredire et combattre les conséquences du racisme de le faire sur des bases objectives et scientifiques.

403. Sur la question de l'objet de la mesure, il est assez naturel que le juriste soit mal à l'aise avec l'utilisation du mot « race » puisque ce dernier a très largement été réfuté par la communauté scientifique⁷¹⁵. Le mot « ethnie » n'est pas plus intéressant puisqu'il renvoie non seulement à l'apparence, mais surtout à une communauté culturelle et linguistique. Or, il n'est point besoin d'avoir une autre culture pour être discriminée. Pour Hervé Le Bras, « il est impossible de produire des catégories ethniques sérieuses. À peine un groupe communautaire est-il nommé que sa diversité devient manifeste. Où classer, en outre, ceux qui descendent d'unions mixtes, fréquentes en France ? »⁷¹⁶. Il est vrai que si l'on demandait aux personnes de se décrire, on serait rapidement submergé par la diversité des réponses, mais cela contribuerait peut-être à briser certains stéréotypes. À l'inverse, proposer des cases prédéfinies – et étroites – serait aussi problématique pour que toutes les personnes s'y reconnaissent. Il ne faut donc pas oublier que « la catégorisation ethnoraciale est une assignation totalement *sociale* qui, à partir d'une perception, infère une qualité identitaire

5° du Code pénal (et non pour la discrimination à l'embauche prévu par l'article 225-2 3° du code pénal, pour laquelle ces entreprises étaient poursuivies, du fait de l'absence de victime « suffisamment identifiée »).

⁷¹³ V. à ce sujet le travail très intéressant de [Thomas KIRSZBAUM et Patrick SIMON, « Les Discriminations raciales et ethniques dans l'accès au logement social », Notes n° 3 du Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations, 2001, 81 p, disponible sur \[halshs\]\(#\).](#)

⁷¹⁴ V. les poursuites engagées contre le bailleur Logirep devant le TGI de Nanterre en 2014 et qui feront l'objet d'une condamnation pénale dans un arrêt de la [Cour d'appel de Versailles, 9^{ème} chambre, 18 mars 2016, n°14/04196](#).

⁷¹⁵ C. WILLMANN, préc., note 11, §15.

⁷¹⁶ Hervé LE BRAS, « Le danger des catégories ethniques », in S. SLAMA, préc., note 285, p. 105.

particulière à l'individu le renvoyant à un groupe d'appartenance réelle ou supposée »⁷¹⁷. Sur le long terme, il existe un risque, selon Hervé Le Bras, qu'« en nommant des groupes ethniques et raciaux, les instances officielles légitimeraient et habitueraient les Français à penser en ces termes, puis, à la longue, à se définir de cette manière d'autant plus facilement que cette tendance existe déjà à l'état latent »⁷¹⁸. L'effet performatif⁷¹⁹ pouvant résulter de la mesure de la diversité est un élément à prendre en compte soit pour ajuster les choix méthodologiques retenus pour la pratiquer, en ayant à l'esprit que toutes mesures qui auraient pour effet de conforter des stéréotypes racistes ou à entretenir l'idée qu'une personne de couleur ne serait pas aussi française qu'une autre, devraient être bannies, soit pour rejeter l'idée même d'une mesure.

404. Il existe « beaucoup de très bons arguments qui militent contre la construction de catégories ethniques et raciales dans la statistique, mais aucun d'entre eux n'affrontent de façon convaincante la question de savoir ce qu'il faudrait faire à la place »⁷²⁰. Comme le décrivent parfaitement Patrick Simon et Joan Stavo-Debauge, la lutte contre les discriminations a conduit les pouvoirs publics à revoir la politique d'intégration pour garantir l'effectivité de l'accès aux droits : « il ne s'agit plus de faciliter l'adaptation à la société d'immigrés ne disposant pas des ressources culturelles et sociales pour s'y intégrer, comme y invitait la doctrine, mais bien de restaurer une égalité entre citoyens dégradée par l'expression de préjugés ou de préventions fondées sur une perception de l'origine ethnique ou raciale de certains d'entre eux »⁷²¹. Mais l'« action bulldozer »⁷²² de l'Union européenne ne concerne pas seulement la question des origines, mais tous les motifs visés dans la définition des discriminations. Les mécanismes juridiques ont été profondément bouleversés, notamment avec la notion de discrimination indirecte « de telle façon que *l'obligation de non-discrimination* ne se comprend plus de la même façon et se montre beaucoup plus exigeante. Son évaluation réclame la mise en place d'un équipement conceptuel et opérationnel qui

⁷¹⁷ Emmanuelle BRUNEEL, « Quand montrer c'est ne pas dire : analyse sémiotique comparée de deux campagnes gouvernementales de sensibilisation aux préjugés », 2018, vol. 6, n°1, *Les cahiers de la LCD*, pp. 77-97.

⁷¹⁸ Hervé LE BRAS, « Le danger des catégories ethniques », in S. SLAMA, préc., note 285, p. 105.

⁷¹⁹ V. Elena FILIPPOVA et France GUÉRIN-PACE, « Le recensement : miroir ou prescripteur ? », *Socio*, n°2, 2013, pp. 229-272.

⁷²⁰ Patrick Simon, « Les statistiques, les sciences sociales françaises et les rapports sociaux ethniques et de "race" », *Revue française de sociologie*, n° 49-1, 2008, p. 153-162, §10.

⁷²¹ Patrick SIMON et Joan STAVO-DEBAUGE, « Les politiques anti-discrimination et les statistiques : paramètres d'une incohérence », *Sociétés Contemp.* n° 53-1, 2004, pp. 57-84, p. 79.

⁷²² Jean-François FLAUSS, « L'action de l'Union européenne dans le domaine de la lutte contre le racisme et la xénophobie », *RTDH*, 2001, n°36, p. 514.

mobilise un *monitoring* statistique dont peu de pays en Europe, et en particulier pas la France, disposent – à l’exception notable du Royaume-Uni »⁷²³.

B. Des volumes de données considérables

405. Mesurer la diversité, en supposant d’avoir dépassé les difficultés liées à l’interdiction de collecter certaines données (notamment concernant les origines), pose une autre difficulté de taille : la multitude de critères devant être mesurés, combinée à la multitude de combinaisons entre critères devant être prise en compte, notamment pour saisir les inégalités résultant de discriminations intersectionnelles ou multiples rendent les calculs titanesques et difficilement réalisables dans le cadre de l’entreprise. La classification dégagée précédemment a pour objectif de déterminer quelles composantes de la diversité devront faire l’objet d’une mesure à grande échelle et quels motifs, notamment en raison de leur nature, ne peuvent faire l’objet d’une mesure statistique. Cela revient néanmoins à devoir mesurer un certain nombre de critères, tous pouvant se croiser (femme, origine subsaharienne, en situation de handicap, entre 30-35 ans, sans enfant ; homme, originaire d’un département d’outre-mer, valide, entre 50-55 ans ; avec enfants, etc.). Comment dès lors procéder à cette mesure au sein des entreprises ?

406. Il existe une première expérience de collectes et de croisement de données très concluante avec le rapport de situation comparée⁷²⁴ qui concernait trois critères : le sexe, l’âge et la parentalité. Les obligations tenant à la réalisation de ce rapport ont été supprimées par la loi « Rebsamen »⁷²⁵ en 2015⁷²⁶, mais les éléments de comparaison qui le constituaient ont été intégrés, par les ordonnances du 27 septembre 2017, à la nouvelle base de données économiques et sociales (BDES)⁷²⁷. Les données collectées dans le cadre de cette base portent, outre l’égalité professionnelle entre les femmes et hommes au sein de l’entreprise, sur

⁷²³ P. SIMON et J. STAVO-DEBAUGE, préc., note 721, 80.

⁷²⁴ Créé par l’article 11 de la loi n° 83-635 du 13 juillet 1983 dite « loi Roudy » portant modification du code du travail et du code pénal en ce qui concerne l’égalité professionnelle entre les hommes et les femmes et consolidé par la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 dite « loi Genisson » relative à l’égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, ayant pour objet de rendre obligatoire la négociation sur l’égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, notamment en prenant pour base de discussion le RSC.

⁷²⁵ Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l’emploi, *JORF* du 18 août 2015, p. 14346.

⁷²⁶ V. pour un bilan du Rapport de situation comparée : Vincent-Arnaud CHAPPE, « L’agentivité d’un outil de quantification des inégalités sexuées en entreprise. Les controverses autour du rapport de situation comparée (1967-2015) », i3 Working Papers Series, 16-CS1-02, décembre 2017.

⁷²⁷ Art. 1^{er} de l’ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l’entreprise et favorisant l’exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, *JORF* du 23 septembre 2017.

l'investissement social ; l'investissement matériel et immatériel ; les fonds propres ; l'endettement ; l'ensemble des éléments de la rémunération des salariés et dirigeants ; les activités sociales et culturelles ; la rémunération des financeurs et les flux financiers à destination de l'entreprise⁷²⁸. Une fois encore, cette base de données se concentre sur les composantes « classiques » prises en considération dans la loi – sexe, âge, handicap – mais pas sur la composante jusqu'alors délaissée qu'est l'origine. On peut également douter de la pertinence de lier des informations de nature aussi différente, économique et sociale, en particulier si les premières doivent conditionner les efforts réalisés pour corriger les secondes.

407. À l'occasion de la journée du droit des femmes le 8 mars 2018, le gouvernement Philippe a présenté un nouvel outil de mesure qui pourrait être généralisé à l'ensemble des questions de discriminations. Il s'agit d'un logiciel de gestion permettant d'alerter les services RH des écarts de salaires entre hommes et femmes à poste et à âge équivalents⁷²⁹. Si, en soi, vouloir opérer la mesure via un logiciel semble tout à fait pertinent et un gain de temps indéniable pour les entreprises, il conviendra pour les partenaires sociaux d'être particulièrement vigilants⁷³⁰ – comme ce devrait toujours être le cas lorsqu'un algorithme est en cause⁷³¹ – sur les paramétrages de l'algorithme utilisé dans le cadre de ce logiciel. Les avis sont partagés concernant l'utilisation d'un tel logiciel. Emmanuelle Boussard-Verrecchia, avocate spécialisée dans le contentieux des discriminations, trouve cette proposition gouvernementale très novatrice et y voit le résultat de batailles judiciaires⁷³² « menées pendant des années contre les entreprises pour obtenir une certaine transparence autour des salaires afin de pouvoir prouver une discrimination »⁷³³. Elle considère que le croisement des données portant sur le sexe, le diplôme et l'âge serait intéressant, car cela permettra de mettre en évidence les écarts pouvant exister dans l'évolution de carrière. On vise ici la situation où

⁷²⁸ Art. L. 2312-21 du Code du travail.

⁷²⁹ Communiqué de presse du Premier Ministre, « Concertation avec les partenaires sociaux sur l'égalité professionnelle et la lutte contre les violences sexuelles et sexistes au travail », Hôtel de Matignon, le 7 mars 2018.

⁷³⁰ Et ils semblent l'être : V. l'étude des paramètres prévues au sein du projet de décret n° 2019-15 du 8 janvier 2019 portant application des dispositions visant à supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes dans l'entreprise et relatives à la lutte contre les violences sexuelles et les agissements sexistes au travail, réalisée par la CGT, « Égalité professionnelle : les organisations syndicales appellent Muriel Penicaud à revoir sa copie », *Actualités Infos CGT*, 21 décembre 2018. Pour le descriptif de ces paramètres : V. Anne Bariet, « L'index des inégalités salariales femmes/hommes est publié », *actuEL RH*, 10 janvier 2019.

⁷³¹ V. toutes les demandes pressantes des associations étudiantes autour de la levée du secret sur les algorithmes de la plateforme « Admission Post-Bac » en 2017 et de « Parcoursup » en 2018 pour l'accès à l'université qui ont abouti à une saisine du Défenseur des droits pour faire la lumière sur les algorithmes locaux utilisés.

⁷³² V. notamment Cass. Soc. 19 déc. 2012, n° 10-20.256.

⁷³³ Interview de Emmanuelle BOUSSARD-VERRECCHIA par Bernard DOMERGUE, « L'enjeu social de l'égalité entre femmes et hommes impose au gouvernement d'agir », *actuel-CE*, 9 mars 2018.

une salariée toucherait le même salaire qu'un autre salarié, avec un diplôme équivalent, mais dont l'âge de la première est bien supérieur à celui du second. Ce qui constitue parfois la rémunération en fin de carrière correspond à la rémunération d'un autre en début ou milieu de carrière. Une telle situation ne peut être saisie sous le prisme du principe d'égalité de traitement puisqu'il n'existe pas de différence de traitement, le salaire étant le même. C'est là, typiquement une hypothèse que prévoit le droit européen⁷³⁴, pour lequel « *une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1^{er}* »⁷³⁵. Si l'outil en soi peut être vraiment très intéressant, on aura tendance malgré tout à se méfier des usages qu'il est possible d'en faire. En effet, les paramétrages du logiciel peuvent avoir pour effet de minorer les écarts de salaire pouvant être constatés. Par exemple, on connaît tous les statistiques de l'égalité hommes-femmes qui oscillent entre 26% d'écart de salaire toutes inégalités confondues (temps partiel, travail différent, etc.) et 9% toutes choses étant égales. Toutes les mesures sont intéressantes, car en découlent, pour les résorber, des mesures positives de différentes natures : rattrapage de salaire (et donc une véritable différence de traitement, ponctuelle, fondée sur le sexe) pour résorber les 9%, amélioration de la conciliation vie privée / vie professionnelle pour limiter le recours au temps partiel (mesure universelle, mais bénéficiant indirectement aux femmes), promotion de la mixité des métiers⁷³⁶, etc. Or, la proposition du gouvernement consiste à déployer « dans toutes les entreprises de plus de 50 salariés via un logiciel libre de droit intégré aux logiciels de paie : dès le 1^{er} janvier 2019 pour les entreprises de plus de 250 salariés, et au 1^{er} janvier 2020 pour les entreprises entre 50 et 250 salariés »⁷³⁷. Si cela doit être intégré au logiciel de paie (pour qu'une correction automatique des écarts soit effectuée ?), il y a fort à parier que le logiciel ne détectera que les inégalités tombant sous le régime du principe à « travail égal, salaire égal ». Mais seule une discussion au sein de la branche, ou de l'entreprise, permettrait de détecter les inégalités existantes entre des travaux de « valeur égale », notamment par l'implémentation dans le code d'une équivalence entre les métiers. En définitive, utiliser un logiciel peut considérablement simplifier les choses pour les acteurs, mais il ne faut pas que

⁷³⁴ V. *supra* §160.

⁷³⁵ 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 du 2 décembre 2000, L 303.

⁷³⁶ V. par exemple l'article L. 6111-3 du Code du travail tel que modifié par l'article 18 de la loi n°2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel qui entre en vigueur le 1^{er} janvier 2019 et intègre un objectif de promotion de « la mixité professionnelle en luttant contre les stéréotypes de genre ».

⁷³⁷ Communiqué de presse du Premier Ministre, « Concertation avec les partenaires sociaux sur l'égalité professionnelle et la lutte contre les violences sexuelles et sexistes au travail », Hôtel de Matignon, le 7 mars 2018.

cela aboutisse à créer une « boîte noire » rendant inaccessible la méthodologie avec laquelle les données ont été obtenues et comparées. Or, paradoxalement, tout l'intérêt d'élaborer un logiciel est aussi de créer une « boîte noire », afin de mettre en sécurité les données personnelles sensibles.

Conclusion du chapitre 1

408. Un choix politique doit donc être fait, sans quoi continuer à parler, à négocier sur la « diversité », pour ne manipuler que les critères pour lesquels la loi prévoit déjà des mesures positives, n'a aucun intérêt. Si l'on veut poursuivre un objectif de « diversité », il faut mesurer ce qui est censé la constituer. La reproduction de la diversité ne peut se faire sans une mesure préalable. Les deux nous semblent indissociables. On ne peut pas continuer à parler de diversité si l'on se refuse à la mesurer, si l'on se refuse à définir les éléments qui en son sein posent difficultés. Si l'on considère que la mesure est moralement ambiguë, philosophiquement contraire à nos principes, alors il est effectivement plus sage de ne pas y procéder, mais alors il conviendrait de mettre de côté l'argument de la diversité qui serait alors faussement recherchée. Elle resterait le simple étendard, pour le coup moralement très discutable, qu'elle est actuellement, qui prétend œuvrer pour l'égalité et la non-discrimination alors que son action se limite bien souvent aux seules prescriptions législatives, ou si elle va plus loin elle reste sur les mêmes critères qui font l'objet de mesures positives sur le plan législatif. La question est donc de savoir si tous les groupes d'individus ont un droit égal à accéder à certains droits, dont le droit à l'emploi et si l'on est prêt à nommer ceux qui en sont exclus pour mieux les aider.

Chapitre 2 : Les moyens d'introduction de certaines composantes de la diversité

409. Au regard des composantes qu'il serait pertinent de mesurer, ainsi que des contraintes pesant sur ces mesures, il convient de s'intéresser aux moyens de les utiliser. De telles mesures statistiques permettraient d'offrir un outil « nouveau » de comparaison de la diversité française avec la diversité au sein de chaque entreprise et, à partir de cette comparaison, d'offrir un cadre à l'utilisation de mesures positives visant à corriger les déséquilibres mis en évidence par ces statistiques. Puisque le débat porte tout autant sur les moyens de la mesure que sur les raisons de mesurer, il semble important d'aborder les enjeux qui pèsent sur la mesure et en quoi cette mesure est indispensable pour l'action en faveur de la diversité. Il conviendra donc de définir, dans un premier temps, les objectifs à atteindre (section 1) en déterminant avec précision les niveaux à comparer dans l'absolu et plus spécifiquement dans le périmètre de l'emploi. Puis, dans un second temps, il s'agira de voir quelles seront les conséquences d'une absence de diversité dans les entreprises et quelle sera la place des statistiques tant pour la fixation des objectifs à poursuivre qu'en tant qu'outil probatoire pour démontrer le manquement à l'obligation (section 2).

Section 1 : La définition des objectifs à atteindre

410. Puisque la diversité peut être mesurée à différents niveaux, et que tout l'intérêt de cette mesure est de comparer ces niveaux entre eux afin de déterminer s'il existe des « déperditions », le choix des niveaux à comparer est déterminant. En effet selon que l'on choisit de comparer le niveau de l'entreprise avec le niveau de la population française, ou bien avec le bassin d'emploi, ou bien avec les effectifs sortant des formations initiales ou continues, on n'appliquera pas les mêmes principes de justice. Or, tout l'objectif du raisonnement par sphère est de rester « juste » quant à la répartition des responsabilités dans le rétablissement de la diversité sur ceux qui se trouvent à l'origine du déséquilibre. On entendra ici par « juste », le fait qu'« aucun bien social x ne doit être réparti entre des hommes et des femmes qui possèdent un autre bien y du simple fait qu'ils possèdent y et sans tenir compte de la signification de x »⁷³⁸. Les deux biens sociaux étant dans notre étude, l'éducation et le travail. Si l'entreprise peut difficilement être un reflet exact de la société, elle ne doit pas

⁷³⁸ M. WALZER, préc., note 103, p. 44-46.

non plus en être déconnectée. Quand considèrera-t-on que l'objectif de diversité a été atteint ? Faut-il une exacte représentation des proportions de la diversité française ? Faut-il obtenir le plus de profils différents au sein de l'entreprise ? Faut-il insérer des filtres, des variables permettant de modifier les niveaux de comparaison. Il conviendra donc de définir dans un premier temps les objectifs de comparaisons lié à la mesure de la diversité (§1) avant de voir comment les concrétiser dans le cadre de la sphère de l'emploi (§2).

§1 : L'objectif de comparaison lié à la mesure

411. Une fois les composantes en tension de la diversité identifiées (race, sexe, handicap, origine sociale...), il devient nécessaire de mesurer la place occupée par chaque groupe au sein de chaque composante. Mais avant cela, il convient de rappeler que la composition de la diversité est fonction du périmètre dans lequel on l'étudie. Or, notre étude se concentre sur un périmètre bien particulier, celui du monde du travail. L'objectif de retrouver dans le monde du travail une diversité identique à la diversité française suppose la comparaison de deux diversités : celle au niveau macro de la diversité française et celle au niveau micro de la diversité propre à chaque entreprise. Cependant, la question se pose du caractère « juste », compte tenu des conséquences que pourrait avoir la constatation d'un écart entre ces deux mesures, du choix de ces deux référentiels. Si celui de l'entreprise ne fait pas de doute, celui avec lequel il doit être comparé est plus délicat. De même, la question des objectifs à atteindre au niveau de l'entreprise mérite d'être tranchée, nous semble-t-il en faveur d'une recherche de représentativité des effectifs (A) et non un objectif de pluralité qui serait contraire au principe d'égalité et de non-discrimination. Cela est d'autant plus vrai qu'au sein de la sphère de l'emploi des objectifs adaptés doivent être trouvés pour tenir compte du fait que l'entrée est conditionnée à la compétence des candidats à occuper l'emploi (B).

A. La recherche de représentativité

412. À l'heure actuelle, lorsqu'une entreprise entend promouvoir la diversité, elle va adopter des mesures positives généralement ciblées sur une composante, et une seule, de la diversité. L'objectif poursuivi sera le plus souvent très vaguement exprimé. On pourra prendre pour exemple un accord Air France qui prévoit que « dans les métiers à fort prédominance masculine, et à compétences égales, les candidatures féminines seront plus

particulièrement étudiées. Inversement, dans les métiers à prédominance féminine, et à compétences égales, les candidatures masculines seront plus particulièrement étudiées ». Ou encore un accord de branche, celle de la répartition pharmaceutique, qui prévoit que « lorsqu'une entreprise constate un déséquilibre entre les effectifs féminins et masculins sur une catégorie professionnelle ou un métier, cette dernière peut privilégier, dans le cadre de sa politique de recrutement, l'embauche d'hommes ou de femmes, à profil égal (en termes de compétence, d'expérience, de diplôme, etc.) et cela dans le but d'améliorer la parité au sein de cette catégorie de métier »⁷³⁹. Parfois, l'objectif sera plus précis, par exemple 35% au sein des comités de direction de TDF d'ici le 31 décembre 2019, *idem* pour Orange d'ici 2020, voire très précis, comme c'est le cas chez Renault qui vise un taux de femmes de 22,2% aux postes de cadre supérieur ou aux postes à responsabilités sans que l'on sache véritablement sur quelle base cet objectif a été fixé⁷⁴⁰.

413. Partant du postulat que, s'il existait véritablement une égalité des chances entre tous les membres de la population française, il devrait y avoir, en principe, et compte tenu des masses concernées, un pourcentage équivalent de personnes en emploi, accédant aux soins, à l'enseignement supérieur, participant à la vie politique, siégeant dans les divers conseils ou assemblées, etc., ou, *a minima* des tendances au regroupement monochromique et unisexe limitées, en particulier dans les lieux de pouvoir. Comparer la composition, « raciale », sexuelle, professionnelle, des âges ou selon les handicaps de la population française avec celle des personnes en emploi, celle des représentants politiques, devrait permettre, logiquement, de savoir immédiatement si une partie de la population est désavantagée par rapport à une autre dans l'accès à certains biens ou à certains droits. La recherche d'effectifs « représentatifs » de la diversité française correspondrait dès lors à un objectif d'égal accès aux droits et aux fonctions.

414. Lorsque cet objectif de « représentation miroir »⁷⁴¹ est promu dans la sphère politique ou professionnelle, que ce soit pour la composition paritaire des listes électorales (politique ou professionnelle) ou de conseils dotés de pouvoirs de décisions (conseil d'administration, jury de concours), il s'agit, au-delà de favoriser un droit égal à l'accès à de telles fonctions ou

⁷³⁹ Ces deux accords sont pris en exemple dans le dossier « Convention collective – Négociateur sur l'égalité professionnelle (2) » in *Liaisons sociales quotidien*, actualité n°17637, lundi 27 août 2018.

⁷⁴⁰ [Accord du groupe Renault S.A.S. en faveur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la mixité dans l'entreprise du 19 janvier 2018, p. 10.](#)

⁷⁴¹ V. Catherine ACHIN, « "Représentation miroir" vs parité. Les débats parlementaires relatifs à la parité revus à la lumière des théories politiques de la représentation », *Droit Société*, vol. 47-1, 2001, pp. 237-256.

responsabilités, de rendre plus légitimes les décisions prises par ces organes. En effet, une assemblée qui ressemble au peuple qu'elle a vocation à représenter inspire plus confiance qu'une assemblée où certaines composantes de la société ne seraient pas « physiquement » représentées. C'est sur ce point que les opposants à l'introduction de la parité sur les listes électorales se sont fondés. Pour eux, l'introduction de la parité rompt avec l'universalisme, car il n'y a pas besoin d'être une femme pour défendre les intérêts des femmes, il n'y a pas besoin d'avoir des représentants noirs pour lutter contre le racisme. Rechercher des représentants qui seraient à l'image de la société reviendrait donc, pour eux, à promouvoir le communautarisme. Chaque représentant élu étant celui de « sa » communauté, il ne pourrait défendre l'intérêt général. Or, l'introduction de la parité au sein des listes est une méthode très différente – pour ne pas dire à l'opposé – d'une approche communautariste. Au contraire, une telle logique se traduirait par le dépôt de listes exclusivement « féminines » d'un côté et des listes exclusivement « masculines » de l'autre, comme si toutes les femmes pensent et défendent nécessairement les mêmes idées, idem pour les hommes. C'est à la fois absurde et dangereux si l'objectif est de déconstruire les stéréotypes liés à une communauté (l'exemple serait encore plus parlant si l'on raisonnait sur une diversité raciale). C'est une vision étriquée que de penser que chaque groupe voterait de façon monolithique. On peut à ce titre s'inquiéter des récents propos du Président Macron qui, pour écarter un rapport sur les banlieues, commandé par lui à M. Borloo, a expliqué qu'il n'y avait aucun sens à ce que « deux mâles blancs » se remettent des rapports sur ce qu'il y aurait à faire pour améliorer la vie des personnes vivant dans les banlieues⁷⁴². Comme si, d'une part, il n'y avait pas d'hommes blancs vivant dans ces banlieues, ce qui traduit une vision raciste de ces quartiers, et d'autre part, l'on avait tiré un trait sur la capacité des représentants et des hommes politiques à raisonner et s'occuper de problèmes qui ne sont pas directement les leurs⁷⁴³. S'il existe une vision communautariste, mettant en opposition les composantes de la population française, il semblerait qu'elle soit pratiquée au plus haut sommet de l'État. Au contraire, garantir sur chaque liste, constituée sur des bases politiques, des représentants de toute la population française, éviterait ce type de problématique. Certaines composantes de la diversité – du fait de leur exclusion de la sphère politique – pourraient se révéler particulièrement pertinente. On pense notamment aux catégories socioprofessionnelles. Alors que dans la sphère du travail

⁷⁴² « *Quelque part ça n'aurait aucun sens que deux mâles blancs [désignant l'auteur du plan et lui-même], ne vivant pas dans ces quartiers, s'échangent l'un un rapport et l'autre disant "on m'a remis un plan, je l'ai découvert". C'est pas vrai, ça ne marche pas comme ça* » : propos rapportés dans une tribune de Denis BERTRAND, « "Deux mâles blancs" : tout ce que Macron fait entendre avec ces trois mots », *L'OBS*, 26 mai 2018.

⁷⁴³ G. NOIRIEL, préc., note 133, p. 741-742.

une juste représentation dans les effectifs des différentes catégories socioprofessionnelles n'a aucun sens, dans la sphère politique, s'assurer de la présence d'ouvriers, d'employés, de cadres, de professions libérales, de chômeurs, d'étudiants, de retraités, *etc.* répond à un impératif de diversité, à défaut – pour l'heure – d'en être un de non-discrimination. Il en serait de même pour la nature du contrat de travail qui dans le cadre de la sphère du logement peut se révéler être un vrai critère de discrimination, l'absence de CDI constituant une entrave démesurée à l'accès à la location et ou à la propriété.

415. Il convient donc de ne pas confondre la légitimité de la prise de décision collective avec une autre forme de représentativité qui concernerait les intérêts et courants de pensée. En effet, la recherche de « représentativité » n'est pas toujours dirigée vers un objectif d'égalité, mais peut être dirigée vers un objectif de pluralité. Si l'on prend l'exemple de la représentativité syndicale telle que modifiée par la loi du 20 août 2008 et qui tire un trait sur la représentativité présumée et le monopole des organisations syndicales historiques, l'objectif poursuivi par ces nouvelles règles de « représentativité » était de rendre les partenaires syndicaux plus « légitimes » à négocier au nom des salariés, mais d'une manière très différente de celles exposées précédemment. Puisque les accords et conventions collectives signées s'appliquent indifféremment à tous les salariés, qu'ils soient ou non adhérents ou sympathisants d'un syndicat, il est impératif que les syndicats qui les concluent soient légitimes à le faire. Or, dans cette formule, la représentativité est « relative » il ne s'agit pas de s'assurer que l'ensemble des opinions seront représentées lors des négociations, mais que les principales le soient « suffisamment ». Il n'est en effet exigé que 10% pour être considéré comme « représentatif ». Ce parallèle permet de comprendre que, parfois, l'objectif de diversité suppose de garantir la représentation de tous, quand bien même cette représentation ne serait pas représentative. On peut estimer que lorsqu'il est question de permettre l'expression d'une pensée, le pluralisme doit être privilégié et que lorsqu'il s'agit de légitimer la prise de décision, la représentativité doit l'être. C'est pourquoi dans certains milieux de travail, il serait possible de considérer que des effectifs de travail représentatifs de la population française ne soient pas satisfaisants. Par exemple, dans les médias, poursuivre un objectif de diversité, tendant plus à la représentation pluraliste de la diversité qu'à la reconstitution à l'identique de la composition du corps social, favoriserait la lutte contre les stéréotypes en donnant à voir un spectre de différences le plus large possible. Ce serait dans cette hypothèse une manifestation de l'objectif, développé aux États-Unis, de la recherche d'une « masse critique », permettant de mettre en évidence les différences entre les individus

appartenant à des mêmes groupes, que leur méconnaissance peut faire passer, au premier abord, comme homogènes. Pour l'heure, les objectifs sont très imprécis. Le législateur impose que les « *sociétés nationales de programme visées à l'article 44 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 [...] mènent une politique de développement des ressources humaines visant à lutter contre les discriminations et à mieux refléter la diversité de la société française* »⁷⁴⁴. La loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté est venue préciser cette injonction en prévoyant que le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) « *veille à ce que la diversité de la société française soit représentée dans les programmes des services de communication audiovisuelle et que cette représentation soit exempte de préjugés* »⁷⁴⁵. L'objectif n'étant pas clairement identifié on peut douter de son caractère contraignant. On aura en outre tendance à se méfier de l'instrumentalisation de l'argument de la « diversité ». En effet, on a eu l'occasion de critiquer la rhétorique consistant à promouvoir la diversité en affirmant qu'elle serait profitable à la productivité et à l'image des entreprises. Il conviendrait de ne pas faire l'excès inverse en utilisant la diversité comme un instrument performatif de l'égalité. Cela pourrait avoir des revers fâcheux. En supposant par exemple que l'on montre à l'écran un pourcentage beaucoup plus élevé de personnes racisées que ce qu'elles représentent dans la population, cela pourrait alimenter les thèses xénophobes sur le « grand remplacement » au lieu de les combattre.

416. Il nous semble donc que la politique de diversité la plus juste est celle consistant à rester sur un argument en faveur de l'égal accès aux droits. Ainsi, la raison pour laquelle on pourrait promouvoir la diversité au sein des listes électorales n'est pas que cela favoriserait la différence de point de vue, mais parce que c'est un droit, pour chaque citoyen, de pouvoir prétendre devenir un représentant de la nation. L'État doit donc assurer l'égal accès des citoyens à ce droit. À l'inverse, un parti politique qui voudrait ne défendre qu'une frange de la population serait dans l'illégalité, car contraire à l'universalité, et sa démarche pourrait être compliquée par une exigence de diversité au sein de ses propres listes et élus.

417. Cela ne signifie pas pour autant qu'il ne sera pas possible d'ajuster les objectifs de diversité au regard des enjeux et de ce qui semble juste au sein de chaque sphère, notamment celle de l'emploi.

⁷⁴⁴ [Art. 6 de la loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision.](#)

⁷⁴⁵ [Art. 182 de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté modifiant l'article 3-1 de la loi dite « Léotard » n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.](#)

B. Les objectifs de la sphère de l'emploi

418. Ce qui fait la particularité de la sphère de l'emploi, ce qui contribue à la détermination des distinctions pouvant être considérées comme étant « justes » au sein de cette sphère, c'est la question de la liberté d'entreprendre (1) et de son articulation avec le droit à l'emploi. Ce dernier devra être envisagé que par le prisme des compétences nécessaires à l'exercice de l'emploi (2) pour que la conciliation soit possible.

1. *Une contrainte spécifique au droit du travail : le respect de la liberté d'entreprendre*

419. La liberté d'entreprendre n'est pas évoquée de manière explicite dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 mais elle a été rattachée à l'article 4 par le Conseil constitutionnel⁷⁴⁶. Ayant été élevé au rang de liberté constitutionnelle, le régime qui « *consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* » lui est applicable. Les juges doivent donc préserver la liberté d'entreprendre des restrictions abusives ou arbitraires et, à l'inverse, on ne peut – sous couvert de la liberté d'entreprendre – porter une atteinte excessive aux libertés d'autrui. La liberté d'entreprendre se manifeste notamment par la liberté pour l'employeur de choisir ses collaborateurs⁷⁴⁷. C'est cette liberté qui peut être préjudiciable à la diversité. Si l'employeur a la liberté de choisir ses collaborateurs, il ne peut pas fonder son choix sur un préjugé ou un motif discriminatoire. En effet, deux règles entrent ici en jeu. La première est bien évidemment le principe de non-discrimination qui, pour certains critères, est de valeur constitutionnelle⁷⁴⁸ et, pour tous, de valeur conventionnelle⁷⁴⁹. La seconde est le droit d'obtenir un emploi reconnu par le Préambule de la Constitution de 1946⁷⁵⁰. Les libertés

⁷⁴⁶ [Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, Loi de nationalisation](#) ; L. Hamon, *Les nationalisations devant le Conseil constitutionnel*, D., 1983, Chron. 79, p.169 ; R. Savy, *La Constitution des juges*, D. 1983, Chron. 105 ; V. aussi, pour une loi modificative, [Décision n° 89-254 DC du 4 juillet 1989, Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations](#), D., 1990, p. 209, note F. Luchaire.

⁷⁴⁷ [Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, Loi portant amnistie](#), JORF du 21 juillet 1988, p. 9448 *Recueil*, p. 119, *Dr. soc.*, 1988, note X. Prétot.

⁷⁴⁸ [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. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée. La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales.* ».

⁷⁴⁹ V. L'article 14 de la CEDH et les différentes directives spécifiques vues dans la section précédente.

⁷⁵⁰ Alinéa 5 du [Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946](#) : « *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances* ».

d'entreprendre et du choix des collaborateurs ne peuvent donc pas avoir pour conséquences d'empêcher certaines personnes d'accéder à un emploi sur un fondement discriminatoire. Néanmoins, l'employeur peut refuser la candidature d'une personne si cette dernière n'a pas les compétences professionnelles pour occuper le poste. Il est donc nécessaire de garantir un accès non discriminant à toutes les formations et à tous les niveaux de formation pour éviter que la diversité des personnes formées ne soit différente de la diversité française. Alors que l'État sera comptable des différences entre la diversité des personnes formées et la diversité de la population française, les employeurs seront quant à eux comptables des différences observables entre la diversité des personnes formées et la diversité au sein de leur entreprise.

420. La prise en compte de la nécessité pour les employeurs de pouvoir recruter des personnes compétentes présente un double intérêt. La mesure de la diversité des personnes formées permettra de mieux cibler les actions à mener au sein du système éducatif, de l'enseignement supérieur et de la formation continue et professionnelle. Elle permettra également d'éviter l'écueil courant des stéréotypes négatifs d'incompétence associés aux bénéficiaires de mesures positives.

421. Pour ce qui est de la sphère professionnelle, il est impératif que les taux d'emploi des personnes, quelles que soient leurs caractéristiques personnelles stables, soient similaires. Les choix individuels d'orientation, de préférence pour tel ou tel métier, *etc.*, devraient en principe d'un point de vue macro être équilibrés dans une société où les opportunités sont ouvertes. La seule différence pouvant être acceptée étant celle découlant de la compétence et des qualifications.

2. *Un accès égal à l'emploi en fonction des compétences acquises*

422. Il s'agit ici d'appliquer la règle précédemment définie permettant de compartimenter les sphères, principalement pour ce qui nous concerne les sphères de l'éducation et de l'emploi. Puisque l'éducation ne relève pas de la sphère de l'emploi et que les employeurs ne peuvent être contraints de rattraper intégralement les inégalités causées par l'inaction de l'État, il convient d'abaisser le seuil des exigences au niveau des personnes déjà qualifiées. Pour autant, dans une société où la mobilité sociale est grande et la formation professionnelle se déroulant désormais tout au long de la vie, on peut considérer que la « compétence » d'un candidat à l'emploi ne s'entend pas uniquement au regard du niveau de diplôme. En effet, une

personne non diplômée ayant eu, pour une raison ou pour une autre, à exercer un poste identique à celui proposé à l'emploi, pendant une certaine durée, peut être considérée comme qualifiée pour le poste. Il en serait de même lorsque la combinaison de plusieurs expériences professionnelles lui aurait permis d'acquérir toutes les compétences et connaissances utiles à l'exercice du poste convoité. Il serait inéquitable que ceux qui ont été discriminés dans l'accès au diplôme, mais ont acquis des compétences grâce à diverses expériences, qu'elles soient ou non professionnelles, ne puissent les mobiliser pour accéder à des emplois mieux rémunérés.

423. À ce titre, un effort doit être fait pour systématiser, simplifier et faciliter le recours et l'obtention d'une validation des acquis de l'expérience (VAE). Il devrait être possible d'obtenir la validation de compétences les unes après les autres sans chercher à obtenir l'équivalent d'un diplôme, cette dernière étape pouvant être la conséquence d'une validation de plusieurs compétences successives à un niveau suffisant de maîtrise. On ne peut être qu'alerté par le faible nombre de dossiers de validation des acquis de l'expérience déposés et validés au cours des dernières années. En effet, en 2015, seulement « 60 000 dossiers de candidatures à un titre professionnel délivré par un certificateur ministériel ont été jugés recevables à la validation des acquis de l'expérience (VAE). 41 400 candidats se sont présentés devant un jury en vue de l'obtention de tout ou partie d'un titre ou d'un diplôme et, parmi eux, plus de 24 600 candidats ont obtenu une validation totale. Ces chiffres sont en baisse depuis 2011. Depuis la mise en place du dispositif en 2002, un peu plus de 330 000 personnes ont obtenu une certification ministérielle par la voie de la validation des acquis de l'expérience »⁷⁵¹. Comparativement aux 40 millions de contrats de travail signés chaque année, le chiffre est très faible alors que théoriquement chaque expérience rend possible l'acquisition de nouvelles compétences. On constate néanmoins un effort d'ouverture. En effet, la VAE est « ouverte à toute personne qui a exercé pendant au moins un an, de façon continue ou non, une activité professionnelle, salariée, non-salariée, bénévole ou de volontariat, inscrite sur la liste des sportifs de haut niveau, ou qui a exercé des responsabilités syndicales ou un mandat électoral ou une fonction électorale locale (conseiller municipal, départemental, régional) en rapport direct avec l'objet de sa demande (C. éducat., art. L. 613-3) »⁷⁵². Ainsi, les personnes éloignées de l'emploi, qui ont néanmoins une activité bénévole

⁷⁵¹ DARES, « La validation des acquis de l'expérience en 2015 dans les ministères certificateurs - Le nombre de diplômés par la voie de la VAE continue de diminuer », *Dares résultats*, n°038, juin 2017 : du fait de la difficulté d'obtenir les informations, la Dares précise que les chiffres donnés ne concernent que certains ministères, V. p.7.

⁷⁵² V. « principe de la validation des acquis de l'expérience », *Le Lamy Social*, n°1722.

ou associative, peuvent la valoriser. Il est cependant dommage qu'il faille obligatoirement que l'activité ait un rapport direct avec l'objet de la demande de VAE. C'est en cela qu'il serait intéressant de pouvoir valider chaque compétence de manière autonome. Tous les diplômes et titres à finalité professionnelle, à l'exception de ceux faisant l'objet d'une dérogation prévue par décret en Conseil d'État, peuvent être obtenus par la voie de la VAE. En effet, en l'absence de dérogation, l'accès à un diplôme par la voie de la VAE est de droit⁷⁵³ et permet au salarié, dès lors qu'il a suivi la formation qualifiante exigée, de bénéficier de la qualification qu'il a obtenue par la validation des acquis de l'expérience et de la rémunération qui s'y attache⁷⁵⁴. Un développement de la VAE permettrait à ceux qui n'ont pas eu la possibilité de faire des études d'évoluer professionnellement.

§2 : La mesure dans la sphère de l'emploi

424. S'il est acté qu'il est nécessaire d'opérer une mesure des personnes compétentes, on pourrait être tenté d'associer à ce filtre, d'autres filtres permettant par exemple de tenir compte des personnes vivant à proximité de l'entreprise, des personnes travaillant dans la branche. Insérer ce type de filtre est tentant mais constituerait, sauf exceptions liées à l'insularité et l'éloignement, une erreur (A). C'est un accès à l'emploi égal pour toute la population que l'on recherche, on ne peut ajouter un filtre géographique qui viendrait entraver cet objectif. Il a été acté précédemment que les employeurs pourront difficilement gérer la mesure de la diversité, ils pourront encore moins effectuer la comparaison que nécessite la mise en place d'un objectif de diversité. Pour connaître la diversité devant être reproduite au sein d'une entreprise, il faut connaître la diversité issue de toutes les formations permettant d'accéder aux métiers proposés par l'entreprise, ainsi que la diversité française. L'exercice de comparaison devrait donc être dans les mains de ceux qui connaissent le profil des demandeurs d'emplois et les entreprises qui recrutent : Pôle emploi. Ainsi, Pôle emploi devrait être un acteur majeur de la mesure et de la comparaison (B).

⁷⁵³ Art. L. 6111-1 du code du travail. V. par exemple l'accès au diplôme d'expertise comptable : [CE, 7 juin 2017, n°396175](#). V. sur cette décision P. PICCOLI in Yannick PAGNERRE et Sabrina DOUGADOS « Chronique de droit de la formation professionnelle » ; *Dr. soc.*, 2018, p. 97.

⁷⁵⁴ Cass. soc. 13 juill. 2010, n°08-44.121, *publié au bulletin* : *JCP S*, 2010, n° 1386, note Favennec-Héry.

A. Les erreurs de comparaison à éviter

425. Dès lors que l'on entend comparer la diversité présente au sein d'une entreprise, il serait tentant de procéder à une comparaison avec la diversité des autres entreprises de la branche (1), comme cela a déjà pu être fait pour démontrer une discrimination, ou bien de comparer avec la diversité de l'entreprise avec celle de son bassin géographique (2). La logique dans ce dernier cas étant que l'entreprise doit s'insérer dans le tissu économique de la région où elle se trouve. Ces choix, l'un comme l'autre, ne semblent pas appropriés pour réaliser l'égalité dans l'accès à l'emploi via un objectif de respect de la diversité.

1. *L'erreur de la comparaison avec les entreprises de la branche*

426. Récemment, la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur la démonstration d'une discrimination en raison de l'âge fondée, entre autres éléments, sur un comparatif, proposé par les salariés à l'origine du pourvoi, entre le taux d'emploi de personnes de plus de 40 ans au sein de l'entreprise et le taux d'emploi des personnes de plus de 40 ans au sein des entreprises de la branche⁷⁵⁵. L'affaire concernait la pratique du « *up or out* » consistant à évaluer les salariés pour savoir s'ils peuvent être promus au sein de l'entreprise, et, s'ils s'avèrent inéligibles à la promotion, les licencier pour insuffisance professionnelle. La Cour de cassation a censuré la cour d'appel au motif qu'« *alors qu'elle avait constaté l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement pour insuffisance professionnelle notifié après proposition d'une rupture conventionnelle, ainsi que l'existence d'un système dit de "up or out" tendant à l'exclusion des salariés n'étant pas en mesure d'accéder à l'échelon supérieur* », elle s'était abstenue d'« *examiner les autres éléments avancés par le salarié, notamment ceux relatifs au départ peu après son licenciement de neuf directeurs exécutifs âgés de plus de quarante ans, et à la faible proportion de salariés âgés de plus de quarante ans présents dans l'entreprise au regard de la proportion de ces mêmes salariés dans la branche professionnelle* ». Or, pour la Cour de cassation, tous ces éléments « *pris dans leur ensemble, laissent supposer l'existence d'une discrimination en raison de l'âge* ». Elle a donc conclu à une violation des articles L. 1132-1 et L.1134-1 du Code du travail. L'approche proposée par les salariés est intéressante malgré son manque de rigueur. Intéressante, parce qu'elle permet efficacement d'apporter un élément de fait laissant supposer l'existence d'une

⁷⁵⁵ Cass., Soc., 12 avril 2018, n°16-25.503, *Inédit* : obs. Christophe Radé, « Haro sur le jeunisme ! », *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 740 du 3 mai 2018, N3820BXR.

discrimination indirecte. Peu rigoureuse en revanche, car les effectifs de l'entreprise sont comparés à ceux des autres entreprises de la branche. Or, ces autres entreprises peuvent potentiellement discriminer ces mêmes profils ou au contraire les suremployer. Le référentiel choisi par les salariés est donc incertain. Se calquer sur les autres entreprises pour apporter un élément de fait laissant présumer l'existence ou non d'une discrimination peut suffire mais également s'avérer à double tranchant. En effet, un employeur pourrait également apporter un tel comparatif pour justifier du nombre de salariés présents dans son entreprise en se basant sur la composition des entreprises de la branche. Or, si toutes discriminent, le comparatif est biaisé et entretiendrait même l'idée que certains stéréotypes sont fondés, ce qui les rendrait encore plus difficiles à combattre. Une telle comparaison en revanche doit être exclue, du fait de ces biais, pour définir des obligations positives pour la composition des effectifs de l'entreprise.

427. De plus, toute référence à la branche suppose de comparer des taux d'actifs ; or, les personnes discriminées se trouvent bien souvent exclues de l'emploi et sont donc comptabilisées dans les effectifs de demandeurs d'emploi ou d'inactifs. C'est pourquoi une comparaison avec les personnes formées et aptes à l'emploi, indépendamment de la branche professionnelle, semble plus pertinente. Ça l'est d'autant plus que la branche n'est pas nécessairement en lien direct avec le métier exercé. Un comptable peut potentiellement être compétent dans l'ensemble des branches. Il serait absurde de considérer que parce qu'il a été comptable dans la branche « métallurgie », il ne serait pas capable de transférer son expérience, ses savoirs et ses compétences dans le cadre de l'exercice de ce même métier, mais dans la branche « bâtiment » ou même « boulangerie pâtisserie artisanales ».

428. En effet, si la mesure dans l'affaire précitée n'avait pas besoin d'être plus précise pour laisser présumer une discrimination, une telle comparaison serait impraticable dans le cadre de mesures positives qui nécessitent une justification particulièrement rigoureuse pour pouvoir être acceptées.

2. L'erreur de la comparaison par bassin géographique

429. Il serait tentant, pour faire des économies d'échelles, de vouloir comparer la diversité d'une entreprise avec la diversité du bassin d'emploi⁷⁵⁶ dans lequel elle se trouve. En effet, il est plus facile de recruter des salariés vivant près de l'entreprise d'un point de vue géographique. C'est d'ailleurs la logique qui alimente les politiques de défiscalisation dans les zones franches urbaines⁷⁵⁷.

430. Opérer une telle comparaison serait une erreur. Le 20 janvier 2015, à l'occasion de ses vœux à la presse, Manuel Valls, alors Premier ministre, parlait d'« *apartheid territorial, social, ethnique* »⁷⁵⁸ en France. Parallèlement, trois ans plus tard, on constate, lors de la mise en œuvre, par les recteurs d'académie, de quotas géographiques dans le cadre de la procédure « Parcoursup », que ces derniers semblent avoir pour conséquences d'enfermer les lycéens de banlieues dans leur banlieue d'origine, leurs chances de voir leurs vœux acceptés dans les universités parisiennes *intramuros* semblant être réduites du fait de l'application de ce quota géographique⁷⁵⁹. C'est en tout cas l'une des hypothèses émises en cours de procédure pour expliquer le fort taux de non-réponse obtenue dans les lycées de banlieues parisiennes⁷⁶⁰. Une comparaison de la diversité de l'entreprise, au regard de la diversité du territoire, aurait pour conséquence de maintenir une forme de *statu quo*, n'incitant pas à la mobilité et à la mixité sociale au sein de ces quartiers. Alors qu'à l'inverse, si le taux pris comme référence à la

⁷⁵⁶ Alors que l'INSEE raisonne en termes de « Zone d'emploi » pour ses études statistiques, le ministère du travail quant à lui privilégie la notion de « Bassin d'emploi » qui, via un découpage plus fin des zones d'emploi, permet de définir l'aire d'influence d'un pôle économique particulier. V. sur cette notion Christine MASQUÉFA-NEAU-LEDUC, *La restructuration*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, tome 342, 2000, préf. B. Teyssié ; Henry GUYOT, *JCP S*, 2013, p. 1276, et pour un usage de cette notion : les [art. L. 1233-84 et suivants du Code du travail](#).

⁷⁵⁷ V. [Définition de l'INSEE](#) : « Les zones franches urbaines (ZFU) sont des quartiers de plus de 10 000 habitants, situés dans des zones dites sensibles ou défavorisées. Ils ont été définis à partir des critères suivants :

- taux de chômage ;
- proportion de personnes sorties du système scolaire sans diplôme ;
- proportion de jeunes ;
- potentiel fiscal par habitant.

Les entreprises implantées ou devant s'implanter dans ces quartiers bénéficient d'un dispositif complet d'exonérations de charges fiscales et sociales durant cinq ans ».

⁷⁵⁸ [Vœux à la presse du Premier ministre, discours prononcé le 20 janvier 2015, contenu publié sur le site internet \[gouvernement.fr\]\(#\) sous le Gouvernement Valls II du 26 Août 2014 au 11 Février 2016.](#)

⁷⁵⁹ « 70 % de candidats extra-académiques en licence de sciences du langage à Paris-Descartes, 25 % en sociologie à Chambéry, mais seulement 1 % en droit à Nanterre... », V. Séverin GRAVELEAU et Camille STROMBONI, « Les quotas géographiques dans Parcoursup nourrissent les craintes de discriminations », *Le Monde Campus*, 26 juin 2018.

⁷⁶⁰ V. Les chiffres de Sud éducation sur Parcoursup (mis à jour tout au long de la procédure) ; Emma DONADA, « Parcoursup: les élèves sont-ils discriminés en fonction de leur origine géographique ? », *Libération*, 30 mai 2018.

comparaison est nationale, alors le brassage de la population sera plus susceptible d'avoir lieu. Les personnes répondant à tel profil étant très nombreuses dans tel territoire, en déménageant vers un territoire où leur profil est moins présent, ils amélioreraient leurs chances de trouver un emploi. La fixation de quotas au niveau national semble absolument indispensable pour éviter tout effet ségrégationniste ou communautariste. C'est là l'un des enseignements que l'on a pu retirer des pratiques américaines pour procéder à la déségrégation des quartiers noirs⁷⁶¹.

431. Au-delà d'une déségrégation territoriale, un quota fixé nationalement permet également une déségrégation sociale. En effet, la qualité des emplois, le niveau des revenus sont intrinsèquement liés à la nature des entreprises s'implantant sur le territoire. Si l'on met en place un quota sur la base d'une diversité territoriale, le risque est que sur les territoires pauvres, seules des industries pourvoyeuses d'emplois faiblement rémunérés ne s'implantent et n'offrent aux habitants que peu de perspectives d'évolution. Il faut sur ces questions être particulièrement attentif à ne pas créer des inégalités en tentant de les corriger de manière inappropriée.

432. Un arrêt du 14 septembre 2016 rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation nous invite à une telle vigilance⁷⁶². En l'espèce, la Cour avait à connaître d'une pratique de la société Renault qui appliquait un barème de rémunération supérieur aux salariés des établissements d'Île-de-France par rapport à ceux des établissements de province. Cette différence de traitement était motivée par le constructeur automobile par la différence du coût de la vie existant entre l'Île-de-France et la province. Un syndicat de Douai a contesté cette différence de traitement estimant qu'elle était contraire au principe « à travail égal, salaire égal ». En 2010, la chambre sociale avait dans une autre affaire estimé qu'« *il ne peut y avoir de différences de traitement entre salariés d'établissements différents d'une même entreprise exerçant un travail égal ou de valeur égale fondée sur la seule allégation d'un niveau du coût de la vie plus élevé à Paris qu'en province* »⁷⁶³. En retenant que « la seule allégation » ne suffit pas à justifier une différence de traitement, la Cour de cassation laissait planer un doute puisqu'elle n'empêchait pas qu'un employeur puisse à l'avenir démontrer de manière

⁷⁶¹ V. La pratique des « Buses » dans la ville de Charlotte aux États-Unis, V. *supra* 262.

⁷⁶² Cass., Soc. 14 sept. 2016, n°15-11.386, FS-P+B+R+I : *Dalloz actualité*, 20 sept. 2016, obs. Peyronnet ; *D.*, 2016, Actu., p. 1823 ; *RJS*, 11/20216, n° 676 ; *SSL*, 2016, n° 1737, p. 9, obs. Champeaux ; *Lexbase*, La lettre juridique n° 670 du 29 septembre 2016, obs. Radé ; *JCP S*, 2016, p. 1362, obs. Dumont ; *JS Lamy*, 2016, n°418-1, obs. Tissandier.

⁷⁶³ Cass., Soc. 5 mai 2010, n° 08-45.502, *inédit*.

objective que le coût de la vie était plus élevé à Paris qu'en province. C'est précisément ce doute qui fut dissipé en 2016 puisque la chambre sociale a admis qu'« *ayant constaté que la disparité du coût de la vie invoquée par l'employeur pour justifier la différence de traitement qu'il avait mise en place entre les salariés d'un établissement situé en Île-de-France et ceux d'un établissement de Douai était établie, la cour d'appel en a exactement déduit que cette différence de traitement reposait sur une justification objective pertinente* ». À noter que la Cour de cassation a opéré un contrôle lourd de la décision des juges du fond non pas sur la réalité de la disparité du coût de la vie – qui est hors de sa portée puisqu'il s'agit de considérations purement factuelles –, mais des conséquences de cette constatation par les juges d'appel. C'est donc entre les mains de ces derniers que l'appréciation de l'objectivité et de la pertinence de la différence de traitement se trouvent. On peut donc se questionner sur les éléments fournis par *Renault* qui ont convaincu les juges d'appel là où *Radio France* avait échoué six ans plus tôt⁷⁶⁴.

433. Plusieurs remarques peuvent être faites quant à l'opportunité de cette décision. Tout d'abord, si elle semble *a priori* en cohérence avec la jurisprudence antérieure, on notera tout de même une différence notable : il s'agissait, en l'espèce, d'admettre une différence de barèmes de rémunération et non pas seulement l'octroi d'une prime liée au coût de la vie. On ne peut s'empêcher de trouver dérangeant de justifier une différence de rémunération entre des salariés qui effectuent le même travail. Le salaire de base étant la contrepartie directe du travail fourni par le salarié, il semble moralement ambigu d'admettre que le même travail puisse donner lieu à deux rémunérations distinctes. On peut évidemment arguer qu'il s'agit en l'espèce de tenir compte de la relativité de la rémunération, un SMIC ne permettant pas de vivre dignement à Paris lorsque cela peut suffire à Douai. Une telle rhétorique sert également à justifier les délocalisations dans des pays où la main-d'œuvre aurait moins besoin d'argent pour vivre en raison d'un coût de la vie très inférieur... Elle nous semble cependant dangereuse dans la mesure où elle accélérerait les inégalités entre les territoires au lieu de contribuer à les réduire. Le législateur lui-même n'a pas souhaité instaurer une différence de SMIC entre les différentes régions et lorsqu'en tant qu'employeur, il accorde une prime de vie chère aux fonctionnaires d'État en poste dans certains départements ou territoires d'outre-mer, cela a pour conséquence de considérablement affecter l'équilibre local entre ceux qui

⁷⁶⁴ Cass., Soc., 21 janvier 2009, 07-43.452 07-43.453 07-43.454 07-43.455 07-43.456 07-43.457 07-43.458 07-43.459 07-43.460 07-43.461 07-43.462 07-43.463 07-43.464, *Publié au bulletin* : D., 2009, Pan., p. 2128, obs. Aubert ; *RDT*, 2009, p. 321, obs. Aubert-Monpeyssen ; *Dr. soc.*, 2009, p. 399, note Radé ; *RJS*, 2009, p. 299, n°350 ; *Dr. ouv.*, 2009, p. 399 ; *JS Lamy*, 2009, n°251-5.

bénéficient d'une sur-rémunération et ceux qui n'en bénéficient pas, confinant les seconds dans un état de pauvreté « relative ». Ensuite, si l'argument du coût de la vie devient une justification objective et pertinente de différence de traitement, peut-on imaginer de mobiliser cet argument dans des contextes bien différents de celui des territoires ? Et si, par exemple, on rémunérerait mieux les femmes parce que le coût de la vie est en moyenne plus élevé pour elles (v. « taxe rose » ou « *woman tax* », produit d'hygiène, famille monoparentale, etc.) ? Il nous semble plus sérieux que le coût de la vie soit pris en compte par des rémunérations accessoires (comme c'est le cas lorsque l'employeur rembourse tout ou partie d'un abonnement de transport) qui n'impacteraient pas la valeur que l'employeur accorde au travail, mais qui tiennent compte des vraies dépenses des salariés. Il n'appartient pas aux employeurs de résorber les inégalités entre les territoires, c'est là le rôle de l'État par des mesures qui bénéficieront à tous, salariés ou non d'une grande entreprise. Les employeurs ont déjà bien assez à faire pour garantir l'égalité au sein de leur entreprise pour ne pas s'ajouter des challenges supplémentaires.

434. C'est ce type de déséquilibres, que les initiatives individuelles visant à corriger des inégalités peuvent en réalité contribuer à conforter, qui plaide pour que la diversité soit un objectif législatif s'imposant à toutes les entreprises, ce qui est déjà à demi-mot le cas du fait de l'existence de la notion de discrimination indirecte.

435. Il existe peut-être une seule exception à l'inopportunité du quota calculé sur la base de la diversité locale et elle concerne les collectivités d'outre-mer. En effet, du fait de leur éloignement du territoire national, et compte tenu des coûts qu'une mobilité imposée en raison de la pratique de quotas « nationaux » engendrerait, on pourrait convenir que des quotas adaptés à la zone géographique de chaque collectivité d'outre-mer seraient préférables. Il est cependant indispensable de permettre aux Ultramarins d'être plus facilement mobiles afin de leur garantir un accès égal à la formation et aux opportunités professionnelles diverses sans pour autant qu'ils soient coupés de leurs racines, tant familiales que culturelles. Garantir la continuité territoriale⁷⁶⁵ serait un préalable nécessaire avant toute convergence d'un quota géographique vers un quota national.

⁷⁶⁵ V. à ce sujet Loïc GRARD, « La continuité territoriale entre l'Hexagone et les outre-mer », *AJDA*, 2018, p.97.

B. Pôle emploi, un acteur de la mesure de la diversité

436. Compte tenu de la sensibilité des données à utiliser dans le cadre de la mesure de la diversité, des croisements entre les données nécessaires à la mise en lumière des situations intersectionnelles mais permettraient de ce fait de faciliter l'identification des individus, il semble plus prudent que ces mesures soient réalisées par des organismes extérieurs à l'entreprise et disposant déjà des données nécessaires à une telle mesure. On pense tout particulièrement à une action conjointe de l'URSSAF⁷⁶⁶, pour la mesure de la diversité interne de l'entreprise, et de Pôle emploi pour la mesure de la diversité des personnes formées et cherchant un emploi (1). L'usage du numérique pour suivre les parcours des individus pourrait être un outil intéressant pour faciliter la mise en contact des demandeurs d'emploi avec les entreprises, en tenant compte de la diversité de ces dernières (2).

1. *Le rôle central de Pôle emploi et de l'URSSAF*

437. L'État étant débiteur du droit à l'emploi, il ne devrait pas exister d'intermédiaires autres que l'État pour trouver du travail. Or, on constate à l'heure actuelle que seuls 11 à 13%⁷⁶⁷ des offres d'emplois sont déposées par les employeurs sur le site internet de Pôle emploi⁷⁶⁸. Qu'importe leur facilité ou non à trouver un emploi, les personnes au chômage constatent toutes que les employeurs ne répondent quasiment plus, une fois le recrutement réalisé, aux demandeurs d'emploi lorsque ces derniers postulent à une offre ou effectuent une candidature spontanée. Donc non seulement le demandeur d'emploi se tient inutilement prêt dans l'éventualité d'une réponse positive, mais en plus il n'a aucun moyen d'être averti du recrutement d'une autre personne. Pôle emploi devrait renouer avec ce qu'il était censé devenir, à savoir un immense registre des personnes qui offrent des emplois, qui cherchent un emploi et qui sont en emploi. Un registre public, alimenté par les acteurs eux-mêmes (employeurs, salariés, demandeurs d'emploi), où la personne qui aurait postulé un emploi

⁷⁶⁶ Unions de Recouvrement des cotisations de Sécurité Sociale et d'Allocations Familiales.

⁷⁶⁷ V. L'interview d'un conseiller Pôle emploi, [ancien élu au CESE](#), Jean-Charles Steyger dans la [vidéo du Collectif « Chômage, précarité, Halte aux idées reçues ! »](#), « S02E02 "Si les salariés de Pôle emploi étaient plus efficaces, il y aurait moins de chômeurs !" », publiée sur [Youtube](#) le 30 nov. 2017, 2min32.

⁷⁶⁸ Potentiellement ces chiffres pourraient être encore inférieurs puisque l'on compte sur une année environ 3.2 millions d'offres d'emploi sur le site de Pôle emploi alors que 40 millions de contrat de travail sont enregistrés chaque année en France. V. [Marie DANCER](#), « Selon Pôle emploi, 90 % des offres d'emploi sont pourvues », [La Croix](#), 19 décembre 2017.

aurait la possibilité de connaître le profil de celle qui lui a été préférée⁷⁶⁹, de comparer leur CV respectif, de connaître les entreprises où son profil apporterait le plus à la diversité interne de l'entreprise. Cela pourrait faciliter la mise en évidence des recrutements discriminatoires, et cela d'autant plus s'il était possible de connaître la diversité de l'entreprise pour vérifier si le cas « individuel » de la personne non recrutée est confirmé par la composition monochrome, jeuniste ou non, ou très masculine/féminine de l'entreprise.

438. Pôle emploi pourrait, s'il y avait la volonté politique pour le faire⁷⁷⁰, être en capacité de lutter efficacement contre les discriminations. Non seulement cet organisme public dispose d'ores et déjà d'informations déterminantes pour mesurer la diversité des personnes recherchant un emploi, de leurs compétences et de leurs parcours professionnels, mais il dispose également d'informations concernant la nature des emplois proposés, des compétences recherchées par les entreprises, etc. Chaque demandeur d'emploi a en effet l'obligation de remplir son CV en ligne sur le site de Pôle emploi et peut le rendre public pour qu'il soit visible pour les employeurs qui recrutent. Le numéro de sécurité sociale, récupéré par Pôle emploi via l'attestation Pôle emploi fournie lors de l'inscription faisant suite à une perte d'emploi, contient presque toutes les informations utiles à la mesure de la diversité sur les caractéristiques identitaires de la personne. En effet, le numéro de sécurité sociale, ou plus exactement le « numéro d'inscription au répertoire des personnes physiques »⁷⁷¹ attribué et enregistré par l'INSEE dans le répertoire national d'identification des personnes physiques⁷⁷², permet de fournir des informations précises concernant : le sexe, l'âge, le pays de naissance, le département de naissance et la commune de naissance. Or, c'est à partir de ces trois dernières informations, combiné à celle de la nationalité ou du pays de naissance des parents, qu'à l'heure actuelle sont constituées les statistiques portant sur l'origine des individus. Il serait intéressant, puisque le besoin de statistiques sur ces questions est comblé par des moyens détournés, d'ajouter deux numéros permettant une identification phénotypique des personnes⁷⁷³, c'est-à-dire une description objective de leur apparence. Ainsi, l'Insee aurait un

⁷⁶⁹ Cette information est en principe détenue par les URSSAF dans le cadre de la déclaration préalable à l'embauche.

⁷⁷⁰ On notera que l'APEC et le cabinet de recrutement Mozaïk RH « ont annoncé, le 31 mai 2018, le lancement d'un partenariat en faveur des quartiers prioritaires de la politique de la ville (QPV) » in *Liaisons sociales quotidien*, actualité n°17583, mardi 5 juin 2018, p. 5.

⁷⁷¹ NIRPP ou NIR.

⁷⁷² V. dans les conditions définies par le [décret n°82-103 du 22 janvier 1982 relatif au répertoire national d'identification des personnes physiques](#), *JORF* du 29 janvier 1982, p 413.

⁷⁷³ Un chiffre pour décrire le phénotype de la mère, un autre du père, le premier étant celui décrivant la dominante de l'enfant. Exemple, en usant de la classification, basée sur les caractères phénotypiques (mélanotype), présentée en 1981 par une équipe de l'INSERM (V. [Jean-Pierre CÉSARINI et Isabelle GUÉDON](#), «

élément de plus pour l'identification des personnes et des organismes tel que pôle emploi et l'Urssaf seraient en mesure d'effectuer des statistiques sur la composition des effectifs de demandeurs d'emploi et de personnes en emploi afin de définir quelles catégories de personnes se trouvent exclus de l'emploi de manière disproportionnée. Le recoupement de l'identification phénotypique et du sexe ou du sexe et de l'âge, ou du lieu de résidence et de l'âge et du sexe permettront d'identifier les discriminations intersectionnelles et d'agir en conséquence pour favoriser l'insertion de ces groupes.

439. La question se pose ensuite de comment l'on peut utiliser ces informations. On peut imaginer d'utiliser des outils similaires à ceux utilisés par les biologistes pour déterminer le niveau de biodiversité d'un écosystème, tel que l'indice de diversité⁷⁷⁴. Cet indice permet de mesurer la probabilité que deux personnes, choisies au hasard dans un ensemble déterminé, soient de sexe, d'âge, de phénotypes différents. Par exemple, en ne prenant qu'une seule variable, celle du phénotype : si toute la population d'un échantillon est du même phénotype,

Possible contrôle de la pigmentation cutanée chez l'Homme par des loci non homologues des loci de coloration classiques des Mammifères », *Annales de Génétique et de Sélection Animale*, France, Institut national de la recherche agronomique, EDP Sciences, vol. 13, no 1, 1981, p. 43–56) :

- Phototype : 0 (albinos), couleur des cheveux : blanc, couleur de la peau hiver : rose, taches de rousseur : 0, érythème : répété, bronzage : 0, capacité de bronzage : 0, protection contre le soleil : 0.
- Phototype : I (roux-roux), couleur des cheveux : roux, couleur de la peau hiver : laiteuse, taches de rousseur : ***, érythème : répété, bronzage : léger, capacité de bronzage : difficile, protection contre le soleil : très faible.
- Phototype : II (roux-blond), couleur des cheveux : doré, couleur de la peau hiver : claire, taches de rousseur : **, érythème : avant bronzage et après longue exposition, bronzage : léger, capacité de bronzage : difficile, protection contre le soleil : faible.
- Phototype : III (roux-brun), couleur des cheveux : châtain, couleur de la peau hiver : claire, taches de rousseur : *, érythème : avant bronzage et après longue exposition, bronzage : moyen, capacité de bronzage : difficile, protection contre le soleil : légère.
- Phototype : IV (blond-blond), couleur des cheveux : blond, couleur de la peau hiver : claire, taches de rousseur : 0, érythème : avant bronzage et après longue exposition, bronzage : moyen, capacité de bronzage : facile, protection contre le soleil : grande.
- Phototype : V (blond-brun), couleur des cheveux : brun clair, couleur de la peau hiver : mate, taches de rousseur : 0, érythème : avant bronzage, bronzage : foncé, capacité de bronzage : très facile, protection contre le soleil : grande.
- Phototype : VI (brun-brun), couleur des cheveux : marron, couleur de la peau hiver : mate, taches de rousseur : 0, érythème : 0, bronzage : foncé, capacité de bronzage : très facile, protection contre le soleil : très grande.
- Phototype : VII (noir), couleur des cheveux : noir, couleur de la peau hiver : noire, taches de rousseur : 0, érythème : 0, bronzage : noir, capacité de bronzage : noire, protection contre le soleil : très grande,

un enfant de père de phénotype II et une mère de phénotype VI dont la dominante serait le phénotype de la mère serait identifié dans le NIR comme : 62. Il est possible d'ajouter un troisième chiffre si l'enfant ne « ressemble » ni au phénotype de son père ni à celui de sa mère, ou si l'enfant ne connaît tout simplement pas les phénotypes de ses parents biologiques. Cette classification est un exemple et ne répondrait pas « parfaitement » aux besoins d'identification des profils pouvant faire l'objet de discrimination, mais pourrait facilement être complétée : avec un phénotype pour les personnes ayant des yeux bridés par exemple.

⁷⁷⁴ Bruno LANVINET et Paul EVANS, *Index mondial sur la compétitivité et les talents 2018 - La diversité : Un levier de compétitivité*, INSEAD, Adecco Group, Tata communications, 2018, p. 25.

alors l'indice est de zéro. Si la moitié du groupe est composée de phénotype 2 et l'autre moitié de phénotype 4, alors l'indice de diversité est de 50. Cela permettrait par exemple qu'un employeur, au regard des caractéristiques d'un demandeur d'emploi, puisse savoir si ce dernier apporterait ou non de la diversité à l'entreprise. L'indice peut intégrer plusieurs variables et éviter d'isoler chaque caractéristique, ce qui permet de saisir les situations d'intersectionnalité. Il conviendrait ensuite de comparer qu'elle est la part de ce profil dans la population formée, et la personne saura si son profil est ou non surreprésenté pour ces postes dans l'entreprise ou au contraire totalement absent. Mais cela suppose de raisonner sur des effectifs particulièrement grands et une entreprise ne se résume pas à un certain type de postes et de niveaux de qualification. Une vision globale de la diversité de l'entreprise, sans le filtre de la nature des emplois, permettra de savoir si un rééquilibrage est réalisé ou si l'employeur a tendance à recruter des personnes similaires.

2. *L'utilisation du numérique pour l'accès à l'emploi*

440. Le marché de l'emploi, après bien d'autres domaines, est à son tour fortement investi par les acteurs du numérique. Candidats et recruteurs sont visibles via de nombreuses plateformes numériques : *Linkedin, Viadeo, Twitter...* Face à ces acteurs, et à l'accessibilité de leurs contenus, la plateforme de Pôle emploi fait pâle figure. L'heure est au recrutement à l'aide d'intelligences artificielles permettant une présélection des candidats en cochant quelques critères : compétences requises, disponibilités, mobilité... Le *sourcing* permet au recruteur de disposer d'une quantité très importante de données, collectées automatiquement, y compris des données sensibles (orientation sexuelle, religion, opinions politiques) lorsque les candidats oublient de verrouiller les accès de leurs comptes *facebook, twitter* ou *instagram*. Les intelligences artificielles pourront bientôt prédire les comportements des individus : un salarié qui met à jour son profil peut-être un signe d'ouverture pour une mobilité ou dénoter une envie de changement d'emploi. Ces outils offrent des possibilités immenses mais sont également très dangereux. L'intelligence artificielle, comme ceux qui la crée, dispose de ses propres biais, et a une forte tendance au clonage et au manque de diversification⁷⁷⁵. Cela s'explique par l'utilisation du « *machine learning* »⁷⁷⁶ dans la conception de la plupart des intelligences artificielles. Il s'agit d'une méthode d'apprentissage

⁷⁷⁵ Caroline LELIEVRE, « Emploi : comment utiliser le *big data* pour trouver le "mouton à 5 pattes" ? Toutes les données publiques sont utilisées pour le recrutement », *TourMag Jobs*, Mercredi 3 Octobre 2018.

⁷⁷⁶ Barthélemy DONT, « Amazon a dû se débarrasser d'une intelligence artificielle sexiste - Un programme censé trier les CV avant embauche discriminait les candidates », *Slate*, 10 octobre 2018.

automatique consistant, par exemple pour une intelligence artificielle qui aurait pour mission de trier des CV, à lui montrer comment sélectionner les CV de candidats en lui fournissant une base de données comportant un grand nombre de candidatures ayant donné lieu à une embauche pour qu'elle analyse la manière de faire humaine pour ensuite la reproduire. Si la manière de faire est discriminante, celle de la machine le sera aussi. Ainsi, à l'instar des statistiques ethniques, un tel outil peut être utilisé à bon comme à mauvais escient. Cette comparaison se pose d'autant plus que la photo des candidats est généralement disponible sur les réseaux sociaux professionnels ce qui rend un tri sur la base de l'apparence physique encore plus aisé.

441. L'accès aux algorithmes et à leur paramétrage est capital pour contrôler la manière dont a été réalisée la sélection. L'avantage qu'ils représentent n'est pas seulement pour les employeurs, c'est également un atout majeur pour les candidats refoulés. En effet, alors que d'ordinaire les victimes de discrimination à l'embauche se sentent démunies face à une décision isolée de rejet, elles disposeront du fait de l'utilisation de tels algorithmes d'une preuve écrite, blanc sur noir dans le code, que la sélection est biaisée. Si le code prévoit un tri des candidatures selon le sexe ou l'âge par exemple, alors celui qui l'utilise commet une discrimination directe qui ne pourra pas être justifiée car les candidatures auront été écartées avant même d'être étudiées de manière objective⁷⁷⁷, et la qualification vaudra même si la volonté de l'employeur était de rééquilibrer la composition de ses effectifs au sein de l'entreprise. Mais il est probable que la plupart des biais contenus dans le code seront appréhendés sous le prisme de la discrimination indirecte et nécessiteront donc une interprétation du code. L'avantage cependant résultera dans le fait qu'il ne sera pas possible, suite à l'étude du code pour l'employeur de justifier sa décision avec des éléments n'ayant pas été implémentés au préalable dans le code. L'action de groupe en matière de discrimination⁷⁷⁸ devient alors une évidence dans la mesure où il sera aisé de démontrer que c'est une seule et même décision qui a contribué à traiter différemment un ensemble de personnes placées dans une situation similaire, ce qui facilite la définition du groupe et des critères pour y être rattaché. Il est donc capital que Pôle emploi retrouve sur ces questions un rôle de premier ordre afin de garantir des recrutements respectueux de la diversité soit en se chargeant de la création et mise en œuvre des algorithmes, soit en obligeant un dépôt de ces derniers et un contrôle obligatoire de leur contenu avant leur utilisation par des agents spécialisés.

⁷⁷⁷ CJCE, 11 novembre 1997, *Helmut Marshall c/ Land Nordrhein-Westfalen*, aff. C-409/95, Rec. 1997, I-6363.

⁷⁷⁸ V le Titre V de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

442. La technologie « *blockchain* » offre des possibilités intéressantes pour rénover en profondeur le rôle et le fonctionnement de Pôle emploi et de sa plateforme. La *blockchain* est une « technologie qui a été initialement développée pour tracer et sécuriser les échanges de crypto-monnaies, dont la plus connue est le *bitcoin*. Ces échanges avaient besoin d’être enregistrés dans un système sécurisé, sans tiers de confiance (c’est-à-dire sans personne pour jouer le rôle d’une banque ou d’une banque centrale) »⁷⁷⁹. Elle « constitue une base de données qui contient l’historique de tous les échanges effectués entre ses utilisateurs depuis sa création. Cette base de données est sécurisée et distribuée : elle est partagée par ses différents utilisateurs, sans intermédiaire, ce qui permet à chacun de vérifier la validité de la chaîne. Les transactions effectuées entre les utilisateurs du réseau sont regroupées par blocs. Chaque bloc est validé par les nœuds du réseau appelés les “mineurs”, selon des techniques qui dépendent du type de *blockchain*. Dans la *blockchain* du *bitcoin*, cette technique est appelée le “*Proof-of-Work*”, preuve de travail, et consiste en la résolution de problèmes algorithmiques. Une fois le bloc validé, il est horodaté et ajouté à la chaîne de blocs. La transaction est alors visible pour le récepteur ainsi que l’ensemble du réseau »⁷⁸⁰. Pour simplifier, « il faut imaginer la *blockchain* comme une sorte de grand livre comptable, dont le contenu est dupliqué simultanément sur plusieurs serveurs, appelés des nœuds, et qui constituent un réseau accessible à plusieurs participants, sans l’intervention d’un intermédiaire ou d’un tiers de confiance. La *blockchain* permet ainsi de conserver de manière immuable la trace de toute transaction, qu’elle soit financière ou non, et plus généralement de tout flux, que ce soit de données, de biens (corporels ou incorporels) ou d’information ». Les applications rendues possibles par cette « nouvelle »⁷⁸¹ technologie dépassent largement la seule application monétaire.

443. Une telle technologie pourrait permettre de valider les expériences de tous les travailleurs et - combinée à l’intelligence artificielle - mettre en relation les demandeurs d’emploi avec les employeurs proposant des offres d’emplois dans leurs domaines de compétences. Les entreprises, comme les salariés et les demandeurs d’emploi auraient des profils sur une plateforme (sur les mêmes principes que *LinkedIn*, *Viadéo*, etc.). Les

⁷⁷⁹ Interview de Bruno Massu, *Dalloz-étudiant.fr*, 8 mars 2018.

⁷⁸⁰ V. La définition et les explications données par le site internet *Blockchain France*.

⁷⁸¹ L’idée fut présentée pour la première fois en novembre 2008 par une personne, ou un groupe de personnes, sous le pseudonyme de Satoshi Nakamoto. Le code source de l’implémentation de référence fut quant à lui publié en 2009.

recrutements seraient enregistrés via la déclaration préalable à l'emploi déjà effectuée auprès de l'URSSAF et le profil des candidats, disponible grâce à leur numéro de sécurité sociale (qui informe déjà sur le sexe, l'âge, la commune de naissance et y compris le pays de naissance), constituerait la donnée principale de la statistique. Ajouter à ce numéro de sécurité sociale un indicateur pour le phénotype de la personne et on aurait une statistique « phénotypique » rendant possible une mesure de la diversité des effectifs, entreprise par entreprise. L'intérêt de conserver ces données en dehors de l'entreprise par le biais d'une *blockchain* est d'éviter les manipulations sur les effectifs et de permettre une validation du contenu des informations des entreprises et des CV par les acteurs eux-mêmes. En effet, il serait possible pour justifier le recrutement d'un homme par rapport à une femme de modifier le contenu du CV du premier après le recrutement pour éviter tout litige. Un système de validation des expériences (et non de notation) par les employeurs et collègues précédents permettrait d'éviter ce type de falsification. De plus, grâce à l'indice de diversité présenté précédemment⁷⁸², il serait possible pour un employeur de savoir à la réception des CV si une personne serait « peu » ou « très » profitable à la diversité de l'entreprise. L'enregistrement des candidatures reçues permettrait de savoir quels profils ont postulé à un emploi, et lequel aura été finalement retenu, permettant ainsi de rendre plus évidentes les discriminations individuelles qu'elles soient à l'embauche ou lors d'une promotion professionnelle. À l'échelle d'un grand nombre d'embauches et de plusieurs années, il sera possible de savoir si les recrutements d'une entreprise sont diversifiés sans qu'elle n'ait à elle-même produire un rapport ou un bilan social sur le sujet. On peut supposer qu'en plaçant le traitement et la collecte des données entre les mains d'organismes publics, on améliore la protection des données personnelles. Une telle méthode romprait cependant avec la tradition française de la statistique, fonctionnant sur la base d'enquêtes, pour se rapprocher d'une méthode utilisant des registres pouvant être actualisé en continu⁷⁸³.

Section 2 : Les conséquences de l'absence de diversité

444. Une fois la mesure effectuée, et la comparaison de la diversité, de l'entreprise avec celle des personnes qualifiées, réalisée, il faut tirer les conséquences des écarts éventuellement constatés. Une sanction doit-elle être immédiatement appliquée ? Faut-il

⁷⁸² V. *supra* §439.

⁷⁸³ Alain DESROSIÈRES, « Enquêtes versus registres administratifs : réflexions sur la dualité des sources statistiques », *Courrier des statistiques (1977-2011)*, n°111, 2014.

laisser un délai à l'entreprise pour se mettre en « conformité » ? Faut-il mesurer de manière continue, avec un bilan à intervalle régulier, au bout d'une certaine durée ou d'un certain nombre de recrutements réalisés ? Faut-il une constatation judiciaire de l'absence de diversité pour rendre l'obligation plus contraignante ? Ce sont toutes ces hypothèses que nous essayerons d'étudier au travers des outils de sanction du non-respect de la diversité (§1), sachant que certaines seront plus pertinentes que d'autres selon la taille de l'entreprise. Parallèlement cependant, on ne peut oublier les aspects individuels découlant de l'absence de diversité d'un effectif. En effet, si les recruteurs discriminent, c'est en partie en raison du faible risque que représente une discrimination à l'occasion d'un recrutement. En renforçant l'indemnisation des discriminations concernant l'embauche ou la promotion professionnelle, on augmente les risques pour les entreprises. Or, le « risque juridique » constitue un élément important dans la prise de décision et les stratégies de « *compliance* » et de responsabilité sociale des entreprises. Améliorer l'indemnisation des victimes de discriminations, à l'occasion de ces deux étapes que sont l'embauche et la promotion professionnelle, constitue un outil de dissuasion intéressant (§2).

§1 : Les outils de sanction du non-respect de la diversité

445. Exiger des employeurs de respecter une forme de quota généralisé à tous les critères de discrimination pourrait être considéré comme une obligation trop rigide, impraticable et laissant peu de place à la liberté d'entreprendre. L'argument peut être entendu, mais la multiplication des critères, loin de restreindre davantage l'employeur, lui permet au contraire d'embaucher et promouvoir un grand nombre de personnes qui satisferont à la diversité de son entreprise, et ne le contraint qu'à ne pas toujours privilégier le ou les mêmes profils. C'est donc, mécaniquement, parce que la liberté de choix des collaborateurs aura été exercée, et que l'employeur en aura abusé en recrutant systématiquement des profils identiques que cette liberté pourra être réduite par la nécessité d'introduire plus de diversité. Pour autant, cette attitude de l'employeur, à moins qu'elle ne résulte que d'une seule décision, sera difficile à qualifier de discrimination indirecte. D'abord parce que la mesure, si l'on est sur le terrain de la discrimination en raison de l'origine, de la race ou de l'ethnie, n'affecte pas nécessairement qu'un groupe, mais en favorise un par rapport à tous les autres. Ensuite, parce qu'il sera peu probable qu'une seule décision ait abouti à cette situation, mais une série de décisions, de

critères différents qui auront permis de favoriser un certain type de profil à chaque recrutement.

446. Une observation de la diversité de l'entreprise, sur le long terme, permettrait d'agir contre la discrimination systémique. Cela peut se faire par deux moyens. D'une part, le législateur peut obliger l'employeur à reproduire la diversité (A), comme cela est déjà en partie pratiqué pour le motif du handicap. Et, d'autre part, il serait envisageable qu'une telle obligation soit imposée par le juge en réaction à un manque de diversité constaté (B).

A. Le respect de la diversité imposé par la loi

447. Le respect de la diversité peut-être imposé par le législateur (1), notamment par la mise en place de quotas devant être respecté par les entreprises, ou bien, par la loi des parties (2) lorsque les entreprises s'engagent volontairement dans la poursuite d'un tel objectif.

1. *Le respect de la diversité imposé par le législateur*

448. Légiférer pour définir une obligation pour les entreprises de refléter, *a minima*, la diversité de la population française formée aux emplois pouvant être proposé par l'entreprise, est concevable. En effet, il existe déjà ce type d'obligation, notamment pour les entreprises, mais les hypothèses que connaît le droit français se limitent toujours à la promotion d'une seule caractéristique. C'est le cas par exemple avec l'obligation de composer des listes paritaires (hommes-femmes) dans le cadre des élections politiques ou de respecter un quota minimum de l'un des deux sexes dans les conseils d'administration des entreprises du CAC40. Il en est de même de manière encore plus directe avec le quota imposant le recrutement de personnes en situation de handicap. Parfois cette obligation tient compte du contexte dans lequel elle naît, comme c'est le cas de l'obligation de parité dans le cadre des élections professionnelles qui est appréciée au regard de la composition de l'entreprise dans laquelle ont lieu les élections. S'agissant d'une obligation de faire, il est intéressant de voir comment la défaillance de son débiteur est sanctionnée.

449. Concernant les partis politiques, pour les élections législatives par exemple, « *lorsque [...] l'écart entre le nombre de candidats de chaque sexe ayant déclaré se rattacher à ce parti ou groupement, lors du dernier renouvellement général de l'Assemblée nationale,*

conformément au cinquième alinéa de l'article 9, dépasse 2 % du nombre total de ces candidats, le montant de la première fraction qui lui est attribuée en application des articles 8 et 9 est diminué d'un pourcentage égal à 150 % de cet écart rapporté au nombre total de ces candidats, sans que cette diminution puisse excéder le montant total de la première fraction de l'aide »⁷⁸⁴. On constate donc que la sanction prend la forme d'une pénalité financière s'appliquant directement sur le montant des aides versées par l'État aux partis politiques⁷⁸⁵ et qu'elle suit également un processus de déclaration (dépôt des listes) faisant l'objet d'un contrôle réalisé par la Commission nationale des comptes de campagnes et des financements politiques⁷⁸⁶.

450. En matière de handicap, comme en matière de parité femmes-hommes, la méthode retenue pour sanctionner le non-respect de l'objectif est de pratiquer une pénalité financière proportionnelle aux effectifs de l'entreprise. Ainsi, lorsque l'obligation d'emploi de personnes en situation de handicap, prévue à l'article L. 5212-2 du Code du travail, n'est pas respectée, et que les autres moyens offerts pour la satisfaire par les articles L. 5212-6 à L. 5212-11 n'ont pas été utilisés, la conséquence de ce manquement est une pénalité versée au Trésor public « d'une somme dont le montant est égal à celui de la contribution instituée par le second alinéa de l'article L. 5212-10, majoré de 25 % ». Le contrôle de cette obligation d'emploi se fait par le biais d'une déclaration annuelle de la part de l'entreprise⁷⁸⁷ auprès d'une « association administrée par des représentants des salariés, des employeurs et des personnes handicapées ainsi que par des personnalités qualifiées »⁷⁸⁸. Cette association se charge de la gestion de ces déclarations y compris de leur envoi aux employeurs assujettis ; « des contrôles de cohérence et de conformité des déclarations », « du contrôle des contributions mentionnées à l'article L. 5212-9 » et de « la gestion des indus et trop-perçus, ainsi que du traitement des recours gracieux et contentieux sur ces indus et trop-perçus »⁷⁸⁹.

⁷⁸⁴ Art. 9-1 de la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique tel que modifié par l'art. 60 de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

⁷⁸⁵ V. pour la méthode de calcul : CNCCFP, 18^e Rapport d'activité 2016, adopté par la Commission en séance le 10 avril 2017, p. 61 et pour une illustration : Gaël LOMBARD, « Non-respect de la parité : ce que cela coûte aux partis », *Le Parisien*, 8 mars 2017 où l'on notera d'ailleurs que deux partis politiques ont été sanctionnés en raison d'une présence trop importante de femmes parmi les candidats !

⁷⁸⁶ V. le site internet de la CNCCFP, onglet « Partis Politiques » qui mentionne la « modulation financière » pouvant être réalisée du fait du non-respect de la parité. Cette dernière se charge donc de cette modulation sur la base des chiffres fournis par le ministère de l'intérieur qui est chargé de l'organisation des élections.

⁷⁸⁷ Déclaration obligatoire d'emploi des travailleurs handicapés (DOETH).

⁷⁸⁸ Art. L. 5214-1 du Code du travail.

⁷⁸⁹ Art. R. 5212-1-2 du Code du travail.

451. Concernant les élections professionnelles, la sanction est bien différente. En effet, l'article L. 2314-32 du Code du travail dispose que « la constatation par le juge, après l'élection, du non-respect par une liste de candidats des prescriptions prévues à la première phrase du premier alinéa de l'article L. 2314-30 entraîne l'annulation de l'élection d'un nombre d'élus du sexe surreprésenté égal au nombre de candidats du sexe surreprésenté en surnombre sur la liste de candidats au regard de la part de femmes et d'hommes que celle-ci devait respecter. Le juge annule l'élection des derniers élus du sexe surreprésenté en suivant l'ordre inverse de la liste des candidats ». La logique est la même concernant l'obligation de rechercher « une représentation équilibrée des femmes et des hommes » dans la composition des conseils d'administration⁷⁹⁰. L'article L. 225-18-1 du Code de commerce fixe que « la proportion des administrateurs de chaque sexe ne peut être inférieure à 40 % dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé ». Ce même article prévoit que « toute nomination intervenue en violation du premier alinéa et n'ayant pas pour effet de remédier à l'irrégularité de la composition du conseil est nulle ». Cependant, il tempère les effets de cette nullité puisque cette dernière « n'entraîne pas celle des délibérations auxquelles a pris part l'administrateur irrégulièrement nommé ». On pourrait s'interroger sur l'effectivité de cette obligation dans la mesure où, en l'absence d'organisme chargé de contrôle veillant à son respect, elle ne deviendrait contraignante que dans l'hypothèse où la justice serait saisie⁷⁹¹. Cependant, « en janvier 2017, soit avant la tenue des assemblées générales, le seuil de 40 % de femmes dans les conseils du CAC 40 est d'ores et déjà atteint : les administratrices représentent 40,1 % des membres du conseil alors qu'elles étaient seulement 8 % il y a 10 ans et 15,3 % avant le vote de la loi en 2011 »⁷⁹². Ces chiffres semblent plaider en faveur de ces mesures positives. La création de l'indice dit « Zimmermann » le 30 janvier 2017⁷⁹³ et la mise en place d'un service dédié au ministère de l'économie, un moment envisagée par le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes et le Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes⁷⁹⁴, pourraient permettre un meilleur suivi et la mise en place de sanctions plus systématiques en

⁷⁹⁰ Art. L. 225-17 du Code de commerce.

⁷⁹¹ Bénédicte FRANÇOIS, « Quota de femmes dans les conseils d'administration : premier bilan négatif », *Rev. sociétés*, 2017, p.606.

⁷⁹² Bénédicte FRANÇOIS, « Mixité au sein des conseils : lancement de l'indice Zimmermann », *Rev. sociétés*, 2017, p. 260.

⁷⁹³ *Id.*

⁷⁹⁴ V. le rapport du HCEfh, *Vers un égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles : la part des femmes dans les conseils d'administration et de surveillance - Rapport intermédiaire d'évaluation de la mise en œuvre des lois du 27 janvier 2011 et du 12 mars 2012*, Rapport n° 2016-01-15-PAR-019, publié le 10 février 2016, cité in B. FRANÇOIS, préc., note 791.

cas de nomination contraire à l'objectif de parité. Enfin, il est à noter que depuis une ordonnance du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises, les conseils d'administration sont invités à s'ouvrir plus largement à la « diversité »⁷⁹⁵. En effet, l'[article L. 225-37-4 du Code du commerce](#) prévoit que le rapport du conseil d'administration remis à l'assemblée générale doit contenir « *une description de la politique de diversité appliquée aux membres du conseil d'administration au regard de critères tels que l'âge, le sexe ou les qualifications et l'expérience professionnelle, ainsi qu'une description des objectifs de cette politique, de ses modalités de mise en œuvre et des résultats obtenus au cours de l'exercice écoulé* ». Et, « *si la société n'applique pas une telle politique, le rapport comprend une explication des raisons le justifiant* ».

452. En définitive, une telle approche de la diversité présenterait des avantages, comme des inconvénients, qui sont assez clairement identifiables grâce aux expériences précitées. Concernant les avantages, c'est en premier lieu l'effectivité de ce type de mesure, résidant dans le caractère systématique de la sanction, qui retient l'attention. En effet, c'est la sanction, et non l'inertie de l'employeur, qui, si elle est considérée comme injuste, fera l'objet d'un recours. Ainsi, qu'il y ait ou non des victimes identifiées, ces mesures ne nécessitent donc pas que l'une d'elles saisisse le juge pour faire sanctionner l'employeur, ce qui permet de lever un frein important à l'effectivité du droit de la non-discrimination. Cela requiert néanmoins qu'un organisme de contrôle *ad hoc* soit mis en place pour surveiller le respect des obligations légales. Mais, si les sommes ainsi récupérées par l'État, ou l'organisme chargé du contrôle, sont redirigées vers ceux qui se trouvent injustement privés d'emploi, comme c'est le cas avec la contribution versée en cas de non-respect du quota de personnes en situation de handicap, une réparation de la discrimination systémique peut être institutionnalisée. Une autorité administrative indépendante serait parfaitement adaptée au contrôle du respect de la diversité et serait en mesure d'organiser la collecte de la sanction financière et sa redistribution par le biais, par exemple de bourses pour la reprise d'études, de contrats « aidés »⁷⁹⁶ pour les profils, quels qu'ils soient, qui auraient été tenus à l'écart de l'emploi. Le fait de fixer un objectif à atteindre, au lieu de se contenter d'interdiction de discriminer, permet aux employeurs d'adopter une attitude proactive, qui d'ailleurs semble être recherchée comme en atteste le

⁷⁹⁵ [Art. 3 de l'ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises.](#)

⁷⁹⁶ Dont seules les entreprises n'ayant pas été sanctionnées pourraient bénéficier. Il ne faudrait pas en effet que l'on refuse l'emploi à des personnes pour ensuite pouvoir bénéficier de contrats « aidés ».

contenu des introductions aux accords diversités qui plaident pour favoriser la présence des minorités visibles dans les entreprises, sans pour autant en avoir légalement les moyens⁷⁹⁷. En fixant un objectif de diversité, l'absence d'opportunité d'embaucher ne peut servir d'excuse et oblige les employeurs à modifier leurs méthodes de recrutement, à aller chercher les candidats différents, à affirmer leur ouverture ce qui aura nécessairement des répercussions sur le caractère inclusif de ces entreprises.

453. En revanche, parmi les inconvénients notables, on pourra arguer que certains employeurs ou partis politiques préfèrent payer plutôt que de « céder » des postes aux femmes ou aménager l'environnement de travail pour accueillir des personnes en situation de handicap, ce qui sera tout aussi vrai avec les autres aspects de la diversité. Mais cet argument ne concerne que le caractère dissuasif de ces sanctions financières et il s'agit là d'un aspect sur lequel les pouvoirs publics pourraient agir très facilement. Ensuite, il est vrai que ce type de mécanisme peut être adapté pour de très grandes entreprises, où la diversité a les moyens, du point de vue des effectifs, d'être représentée, mais cela ne vaut pas pour les petites entreprises. Il est cependant possible d'ajouter une dimension temporelle et géographique qui permettrait de contourner ce problème et qui, dans la jurisprudence, a déjà été pratiquée. En effet, dans l'affaire *Moulin Rouge*, la Cour d'appel de Paris, statuant en correctionnel a démontré qu'il n'y avait pas eu de recrutement en salle d'une personne de « race noire » depuis 1962, ce qui laissait penser que c'était là une politique de recrutement de l'entreprise et non une initiative personnelle des employés en charge du recrutement au moment où le *testing* a permis de démontrer l'existence incontestable de la discrimination à l'embauche⁷⁹⁸. Suivant cet exemple, on pourrait imaginer que le respect de la diversité soit contrôlé dans les PME sur un temps plus long que pour les grandes entreprises afin que l'équilibre au niveau des embauches se fasse sur une certaine durée ou sur un certain nombre d'embauches. Par exemple, après cent recrutements, quelle que soit la nature des contrats conclus, on regarde si ceux-ci respectent la diversité. Sachant qu'un recrutement « diversifié » uniquement sur des postes temporaires serait particulièrement visible⁷⁹⁹ et donc insuffisant à satisfaire l'obligation. Pour les TPE, le contrôle pourrait se faire également sur une certaine durée, mais aussi via des regroupements de TPE qui seraient solidaires de l'obligation.

⁷⁹⁷ H. GARNER et M. RECOULES, préc., note 138, p. 22 et p. 30.

⁷⁹⁸ CA, Paris, 11^e ch. Correc., 17 octobre 2003, *Assoc. du restaurant du Bal du Moulin Rouge, Dr. Ouv.*, juillet 2004, obs. M. Miné. V. pour un exemple de *testing* utilisé dans le cadre de cette affaire la vidéo « *Testing au Moulin rouge : discrimination raciste ?* » publié sur *Youtube* par la chaîne *Egal FR*.

⁷⁹⁹ Et a d'ailleurs déjà fait l'objet de sanctions pour discrimination en raison de l'origine (*Cass. Soc.* 15 décembre 2011, n°10-15.873, *RDT*, 2012, p. 291, obs. Bouton ; *Dr. Ouv.*, 2012, p. 559, obs. Pontif).

2. Le respect de la diversité imposé par la loi des parties

454. L'idée de rendre les salariés acteurs de l'introduction de la diversité a été particulièrement mise en avant dans le milieu du cinéma hollywoodien. L'intervention de Frances McDormand lors de la 90^e cérémonie des Oscars a permis de mettre en lumière une pratique nouvelle dans l'industrie cinématographique, à savoir l'*inclusion rider* ou clause d'inclusion⁸⁰⁰. Elle consiste, pour les acteurs et actrices particulièrement demandées, d'exiger dans le cadre de leur contrat la mise en place d'une clause aux termes de laquelle les producteurs du film, pour lequel ils ou elles sont embauchées, s'engagent à avoir un casting diversifié ou « inclusif ». Il est évident que seuls des acteurs ou actrices en position de « force » en raison de leur notoriété peuvent se permettre d'avoir de telles exigences. Pour autant, on retrouve des prises de position similaires dans le milieu politique ou académique avec des intervenants qui refusent de participer à un colloque ou une journée d'étude à laquelle ils sont invités si le programme ne prévoit presque exclusivement que des intervenants masculins⁸⁰¹. Il pourrait en être de même dans les émissions de télévision ou de radio ne recevant que rarement des expertes. Il y a un côté étrange et un peu embarrassant cependant à contractualiser ces enjeux de diversité. En effet, ce seront généralement les salariés appartenant aux groupes « majoritaires » qui pourront se permettre d'imposer de telles clauses. Ne serait-il pas inique que ce soient ces salariés, d'ores et déjà privilégiés du fait de ce qu'ils *sont*, qui obtiennent des dommages et intérêts pour non-respect du contrat par l'employeur du fait de la discrimination subie par d'autres ?

455. On peut s'interroger sur la transposition de ce type de pratiques dans les relations plus ordinaires de travail. Il est en effet peu probable qu'un ouvrier puisse obtenir de son employeur qu'il prête attention à la composition diversifiée de l'entreprise. Néanmoins, une approche contractualiste n'est pas à exclure. Le projet de loi PACTE⁸⁰² et plus spécifiquement les deux premières recommandations du rapport Notat-Sénard peuvent plaider en ce sens⁸⁰³.

⁸⁰⁰ Mentionné à la fin de son discours lors de la cérémonie, elle l'a un peu expliqué lors de la [conférence de presse qui a suivi](#).

⁸⁰¹ V. par exemple « [Le Député Matthieu Orphelin annule sa participation à un colloque où la parité n'est pas respectée](#) », rapporté par le *Huffington Post* le 25 janvier 2018.

⁸⁰² Dossier législatif du projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises (PACTE) (ECOT1810669L) disponible sur *Légifrance*.

⁸⁰³ Nicole NOTAT et Jean-Dominique SÉNARD, « L'entreprise, objet d'intérêt collectif », Rapport remis aux ministres de l'économie et des finances, du travail et de la transition écologique et solidaire, *La Documentation Française*, 9 mars 2018.

L'une concerne la modification de l'article 1833 du Code civil qui préconise d'y ajouter un second alinéa au terme duquel « [...] *La société doit être gérée dans son intérêt propre, en considérant les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* »⁸⁰⁴. Pour les auteurs du rapport, « aucune société, même une société civile immobilière, ne peut faire complètement abstraction des enjeux sociaux et environnementaux de son activité. Cette écriture consacre un mouvement enclenché par les entreprises elles-mêmes. La référence à l'intérêt propre clarifie les interprétations de l'intérêt social : il ne peut se réduire aux intérêts particuliers des associés ». La deuxième recommandation prévoit, quant à elle, de modifier l'article 225 du Code de commerce en y ajoutant les mots soulignés suivants : « *Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société en référence à la raison d'être de l'entreprise, et veille à leur mise en œuvre, conformément à l'article 1833 du Code civil* »⁸⁰⁵. Ces deux propositions visant à mettre en exergue que l'intérêt de l'entreprise est plus large que celui de la seule satisfaction de l'intérêt des actionnaires se traduisaient également dans la proposition d'augmenter la présence des salariés au sein des conseils d'administration (20% contre 50% en Allemagne, souvent prise en exemple).

456. Le projet de loi PACTE, qui a pourtant reproduit la majeure partie des recommandations de ce rapport, n'a pas repris en l'état ces propositions les plus « sociales ». L'« intérêt propre » de la société redevient le classique « intérêt social » de la société, donc celui des actionnaires ; la définition de la « raison d'être » de l'entreprise devient facultative⁸⁰⁶, et enfin, le nombre des salariés administrateurs est, certes, augmenté, mais pas dans les proportions souhaitées par les auteurs du rapport. En effet, il est prévu que « pour les entreprises de plus de 1 000 salariés en France ou 5 000 salariés en France et à l'étranger, le nombre d'administrateurs salariés sera porté à 2 dès lors que le conseil compte plus de 8 administrateurs non-salariés (contre 12 aujourd'hui) »⁸⁰⁷.

457. Ces questions sont intéressantes car elles posent celle des conséquences qu'il y aurait si une société avait, dans ses statuts, défini une « raison d'être » supposée guider les décisions

⁸⁰⁴ *ibid.* p. 6.

⁸⁰⁵ *Idem.*

⁸⁰⁶ L'Assemblée nationale a adopté le 12 septembre 2018 un [amendement n°2382, présenté par la députée Dubost, et portant sur l'article 61 de la loi PACTE](#), dont l'objet est de préciser cette notion de « raison d'être de l'entreprise », qui devrait donc être « *constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité* ».

⁸⁰⁷ V. Le dossier réalisé sur le Projet de Loi PACTE sur le site internet du Ministère de l'économie et des finances et plus particulièrement le document PDF : [Le projet de Loi PACTE en détail, Juin 2018, p.74](#).

de gestion de ses dirigeants⁸⁰⁸, et que ces dernières étaient prises en contradiction avec cette raison d'être. Un salarié pensant s'être engagé auprès d'une société souhaitant œuvrer en faveur de l'environnement, pourrait-il agir d'une quelconque manière contre celle-ci en cas de non-respect de ces engagements ? De même, si l'engagement pris est un engagement en faveur de la diversité, les tiers peuvent-ils engager la responsabilité de l'entreprise qui n'agit pas dans le sens qu'elle s'est elle-même fixée ?

458. En matière de RSE⁸⁰⁹, il y a très peu d'exemples jurisprudentiels où un texte de *soft law* a été jugé opposable à l'employeur⁸¹⁰. Dans certains cas il a été admis qu'une charte puisse produire des effets notamment en termes de solidarité⁸¹¹ ou être considérée comme relevant du règlement intérieur. On notera à cet égard qu'une circulaire de 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur, dispose que « ces instruments permettent de réunir dans un même document l'ensemble des normes applicables à une entité. Ils portent sur des questions qui sont traitées par différentes sources de droit et remplissent en cela deux fonctions : ils servent de support pour des règles originales créées par les entreprises et permettent un rappel des dispositions légales applicables à leurs activités »⁸¹². Pour l'OCDE, il s'agit d'« engagements souscrits volontairement par les entreprises, associations ou autres entités qui fixent des normes et des principes pour la conduite de leurs activités *sur le marché* »⁸¹³. Or « le marché », ne signifie pas l'emploi. De manière générale, ces instruments de RSE cherchent donc encore leur

⁸⁰⁸ Gérard MARDINE et Pascal PAVAGEAU, « Que peut-on attendre en droit du travail d'une modification de « l'objet social de l'entreprise » ? », *RDT*, 2018, p.101 ; Joëlle SIMON, Jean-Pierre AZAIS, Sébastien DARRIGRAND et Bastien RESSE, « Que peut-on attendre en droit du travail d'une modification de « l'objet social de l'entreprise » ? (la fin) », *RDT*, 2018, p.255 ; Christophe CLERC, « Sur la réforme de l'entreprise : l'objet social, objet de réforme sociale », *RDT*, 2018, p.107 ; Myriam ROUSSILLE, « Projet de loi PACTE : quel impact ? – Réflexion sur la consécration de l'intérêt social et de la raison d'être de la société », *Droit des sociétés*, 2018, n° 8-9, étude 10.

⁸⁰⁹ La RSE est définie par la Commission européenne comme « l'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes » (*Livre vert. Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, COM, 366 final, 18 juillet 2001).

⁸¹⁰ Sur ce point, V. notamment Marie-Caroline CAILLET : *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : étude à partir des entreprises transnationales*, thèse, Université de Bordeaux, 2014, pp. 423 – 440 ; Isabelle DAUGAREILH : « La responsabilité sociale des entreprises en quête d'opposabilité », in Alain SUPIOT, *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF, Paris, 2015, pp. 183 – 199 ; Emmanuelle MAZUYER : « La force normative des instruments adoptés dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise », in Catherine THIBIERGE : *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruylant ; LGDJ, Paris, 2009, pp. 577 – 589 ; René DE QUENAUDON et Kathia MARTIN-CHENUT : *La RSE saisie par le droit*, Pedone, Paris, 2016.

⁸¹¹ V. Cass. crim., 25 sept. 2012, *Erika*, n° 3439, n° 10.82-938, *Publié au bulletin* : *Gaz. Pal.*, 25 oct. 2012, n° 299, obs. Parance.

⁸¹² Circulaire DGT n°2008-22 du 19 novembre 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur, *Bulletin Officiel du ministère du travail, des relations sociales, de la famille et de la solidarité*, n°12, du 30 décembre 2008, p. 41.

⁸¹³ OCDE, *Inventaire des codes de conduite des entreprises*, TD/TC/WP(98)74/Final, 2000, p. 5.

support juridique, et ce d'autant plus lorsqu'ils pourraient concerner les relations de travail. C'est pourquoi une éventuelle définition de ce qu'est l'entreprise et sa raison d'être pourrait être intéressante pour donner corps, tant à la notion d'entreprise⁸¹⁴, qu'à ses engagements. On pourrait se pencher sur le caractère opposable de ces engagements à l'égard des consommateurs, « dans la mesure où ces codes constituent des instruments importants de la communication des entreprises à destination des consommateurs, on peut en effet considérer que leur non-respect est constitutif du délit de publicité mensongère »⁸¹⁵. Lorsque l'engagement se matérialise par l'affichage d'un label ou d'un logo et que l'entreprise l'a utilisé sans en respecter les règles, les juges ont eu l'occasion de considérer que cela induit le consommateur en erreur et peut-être constitutif du délit de publicité trompeuse⁸¹⁶. Cette opposabilité vaut également à l'égard de salariés qui, dans le cadre contentieux, se prévaudraient des manquements de l'employeur aux engagements et à l'éthique fixées par la société⁸¹⁷. Pourquoi dès lors, une société qui mettrait en avant son engagement en faveur de la diversité ne pourrait-elle pas être responsable, de manière similaire, à l'égard des candidats à l'emploi ? Il n'y aurait, dès lors, pour le candidat à l'emploi non recruté, plus à démontrer l'existence d'une discrimination directe (bien délicate à démontrer) ou d'une discrimination indirecte – qui nécessite l'usage d'une règle neutre défavorisant particulièrement un groupe de personne, mais à démontrer simplement l'absence de diversité des recrutements et de la composition de l'entreprise.

⁸¹⁴ V. Michel DESPAX, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1956 sur l'existence d'un intérêt propre de l'entreprise et à l'inverse Gérard Lyon-Caen, « Que sait-on de plus sur l'entreprise? », in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, pp.37-53.

⁸¹⁵ André SOBZCAK, « Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux États-Unis », *Dr. Soc.*, 2002, p. 806.

⁸¹⁶ *Cass., Crim.*, 17 mai 2011, n°10-87.646, *Inédit* : *RSC*, 2012, p. 156, obs. C. Ambroise-Castérot ; *Cass., Crim.*, 3 septembre 2002 n° 01-86.760, *inédit*. V. cependant l'échec de la plainte déposée par Sherpa contre Auchan sur ce fondement pour le désastre du Rana Plaza : <https://www.asso-sherpa.org/auchan-le-rana-plaza-des-pratiques-commerciales-trompeuses>. V. également André SOBZCAK : La responsabilité sociale de l'entreprise : menace ou opportunité pour le droit du travail ?, *Relations industrielles*, 2004, Vol. 59, n° 1, pp. 26 – 51.

⁸¹⁷ *Cass., Soc.*, 27 novembre 2013, n°12-22.626, *Inédit* : « Mais attendu qu'après avoir constaté l'existence de pratiques commerciales peu scrupuleuses de l'employeur destinées à développer le chiffre d'affaires, contrairement au code d'éthique établi par la société, la cour d'appel a relevé que le salarié avait subi les répercussions de ces pratiques auxquelles il avait été contraint de participer, lesquelles avaient engendré des relations conflictuelles avec les clients mécontents et provoqué un réel malaise résultant non seulement de l'écart entre le travail demandé et ce qu'il considérait comme étant un travail de qualité mais également du risque de licenciement pour faute grave fondé sur la violation du code d'éthique à laquelle il était contraint ; qu'elle a estimé, par motifs propres et adoptés que ces manquements de l'employeur étaient suffisamment graves pour justifier la prise d'acte de la rupture » ; CA Versailles, 3 mars 2009, n° 07/04281 concernant l'octroi de dommages et intérêts pour préjudice moral du fait du non-respect des chartes « éthique conviction et responsabilité » et « mobilité des cadres » par Véolia.

459. Ceci étant dit, on ne peut que s'interroger sur cet aveu de faiblesse des pouvoirs publics que laissent supposer ces tentatives – bien maigres – de transférer la charge de rendre effective le droit de la non-discrimination sur les acteurs eux-mêmes : entreprises qui « choisissent » de se contraindre (alors qu'il s'agit surtout de respecter la loi), contractualisation du respect de la loi, responsabilité contractuelle ou délictuelle en cas de non-respect de la loi, etc. L'importance croissante de l'autorégulation pose un véritable problème de fond, car on laisse le choix aux entreprises de se contraindre ou non par des codes de conduites ou des chartes, sur des sujets qui ne devraient pas permettre le choix : l'égalité, le travail des enfants, le respect de l'environnement, ce sont des obligations légales (et morales) qui ne laissent pas d'autre choix au débiteur que de les exécuter. Or, on semble attendre des entreprises qu'elles acceptent les contraintes légales pour pouvoir ensuite mollement les leur opposer. Rappelons, en effet, que « s'engager à respecter des dispositions, par ailleurs applicables par l'effet du droit national, n'a qu'un intérêt relatif si ce n'est d'y déceler une obligation de loyauté renforcée afin d'assurer leur respect, obligation éventuellement sanctionnée par le juge »⁸¹⁸. Or, ces détours pour parvenir à appliquer une sanction, au demeurant très limitée, ne seraient pas nécessaires si les pouvoirs publics étaient en capacité de faire respecter la loi et adoptaient des mécanismes juridiques permettant de la faire appliquer sans ménagement.

B. Le respect de la diversité imposé par le juge

460. À titre subsidiaire, si les méthodes citées précédemment sont jugées trop attentatoires à la liberté de choix des collaborateurs par les décideurs politiques, il est possible de n'y avoir recours qu'une fois constatée l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Cette constatation peut résulter de l'usage du *testing*, d'une enquête du Défenseur des Droits, de l'inspection du travail⁸¹⁹ ou, pourquoi pas, du droit d'alerte du CSE introduit par les

⁸¹⁸ Christine NEAU-LEDUC, « La responsabilité sociale de l'entreprise : quels enjeux juridiques ? », *Dr. soc.* 2006, p. 952. Pour une approche critique de la RSE, V. notamment Alain SUPIOT, Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises, in *Etudes offertes à Jean Pélissier : analyse juridique et valeurs en droit social*, Dalloz, Paris, 2004, pp. 541-558 ; du point de vue de la science politique, V. notamment Anne SALMON : *Moraliser le capitalisme ?*, CNRS éditions, coll. Société, Paris, 2009.

⁸¹⁹ À noter qu'actuellement, le salarié qui invoque une discrimination peut présenter, au titre des éléments de fait laissant supposer l'existence de cette discrimination, le rapport établi par l'inspection du travail ; peu important que l'inspection du travail soit intervenue à la demande du salarié (*Cass. Soc.*, 15 janv. 2014, n° 12-27.261, *Publié au bulletin* : *Dalloz actualité*, 31 janv. 2014, obs. Peyronnet).

ordonnances « Macron »⁸²⁰. Ce ne serait qu'à la suite de telles constatations que l'entreprise se trouverait obligée de prouver devant le juge qu'elle recrute ses salariés sans aucun biais discriminant. Ces solutions seraient des modes intéressants de déclenchement de l'obligation de recruter des personnes diverses. L'obligation qui en résulterait pourrait se traduire par une astreinte ou par une pénalité appliquée à chaque embauche ne favorisant pas la diversité de l'entreprise. Une telle méthode constituerait ce que l'on appelle une discrimination à rebours, c'est-à-dire l'utilisation d'une mesure discriminante, à l'égard des individus qui ne seront pas recrutés, pour contrebalancer les effets d'une discrimination. Il est en effet très différent de laisser l'employeur s'autogérer, lui laisser la possibilité de recruter, à tout moment, un profil « classique » lorsque le candidat lui inspire particulièrement confiance ou même qu'il apprécie sa personnalité, en ayant à l'esprit que sur la somme de ses décisions, il devra prendre garde à ne pas recruter toujours les mêmes profils, et le contraindre à un moment *t* à ne pas recruter une personne. Alors que dans la première hypothèse, les candidats peuvent toujours espérer pouvoir faire la différence, dans la seconde ils portent en eux la sanction qui s'appliquera à l'employeur s'il les recrute. Il n'est pas dit que, faire subir une différence de traitement à un candidat qui n'est en rien à l'origine des discriminations ayant conduit à le marquer du sceau de la « non-diversité », soit le meilleur moyen de combattre les préjugés, mais plutôt celui susceptible de faire naître ou de nourrir la haine de l'autre.

461. L'expérience islandaise est, sur ce point, intéressante puisqu'elle permet de mélanger un peu ces deux approches. La loi impose aux employeurs, dans le cadre d'un processus de certification de type ISO⁸²¹, de prouver qu'ils font le nécessaire pour ne pas avoir de pratique discriminante, tant à l'embauche qu'au niveau des salaires. L'obtention du « Certificat Égalité » est devenue obligatoire en Islande au 1^{er} janvier 2018. Ce certificat qui concerne dans un premier temps les discriminations en raison du sexe a vocation à s'étendre aux discriminations liées à l'origine ethnique, la religion, l'âge, l'orientation sexuelle ou le handicap⁸²². En prenant appui sur la norme ISO 85, les entreprises de plus de 25 salariés

⁸²⁰ V. l'article L. 2312-59 du Code du travail créé par l'article 1 de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

⁸²¹ *Article 19 of the Gender Equality Act, No. 10/2008, with subsequent amendments, including those made by Act No. 56/2017 as regards to equal pay certification, approved by Parliament on June 1st 2017. Regulation No. 1030/2017, on the certification of equal pay systems of companies and institutions according to the Standard ÍST 85, Equal Wage Management System – Requirements and guidance, (hereafter; Standard ÍST 85), Rules on the use of the equal pay symbol (protocol to the regulation) ; Special criteria for certification bodies of the Standard ÍST 85 (guidelines).*

⁸²² Stefan ÓLAFSSON, « Iceland: Equal pay certification legalised, ESPN Flash Report 2017/55 », *Commission européenne, European Social Policy Network*, juillet 2017.

doivent obtenir la certification avant la fin du délai imparti⁸²³. En cas de retard, les partenaires sociaux peuvent saisir le Centre pour l'égalité des genres pour que l'absence de certification soit constatée. C'est ensuite cet organisme qui va définir la sanction applicable. Celle-ci peut consister à mettre en place un plan d'action contraignant l'entreprise de remédier aux inégalités constatées sous astreintes pouvant aller jusqu'à 400 euros par jour (50 000 ISK)⁸²⁴.

§2 : La réparation du préjudice des victimes identifiées comme outil de dissuasion

462. La réussite de l'objectif d'introduction de la diversité dans les entreprises ne peut aboutir de manière distante, c'est-à-dire par le seul suivi des évolutions statistiques de la représentation de toutes les composantes de la diversité, quant bien même les écarts constatés feraient-ils l'objet de sanction. En effet, au-delà de la dimension de groupe que la diversité permettrait peut-être de saisir de manière plus efficace, il reste des individus qui peuvent, individuellement ou collectivement être discriminés. Lorsque l'absence de diversité est la résultante d'une discrimination directe ou indirecte, il existe une ou plusieurs victimes pouvant prétendre à une indemnisation. Or, l'indemnisation des victimes de discriminations à l'embauche (A) est à l'heure actuelle très insuffisante, pour ne pas dire totalement inexistante. Elle mérite d'être mieux encadré par le droit afin d'inciter les employeurs à ne pas discriminer et les victimes à ne pas garder le silence face à des comportements inacceptables. Lorsque la discrimination est d'ordre systémique, qu'elle dépasse le cadre individuel, on constate que l'effort réalisé dans la détermination des préjudices individuels est ce qui fait à la fois la force et la faiblesse des actions collectives (B).

A. Une réparation individuelle dissuasive des discriminations à l'embauche

463. Les difficultés rencontrées lors de la détermination de la réparation due aux victimes sont principalement rencontrées dans les cas de discriminations à l'embauche. Or, il y a très peu de contentieux concernant les discriminations à ce stade de la relation de travail. D'une part en raison des difficultés probatoires perçues par les victimes, par l'incapacité psychologique de se considérer comme victime, mais aussi parce qu'il y a potentiellement

⁸²³ Décembre 2018 pour les entreprises de plus de 250 salariés et décembre 2021 pour les salariés des entreprises de 25 à 89 salariés.

⁸²⁴ V. [Le site internet du Government offices of Iceland > Topics > Human Rights and Equality > Equal Pay Certification.](#)

beaucoup à perdre (une mauvaise réputation auprès des employeurs pouvant encore plus nuire à l'insertion professionnelle). S'il existe des cas où des salariés recrutés ne l'étaient, en raison de leur origine, qu'en contrat de travail temporaire, comme dans l'affaire *Airbus*⁸²⁵, ou bien qu'ils étaient cantonnés aux cuisines, comme dans l'affaire *Moulin Rouge*⁸²⁶, les affaires concernant une discrimination à l'embauche où le candidat à l'embauche n'a jamais pu accéder à l'entreprise sont très rares. Or, c'est dans cette situation, pourtant très courante, que les difficultés probatoires sont les plus grandes et que les enjeux sont les plus flous. En effet, on peine à imaginer le montant de l'indemnisation qu'une victime de discrimination, écartée dès le stade du CV ou de l'entretien, pourrait bien obtenir⁸²⁷. La question de la sanction d'une discrimination à l'embauche est délicate puisqu'en matière de discrimination c'est en principe l'annulation de l'acte litigieux qui est prescrit par les juges. Mais quid de l'annulation d'un acte négatif ? Le Code du travail ne prévoit pas de sanction spécifique pour les discriminations à l'embauche, le juge n'est pas en mesure d'ordonner la conclusion du contrat de travail, ce qui serait contraire à la liberté contractuelle, il ne lui reste donc que l'octroi de dommages et intérêts pour réparer le préjudice subi. Mais comment déterminer le préjudice résultant d'un refus d'embauche motivé par un motif discriminatoire ? Faut-il tenir compte de la durée où la personne est restée sans emploi ? La nature de l'entreprise, et son importance dans le secteur géographique dans lequel le candidat à l'emploi effectue ses recherches de travail ? Dans l'affaire *Airbus*, où il s'agissait d'un refus d'embauche en CDI, le salarié réclamait 30 000 euros de dommages et intérêts, il en obtint 10 000 auprès de la Cour d'appel de Toulouse dont la décision est rendue définitive par le rejet du pourvoi de l'employeur par la Cour de cassation⁸²⁸. La détermination de ce montant est entièrement laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond alors que la détermination d'un plancher participerait à une meilleure effectivité de l'interdiction de discriminer à l'étape du recrutement. En effet, un meilleur encadrement des sanctions encourues en cas de

⁸²⁵ Cass. Soc. 15 décembre 2011, *Airbus opération c. L., Fédération CGT de la Métallurgie et a.*, n°10-15.873, *Dr. ouv.*, août 2012, n°769, obs. V. Pontif.

⁸²⁶ TGI Paris (correctionnel), 22 novembre 2002, *Moulin Rouge*, Michel MINÉ, « La discrimination raciale à l'embauche devant le juge pénal », *Dr. Ouv.*, juillet 2003, pp. 270 et s. ; CA, Paris, 11^e ch. Correc., 17 octobre 2003, *Assoc. du restaurant du Bal du Moulin Rouge*, *Dr. Ouv.*, juillet 2004, obs. M. Miné.

⁸²⁷ V. par ex. une affaire rapportée par Claire PADYCH, « Discrimination à l'embauche: aux prud'hommes, Ouafa demande à intégrer EDF », *L'Express L'Entreprise*, le 20 octobre 2016, dans laquelle une requérante demandait 100 000 € au titre du préjudice moral et 95 000€ au titre du préjudice financier. Elle sera déboutée de ses demandes, les conseillers prud'hommes estimant qu'il n'y avait pas de discrimination en l'espèce : V. Claire PADYCH, « Ouafa s'estimait victime de discrimination chez EDF, les prud'hommes ont tranché », *L'express Entreprise*, le 17 novembre 2016.

⁸²⁸ CA, Toulouse, 19 février 2010.

discrimination à l'embauche, ou dans les hypothèses de rupture hors licenciement⁸²⁹, ne serait pas superflu, tant pour les victimes, que pour les employeurs et les conseillers prud'homaux, pour que les premières voient un intérêt au recours, que les seconds s'en méfient et que les troisièmes fassent appliquer la loi. Cela n'écarterait pas la question des difficultés probatoires, mais, au moins, les victimes auraient quelque chose de tangible à défendre en plus de leur dignité dont l'atteinte est très délicate à quantifier.

B. Une réparation de masse comme outil de dissuasion

464. L'action collective contre les discriminations est une force pour la lutte contre les discriminations. Sur ce point, l'addition des réparations individuelles des préjudices généralement liés à l'absence d'évolution dans la carrière de nombreux salariés aboutit incontestablement à sanctionner très lourdement l'employeur pour sa défaillance structurelle. L'application des juges, et avant eux des avocats de salariés victimes, dans la reconstitution de ce qu'auraient dû être les carrières des salariés victimes de discrimination est remarquable et constitue un exemple poussé de ce que peut être l'usage des statistiques dans le contentieux des discriminations. C'est parce que la mesure de la diversité faciliterait ce travail pour des catégories de personnes moins facilement saisissable que ne l'est la nationalité, le sexe ou l'engagement syndical, que cet exercice a retenu notre attention. Nous prendrons donc un exemple récent dans lequel le travail statistique a été particulièrement impressionnant et détaillé pour illustrer comment sur la base des chiffres il est possible de reconstituer des carrières brisées par les discriminations (1). La longueur inhérente à ce type de procédure, au regard de sa complexité et du nombre de personnes concernées, permet d'accueillir d'un bon œil l'arrivée de l'action de groupe en matière de discrimination (2).

1. *L'usage de la méthode Clerc pour la reconstitution des carrières*

465. Dans le cadre d'une affaire très médiatisée opposant la SNCF à 848 travailleurs étrangers ne bénéficiant pas du même statut que les travailleurs français et, de ce fait, de la même évolution de carrière, l'occasion, a été donnée de voir une application rigoureuse de la

⁸²⁹ V. récemment la solution très discutable concernant l'indemnisation d'une rupture de période d'essai discriminatoire : *Cass., Soc., 12 sept. 2018, n°16-26.333, FS-P+B : D.*, 2018, p. 1812. V. sur l'absence d'encadrement de ce cas particulier de discrimination : Sébastien TOURNAUX, « L'indemnisation de la rupture discriminatoire de la période d'essai », *Lexabse hebdo éd. sociale*, n°755 du 27 sept. 2018, N5647BXG.

méthode « des panels », aussi appelé du nom de son concepteur, méthode *Clerc*⁸³⁰, par les juges du fond⁸³¹. Cette méthode vise à démontrer une discrimination et à reconstituer la carrière d'un salarié qui aurait été victime de discrimination en démontrant l'écart dans l'évolution de sa carrière et de sa rémunération avec un panel de personnes embauchées en même temps que lui dans l'entreprise. En l'espèce, la discrimination a concerné 848 *Chibanis*⁸³² qui ont obtenu la réparation à la fois du préjudice lié au blocage de leur carrière professionnelle, du préjudice en découlant lors du versement de leur pension de retraite, du préjudice lié à l'absence de formation et du préjudice moral. Le montant total obtenu par ces anciens cheminots, de 180 millions d'euros environ, peut paraître astronomique, mais nous allons voir que le chiffrage du préjudice n'a rien de farfelu et a été réalisé avec beaucoup de rigueur en application notamment de la méthode *Clerc* qui a fait depuis quinze ans la preuve de son efficacité devant les tribunaux.

a) La reconstitution de la carrière du salarié

Première étape : reconstitution de la carrière à partir de la répartition des effectifs dans les différentes catégories d'emploi.

466. Pour le calcul de leur préjudice, les salariés ont tout d'abord commencé par présenter la ventilation des agents statutaires du panel (c'est-à-dire ceux qui ont été embauchés aux mêmes emplois et à la même période que les *Chibanis*) par collègue (exécution ; agent de maîtrise ; cadre) et par qualification (A, B et C pour le collègue exécution ; C, D et E pour le collègue agent de maîtrise ; F, G et H pour le collègue cadre). Ils ont ensuite mis en parallèle la ventilation des agents contractuels relevant de l'annexe A1 au sein des mêmes collègues et qualifications⁸³³.

⁸³⁰ Cette méthode a notamment été exposée dans un [numéro spécial de la revue *Le Droit ouvrier* intitulé « Agir contre la discrimination syndicale : le droit en pratique » d'avril 2006](#), plus spécifiquement à la page 193, par son concepteur dans un « entretien avec François Clerc » publié par la *Semaine sociale Lamy* du 15 novembre 2004 sous le titre « Discrimination syndicale : la stratégie de la CGT ». Pour un point de vue sociologique, il est intéressant de lire [Vincent-Arnaud CHAPPE, « La preuve par la comparaison : méthode des panels et droit de la non-discrimination », 2011, n° 23-2, *Sociol. Prat.*, pp. 45-55.](#)

⁸³¹ L'un des 848 arrêts rendus dans ce contentieux : [CA, Paris, Pôle 6, Chambre 10, 31 janvier 2018](#), et la [délibération MLD 2016-188 du Défenseur des droits du 21 juillet 2016](#).

⁸³² Expression arabe pour désigner les « vieux » ou les « cheveux blancs ». C'est ainsi que ce groupe de cheminots, dont la carrière est terminée pour la plupart, s'est fait appeler dans le cadre de cette affaire les opposants à la SNCF.

⁸³³ V. p. 20 de l'arrêt.

467. La mise en parallèle de ces deux tableaux a permis de démontrer que les agents contractuels sont surreprésentés dans les emplois relevant des qualifications A, B et C (qui sont les moins rémunérés). Ainsi, 0,40 % des agents statutaires ont une qualification A alors que 9,87 % des agents contractuels ont cette qualification. À l'inverse, 35,19 % des agents statutaires ont une qualification D alors qu'ils ne sont que 5,24 % parmi les agents contractuels.

468. Une fois ces constatations réalisées, il convient de reconstituer ce que devrait être la ventilation des effectifs si l'évolution des carrières des salariés contractuels avait été la même. Pour cela, la cour d'appel fait remonter 77 salariés de la qualification A (soit la différence entre 0,40 % et 9,87 % des effectifs) dans la qualification B. Les effectifs de la qualification B se trouvent donc gonflés et doivent être ramenés aux mêmes proportions que les effectifs de la qualification B des agents statutaires. En conséquence, il faut faire passer des agents de qualification B en C pour reproduire, dans les effectifs des contractuels, les proportions des effectifs des agents statutaires. On réitère le processus jusqu'à la qualification H.

469. Une fois que l'on a reventilé les effectifs dans les proportions qui auraient dû être les leurs, il convient d'estimer, au vu de ces évolutions, quelles étaient les probabilités pour qu'un salarié de qualification A fasse partie du lot de salariés « montés » en qualification B. *Idem* pour ceux qui sont montés de la qualification B à la qualification C, etc., jusqu'à la qualification H⁸³⁴. Puis, il s'agira de déterminer, en fonction de la qualification d'origine des salariés, quelle était leur chance d'accéder à toutes les qualifications supérieures⁸³⁵.

Seconde étape : Reconstitution de l'évolution moyenne de la rémunération des salariés du panel.

470. La cour d'appel disposait des grilles de rémunération de 2008 à 2014 ; elle a donc fait une projection de la rémunération à partir des évolutions constatées entre 2008 et 2014 pour déterminer les salaires en vigueur entre 1974 et 2007, et ce dans l'ensemble des qualifications (A, B, etc. ; v. p. 24). Grâce à ces données, la cour d'appel a donc pu calculer le salaire moyen qu'un agent contractuel de l'annexe A1 déterminé aurait eu s'il n'avait pas été discriminé. Elle procède de la sorte :

⁸³⁴ (V. p. 21 de l'arrêt).

⁸³⁵ (V. p. 22 de l'arrêt).

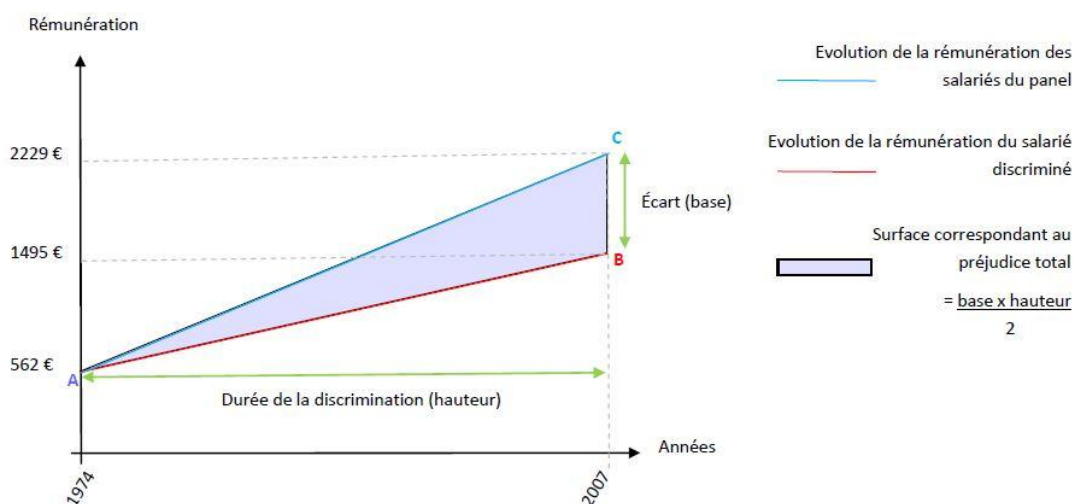
$$\begin{aligned}
& \text{Salaire moyen en l'absence de discrimination} = \\
& \text{Probabilité de rester en A} * \text{salaire moyen de l'année zz des statutaires en A} \\
& + \text{Probabilité de monter en B} * \text{salaire moyen de l'année zz des statutaires en B [...] } \\
& + \text{Probabilité de monter en H} * \text{salaire moyen de l'année zz des statutaires en H}
\end{aligned}$$

471. En d'autres termes, les probabilités d'évolution calculées précédemment sont donc utilisées pour reconstituer un salaire moyen « pondéré ». Dans le cas du salarié en l'espèce, sa rémunération lors de son départ à la retraite était de 1 495 €. Avec la méthode de calcul ci-dessus, on voit qu'en principe, si sa carrière avait évolué au même rythme que celles des agents statutaires, il aurait dû finir sa carrière avec une rémunération d'environ 2 229 €. On dispose donc du salaire avec lequel il aurait dû terminer sa carrière, il nous faut donc maintenant savoir de combien est le préjudice sur les trente années précédentes. Ce calcul s'effectue par le biais de la méthode du triangle ou méthode Clerc.

b) L'étape de la modélisation

472. L'étape de la modélisation consiste à traduire ces éléments de rémunération en courbes afin de constater les écarts de salaire pendant toute la carrière et les traduire en forme géométrique : un triangle dont l'aire représente la perte de salaire de l'ensemble de la période. Concrètement, une première courbe représente l'évolution de la rémunération d'un salarié s'estimant discriminé, à partir du début de la discrimination jusqu'à la fin de sa carrière, la seconde courbe est celle représentant l'évolution moyenne de la rémunération des salariés composant le « panel », c'est-à-dire tous les salariés ayant été embauchés en même temps, à un emploi et avec des qualifications similaires à celles du salarié s'estimant victime. On obtient ainsi un triangle : le point initial de la comparaison correspond à la date d'apparition de la cause de la discrimination à laquelle le panel de salariés présente la même rémunération que le salarié discriminé (A) ; la rémunération du salarié discriminé au point final de la comparaison (B) ; la moyenne des rémunérations des salariés du panel à ce même point (C). Le segment BC correspond à l'écart final entre les rémunérations et donc la base du triangle. La « hauteur » correspondant à cette base est ici la durée de la discrimination.

Calcul du préjudice financier par la méthode « Clerc »



c) Le calcul des préjudices

473. Une fois la modélisation effectuée, on applique la méthode de calcul de l'aire d'un triangle : $(\text{base} \times \text{hauteur})/2$. Ainsi, dans une situation simple, pour déterminer le préjudice, il convient de faire l'opération suivante :

$$\text{Préjudice} = \frac{\text{écart de salaire final} \times \text{durée en mois de la discrimination}}{2}$$

474. Dans le cas présent, le calcul doit être affiné, car le panel présente une ancienneté moyenne de trente ans alors que le salarié avait une ancienneté de trente-trois ans, il faudra utiliser le salaire moyen pondéré calculé précédemment en lieu et place du salaire moyen final du panel et prendre en considération le fait que la rémunération est calculée sur treize mois et non douze mois dans cette entreprise.

En conséquence, le calcul doit être modifié de la sorte :

$$\text{Préjudice total} = \frac{33}{30} \times \frac{(\text{salaire moyen pondéré} - \text{salaire final}) \times 13 \times \text{nombre d'année de discrimination}}{2}$$

475. En application de cette formule, le salarié dont il est question dans cet arrêt a ainsi pu obtenir des dommages et intérêts d'un montant de 173 017 € en réparation de la discrimination ayant affecté l'ensemble de sa carrière et de sa rémunération.

476. Le résultat ainsi obtenu est majoré de 30 % afin de tenir compte de la perte de droits à la retraite du fait du différentiel de revenus non versés, ce taux est généralement retenu par la jurisprudence pour réparer ce préjudice particulier. En revanche, en l'espèce, le régime de retraite de la SNCF étant plus généreux que le régime général, la cour d'appel accepte de retenir une majoration de 35 % au lieu de 30 %. Soit un montant total pour ce préjudice de 60 555 €.

2. *L'action collective*

477. Si les montants obtenus dans le cadre de l'affaire *Chibanis* sont de nature à marquer les esprits et à dissuader les employeurs d'adopter des politiques structurellement discriminantes, il faut tenir compte des efforts et de la durée qu'un tel dossier a pu coûter pour aboutir. Pour éviter, tant aux avocats qu'aux juridictions d'avoir à traiter 867 fois de la même situation discriminante, de rédiger 867 conclusions aboutissant à 867 jugements distincts, un effort pour développer les actions de groupe était nécessaire. Et c'est ce qui a été fait à l'occasion de la loi de modernisation de la Justice⁸³⁶. Cette action de groupe n'est ouverte qu'à certains types de contentieux, limitativement énumérées à l'article 60 de la loi, dont celle « ouverte sur le fondement 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 ». Le premier alinéa de l'article 62 traduit une approche « étroite et linéaire »⁸³⁷ de l'action de groupe, laquelle ne peut être introduite que « lorsque plusieurs personnes placées dans une situation similaire subissent un dommage causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles »⁸³⁸. Une telle action « peut être exercée en vue soit de la cessation du manquement mentionné au premier alinéa, soit de l'engagement de la responsabilité de la

⁸³⁶ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, *JORF* du 19 novembre 2016.

⁸³⁷ Marie MERCAT-BRUNS, « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ? », *La Revue des droits de l'homme*, 2018, n° 14, § 40.

⁸³⁸ Art. 62, alinéa 1 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

*personne ayant causé le dommage afin d'obtenir la réparation des préjudices subis, soit de ces deux fins »*⁸³⁹.

478. Un décret est venu préciser la procédure applicable à cette nouvelle action et l'on constate que celle-ci est plus longue qu'une procédure individuelle puisqu'elle offre à l'employeur une occasion de faire cesser la discrimination. L'article R. 77-11-2 du Code de justice administrative dispose en effet que « *préalablement à l'engagement de l'action de groupe prévue à l'article L. 77-11-2, les personnes morales mentionnées à cet article demandent à l'employeur auquel est imputée la discrimination alléguée, par tout moyen conférant date certaine à cette demande, de faire cesser cette discrimination. Lorsque l'employeur n'est pas compétent pour prendre la mesure permettant de faire cesser la discrimination alléguée, il informe l'auteur de la demande de sa transmission à l'autorité compétente et de la date de sa réception par celle-ci. Dans un délai de quatre mois à compter de la réception de la demande par l'autorité compétente, celle-ci consulte l'organisme consultatif au sens de l'article 9 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, compétent pour se prononcer sur le projet de mesure permettant de faire cesser la situation de discrimination alléguée, conformément aux règles de consultation de cet organisme »*⁸⁴⁰. Une première action de groupe a été mise en œuvre par la CGT à l'encontre de la société *Safran Aircraft Engines* pour une discrimination syndicale⁸⁴¹. Elle a débuté par une mise en demeure le 23 mai 2017. Dix mois plus tard, dans la mesure où aucun accord n'a pu être obtenu avec l'entreprise, la CGT a saisi le TGI pour obtenir la reconstitution des carrières des salariés victimes, en usant de la méthode Clerc et de panels⁸⁴² comme dans l'affaire *Chibanis*.

479. Lorsque l'objectif est d'obtenir une indemnisation pour les victimes, une autre approche est envisageable, et actuellement discutée, à savoir celle de la méthode de la décision « pilote » qui permet d'éviter la lourdeur des affaires telles que celles des *chibanis*. « Une fois un premier dossier connu, les autres cheminots auraient pu négocier à l'appui d'une

⁸³⁹ Art. 62, alinéa 2 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

⁸⁴⁰ Décret n° 2017-888 du 6 mai 2017 relatif à l'action de groupe et à l'action en reconnaissance de droits prévues aux titres V et VI de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

⁸⁴¹ Françoise CHAMPEAUX et Myriam EL YACOUBI, « La première action de groupe est lancée », *Semaine sociale Lamy*, n° 1771, p. 2.

⁸⁴² V. pour le détail de l'affaire : Marjorie CARO et Françoise CHAMPEAUX, « La première action de groupe devant le TGI de Paris », *Semaine Sociale Lamy*, n°1809, 29 mars 2018.

décision qui leur était favorable »⁸⁴³. En revanche, lorsque l'objectif poursuivi est de faire cesser un trouble, voire de corriger une discrimination, la procédure décrite à l'article R. 77-11-2 est intéressante. Ce pourrait être dans ce cadre-là que le « tiers » désigné par le juge pourrait contraindre une entreprise à améliorer significativement la diversité de ses effectifs. Cependant, une telle correction ne pourrait se faire en seulement quelques mois...

§3 : Les outils de « promotion »

480. Au-delà de la contrainte de résultat qui serait un vrai apport de la diversité, il reste des méthodes ayant déjà fait l'objet d'expérimentations. Ces méthodes visent à « convaincre » les employeurs de recruter des profils différents, soit en leur « ouvrant les yeux » par la déconstruction de leurs préjugés et des stéréotypes qu'ils entretiennent (A), soit, de manière plus prosaïque, par l'argument économique (B).

A. La déconstruction des préjugés et des stéréotypes

481. Il existe un grand nombre de méthodes permettant de déconstruire les préjugés et déconstruire les stéréotypes. La première méthode consiste à changer le regard en améliorant les chances des candidats d'être reçus à l'entretien. On présentera à titre d'exemples deux dispositifs : le CV anonyme et la *Rooney Rule*.

482. Le CV anonyme a été introduit dans le Code du travail à l'article L. 1221-7 (anciennement L. 121-6-1) par la loi du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances⁸⁴⁴. Il était initialement prévu que « *dans les entreprises de cinquante salariés et plus, les informations mentionnées à l'article L. 1221-6 et communiquées par écrit par le candidat à un emploi ne peuvent être examinées que dans des conditions préservant son anonymat* ». Les modalités d'application du présent article devaient être déterminées par décret en Conseil d'État. Or, c'est à ce stade que le CV anonyme a connu sa première déconvenue. En effet, le décret n'a jamais été adopté et seules les entreprises qui voulaient de cette mesure, notamment parce qu'elles étaient sensibilisées à la problématique des discriminations dans l'accès à l'emploi, ont tenté l'expérience. Une expérience qui, de ce fait, s'est révélée peu concluante pour

⁸⁴³ Thomas Coustet, « La "procédure de l'arrêt pilote" entre les mains de la garde des Sceaux », *Dalloz actualité*, 26 mars 2018.

⁸⁴⁴ Loi n° 2006-396, *JORF* du 2 avril 2006, p. 4950. V. l'article 24 de cette loi.

améliorer la situation de ceux que cette mesure visait (les candidats issus de l'immigration ou résidant dans les zones urbaines sensibles), mais très intéressante en revanche pour le second public ciblé (les femmes). En effet, un rapport du Centre de Recherche en Economie et Statistique (CREST)⁸⁴⁵ visant à mesurer l'impact du CV anonyme dans la lutte contre les discriminations a démontré que ce dernier pénalise les candidats issus de l'immigration et/ou résidants dans les zones urbaines sensibles. Avec un CV nominatif, ils ont une chance sur 10 d'obtenir un entretien, contre seulement une sur 22 pour celui qui envoie son CV de façon anonyme. L'un des auteurs avance une explication à cet effet étonnant : « *Il est possible que certains employeurs, comme ceux ayant accepté de participer à l'expérimentation, se montrent plus compréhensifs face aux carences d'un CV lorsqu'ils ont des informations sur l'origine du candidat* ». À l'inverse, le CV anonyme améliore considérablement le sort des femmes lors des phases de recrutement. Selon les données de l'étude, lorsque le recruteur est un homme (les recruteurs féminins embauchant en moyenne presque autant d'hommes que de femmes) et que le CV est nominatif, les femmes ont une chance sur 27 d'être recrutées en entretien et les hommes une chance sur cinq. Lorsque le CV est anonyme, l'écart s'inverse : les candidats féminins ont une chance sur 6 et les candidats masculins une chance sur 13. Les effets du CV anonyme portent non seulement sur l'accès aux entretiens, mais aussi sur le recrutement final (c'est-à-dire une fois l'anonymat levé). Ainsi, lorsque que le CV est nominatif, les femmes ont une chance sur 167 d'être retenues à l'issue de l'entretien et les hommes une chance sur 34 ; lorsque le CV est anonyme, l'écart s'inverse : les candidats féminins ont une chance sur 17, et les candidats masculins une chance sur 59⁸⁴⁶.

483. Face à l'inertie du gouvernement dans la prise de ces décrets, une astreinte de 1000 euros par jour de retard a été obtenue dans une décision du Conseil d'État saisi par plusieurs requérants. La loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi⁸⁴⁷ a en réaction à cette décision, modifié l'article L. 1221-7 du Code du travail qui se contente aujourd'hui de prévoir que « *les informations mentionnées à l'article L. 1221-6 et communiquées par écrit par le candidat à un emploi peuvent être examinées dans des conditions préservant son*

⁸⁴⁵ Luc BEHAGHEL., Bruno CREPON, Thomas LE BARBANCHON, *Evaluation de l'impact du CV anonyme*, Rapport final, CREST, 31 mars 2011.

⁸⁴⁶ Luc BEHAGHEL., Bruno CREPON, Thomas LE BARBANCHON, *Evaluation de l'impact du CV anonyme*, Rapport final, CREST, 31 mars 2011, p.6.

⁸⁴⁷ Loi n° 2015-994, *JORF* du 18 août 2015, p. 14346.

anonymat ». Puisqu'il n'y a plus d'obligation, le Conseil d'État a levé l'astreinte⁸⁴⁸ et nous restons dans l'attente des décrets d'application de cet article modifié.

484. Le second dispositif est la *Rooney Rule*, une pratique intéressante apparue aux États-Unis en 2003 au sein de la *National Football League* (NFL). L'objectif de cette règle est de s'assurer que les entraîneurs appartenant à des minorités soient pris en considération lors des recrutements pour les postes d'entraîneur-chef (*head-coach*). Ainsi, lors du recrutement, il est obligatoire d'étudier la candidature d'une personne issue d'une minorité sous peine de se voir infliger une amende par la NFL. Une amende de 200 000 \$ a, par exemple, été décidée par la NFL à l'encontre de l'équipe des *Lions* de Détroit pour avoir omis de recevoir en entretien des candidats afro-américains pour le poste vacant d'entraîneur-chef de l'équipe. Depuis 2009, la *Rooney Rule* a été étendue à l'ensemble des minorités ethniques et non plus seulement les Afro-Américains. Il est possible d'écarter son application, lorsqu'un entraîneur adjoint dispose d'une clause dans son contrat de travail lui garantissant le poste d'entraîneur-chef en cas de création ou si l'entraîneur adjoint qui occupe le poste de directeur appartient déjà à une minorité. Cette mesure ne constitue pas une préférence pour le poste au bénéfice des membres d'une minorité, mais permet d'agir sur la façon dont sont menées les procédures de recrutement en obligeant les recruteurs à être confrontés, physiquement, avec au moins un candidat d'une minorité. L'idée sous-jacente est de permettre de déconstruire les préjugés et les stéréotypes à l'égard des candidats issus de groupe minoritaire.

485. Agir sur les méthodes de recrutement est un moyen déjà usité en France. Cela peut consister tout d'abord en une diversification des profils recherchés. De plus en plus courante dans le cadre de l'accès à la fonction publique, qui ménage différentes voies (concours externe, interne, sur dossier, par équivalence, *etc.*), cette diversification se retrouve également dans l'emploi privé où les recruteurs, de plus en plus couramment formés aux biais discriminatoires de recrutement, vont être plus ouverts quant aux profils des candidats. Ils exigeront moins que les candidats viennent de telle grande école ou tel cursus prestigieux, et vont davantage donner leurs chances à des candidats venant de filières moins onéreuses et donc au profil plus diverse.

⁸⁴⁸ V. le [résumé de l'affaire](#) réalisé par le Conseil d'État à l'occasion de sa décision : [CE, 4 novembre 2015, association « Maison des potes - Maison de l'égalité », n°387014](#).

486. Parmi les mesures courantes visant à introduire de la diversité, on trouve la méthode du parrainage des étudiants. Ainsi, le groupe BNP-Paribas a mis en place, dans le cadre d'un accord diversité⁸⁴⁹, un parrainage, en partenariat avec des associations pour l'insertion professionnelles des jeunes des zones urbaines sensibles, consistant à aider les étudiants bac+4 et plus à acquérir les « codes » de l'entreprise, à rédiger un CV et à leur faire profiter de leur carnet d'adresses. On notera que l'entreprise prend pour cible le critère de l'âge combiné au lieu de résidence et que l'une des mesures phare adoptées pour la promotion de la diversité dans l'entreprise est d'aider les jeunes à trouver un emploi en dehors de l'entreprise... En revanche, « *BNP Paribas a noué des partenariats avec des écoles et des universités lui permettant de recruter des profils plus diversifiés, en particulier par le développement de l'alternance à tous les niveaux de formation initiale* »⁸⁵⁰. D'autres entreprises proposent des bourses pour certains profils, notamment pour les étudiants en situation de handicap. C'est le cas de l'entreprise Thales qui offre dix bourses de 2200€ chaque année à des jeunes en situation de handicap et qui propose également « un accompagnement de chaque étudiant par un binôme, le tuteur étant soit un RRH soit un opérationnel »⁸⁵¹. Ce suivi en cours de scolarité concernant les personnes en situation de handicap est très important car il permet de co-construire un parcours de formation puis professionnel qui sera parfaitement en adéquation avec les compétences de la personne et ses capacités⁸⁵². Cette anticipation limitera en principe les besoins d'adaptation du poste de travail.

B. L'argument économique

487. Un autre moyen de favoriser l'emploi de tous est encore d'agir sur le « nerf de la guerre » qu'est l'argent. Si, en l'état actuel du droit, la contrainte de l'employeur à embaucher certaines catégories de personnes est très peu pratiquée, à l'exception notable des travailleurs en situation de handicap, il est en revanche très répandu de rendre certains profils très attractifs auprès des employeurs en leur faisant bénéficier d'une prise en charge partielle de la rémunération versée au salarié, d'un allègement ou d'une exemption de cotisations. Cette

⁸⁴⁹ [Accord sur la Diversité au sein de BNP Paribas SA, signé à Paris le 30 juin 2016.](#)

⁸⁵⁰ *Id.* p. 11

⁸⁵¹ *Liaisons sociales quotidien*, 17496, jeudi 25 janvier 2015, p.3.

⁸⁵² V. Le chapitre de Pascale LEVET « Recruter et intégrer des travailleurs handicapés – Focus sur les travailleurs handicapés diplômés de l'enseignement supérieur » in I. BARTH et C. FALCOZ, préc., note 397, p. 51.

méthode a été très (trop ?) employée par les pouvoirs publics au cours des quarante dernières années et répond aujourd'hui au nom de « contrat aidé » ou « emploi franc ».

488. Un contrat aidé, ou emploi aidé, est défini comme « un contrat de travail pour lequel l'employeur perçoit une aide financière – sous la forme de subventions dans le cadre d'une embauche, d'exonération de cotisations sociales ou d'aides à la formation – réduisant ainsi le coût du travail. Les contrats aidés visent à favoriser l'insertion dans l'emploi de personnes éprouvant des difficultés à être embauchées sans une politique incitative. Il s'agit donc d'un contrat de travail dérogatoire du droit commun »⁸⁵³.

489. Ces contrats se sont considérablement multipliés dans les années 2000, particulièrement à la suite du plan de cohésion sociale de 2005⁸⁵⁴. Les publics particulièrement concernés par ces contrats sont les jeunes de moins de 30 ans, les chômeurs de longue durée⁸⁵⁵ ou les personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion (sociales ou professionnelles) et plus récemment les personnes vivant dans les quartiers prioritaires de la politique de la ville avec le dispositif des emplois-francs. Il apparaît que « le recours à ces critères est souvent cumulatif et peut varier dans le temps. L'objectif poursuivi, à savoir lutter contre les discriminations d'une ou plusieurs catégories spécifiques, est d'autant plus difficile à atteindre quand les contrats aidés sont multicritères »⁸⁵⁶. Un ciblage trop précis des bénéficiaires rend en effet le dispositif moins efficace, car il devient plus difficile de faire concorder la personne, l'emploi et le lieu pour la conclusion d'un contrat qui est souvent proposé pendant une durée limitée. Paradoxalement, ce ciblage est aussi la

⁸⁵³ V. Mélanie JAOLU, « Contrat aidé » in *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination* (dir. Delphine THARAUD et Caroline BOYER-CAPELLE), L'Harmattan, à paraître.

⁸⁵⁴ Contrat d'accompagnement dans l'emploi (CAE), proposé jusqu'au 1^{er} janvier 2010, remplacé par le CUI-CAE ; contrat d'adaptation ; contrat de qualification, remplacé en 2004 par le contrat de professionnalisation ; contrat d'avenir, jusqu'au 1^{er} janvier 2010, remplacé par le CUI-CAE ; contrat d'emploi consolidé (CEC), jusqu'en 2005 ; contrat emploi jeune (CEJ ou NSEJ pour « nouveaux services emplois jeunes »), jusqu'en 2002 ; contrat emploi solidarité (CES), de 1990 à 2005, remplacé par le CAE et les contrats d'avenir ; contrat initiative emploi (CIE), de 1995 à 2010, remplacé par le CUI-CIE ; contrat insertion-revenu minimum d'activité (CI-RMA), remplacé en 2010 par le CUI-CIE ; contrat d'insertion dans la vie sociale (CIVIS) ; contrat jeunes en entreprise (CJE ou SEJE pour « soutien à l'emploi des jeunes en entreprise ») ; contrat d'orientation, remplaçant, en 1991, le SIVP (Stage d'insertion à la vie professionnelle) créé en 1983 ; contrat unique d'insertion (CUI) ; contrat unique d'insertion dans le secteur marchand (CUI-CIE) ; contrat unique d'insertion dans le secteur non marchand (CUI-CAE) ; contrat adultes-relais ; contrat pour la mixité des emplois et l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ; aide à l'embauche des demandeurs d'emploi de 45 ans et plus en contrat de professionnalisation ; contrat de génération, jusqu'en septembre 2017 ; contrat starter (CIE-Starter), toujours en cours mais la conclusion d'un tel contrat n'est plus possible depuis le 1^{er} janvier 2018 ; emploi-francs, ouverts depuis le 1^{er} avril 2018 jusqu'au 31 décembre 2019.

⁸⁵⁵ Voir les deux critères à la fois : moins de 30 ans et chômeurs de longue durée : [CIE-Starter](#).

⁸⁵⁶ V. Mélanie JAOLU, « Contrat aidé » in *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination* (dir. Delphine THARAUD et Caroline BOYER-CAPELLE), L'Harmattan, à paraître.

condition *sine qua none* garantissant que les aides bénéficient effectivement aux personnes qui en ont besoin. Du point de vue de la diversité, la multiplication du nombre de conditions pour pouvoir bénéficier d'un contrat aidé pourrait constituer un bon moyen pour toucher les personnes affectées par des discriminations intersectionnelles. À l'inverse, l'absence de diversité est rarement celle d'une seule catégorie de personnes et un élargissement des bénéficiaires de ces contrats, selon la nature des emplois et la composition des entreprises, pourrait être un moyen efficace. Par exemple, une femme pourrait bénéficier, en tant que femme, d'un contrat aidé pour occuper un emploi de charpentier et un homme pourrait bénéficier d'un contrat aidé pour occuper un emploi de puériculteur. L'avantage pécuniaire fait momentanément oublier à l'employeur ses préjugés quant à l'incompétence ou l'inadéquation d'un tel profil pour le poste. Une telle approche s'éloigne cependant de l'objectif généralement assigné à ces contrats qui est de permettre aux personnes éloignées de l'emploi d'y revenir⁸⁵⁷. Jean-Marc Borello, dans un rapport du 16 janvier 2018, préconise d'en finir avec la « politique du chiffre » - d'autant que les chiffres ne sont pas particulièrement concluants⁸⁵⁸ – pour prendre un « virage vers la qualité »⁸⁵⁹. Cette approche est confortée par la Cour des comptes qui préconise un recentrage sur l'objectif d'insertion professionnelle⁸⁶⁰.

490. À ce titre, une démarche qualitative semble prometteuse : l'expérimentation « Territoires Zéro Chômeur de Longue Durée » actuellement menée par plusieurs départements⁸⁶¹ et dont le Président Macron vient d'annoncer l'élargissement à de nouveaux départements lors de la présentation de sa stratégie de lutte contre la pauvreté⁸⁶². Cette expérimentation entend proposer une « autre voie dans la lutte contre le chômage de longue durée en réaffectant les coûts liés à la privation d'emploi pour aider à financer de manière

⁸⁵⁷ V. sur cette question l'objectif d' « insertion des personnes frappées par le non-emploi » décrit par F. BOUSEZ et A. MARTINON, préc., note 235.

⁸⁵⁸ En 2016, la Cour des comptes a pointé du doigt l'absence d'efficacité des contrats aidés pour l'insertion professionnelle des jeunes (*Cour des comptes, rapport public « L'accès des jeunes à l'emploi, Construire des parcours, adapter les aides », La documentation française, octobre 2016, 623p*). L'année suivante, la Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques du ministère du Travail a mis en évidence, qu'à court terme, « les contrats aidés, particulièrement ceux du secteur non-marchand, permettent de soutenir efficacement l'emploi » (Marie REY, « Les dispositifs spécifiques d'emploi aidé et de formation au 1er trimestre 2017 - Baisse des contrats aidés et de la formation », *Dares Indicateurs*, n° 39, juin 2017) ; V. in *id.*

⁸⁵⁹ Jean-Marc BORELLO, avec le concours de Jean-Baptiste BARFETY, *Rapport sur l'inclusion par l'emploi, la formation et l'accompagnement - "Donnons-nous les moyens de l'inclusion"*, remis à la ministre du Travail, le 16 janvier 2018, p. 8 et p. 51.

⁸⁶⁰ Cour des comptes, « La mise en œuvre des contrats aidés : un recentrage nécessaire sur l'objectif d'insertion professionnelle », *Rapport annuel 2018, Tome II, février 2018, pp. 137-164.*

⁸⁶¹ L'expérimentation peut être suivie sur le site internet dédié : <https://www.tzclfd.fr/>.

⁸⁶² V. la transcription de la présentation par le Président de la République de la stratégie nationale de prévention de lutte contre la pauvreté du 13 septembre 2018, sur le site internet de l'Élysée, *déclarations et discours.*

pérenne des emplois, socialement utiles pour les territoires, non concurrentiels avec ceux existant localement et en assurant des conditions de travail décentes ».

Conclusion Titre 1

491. Au terme de ce titre, on retiendra que si toutes les composantes de la diversité ont leur place dans l'entreprise, toutes ne peuvent pas y être « introduites » par des mesures positives. Pour introduire, pour « rechercher » la diversité, il faut avant tout pouvoir la voir. Seules les composantes de la diversité qui sont « visibles » peuvent faire l'objet d'acte positif d'introduction dans les entreprises. Mais la visibilité ne suffit pas, il est également impératif que la composante soit stable. En effet, si l'on cherche à reproduire la partie « visible » de la diversité française au sein des entreprises, cela prend du temps, le temps que les personnes soient formées, le temps que les personnes, les unes après les autres, soient recrutées, on ne peut imposer un renouvellement instantané des effectifs. Cela reviendrait à faire descendre les individus d'un train en marche pour en modifier la composition des wagons. En plus de temps, cela impose également de tenir compte des évolutions de la société ce qui oblige à raisonner sur des caractéristiques que les gens pourraient abandonner ou acquérir à leur guise, au risque de fausser la mesure. La stabilité, la permanence, du critère pouvant faire l'objet d'une mesure, et donc d'une introduction, sont indispensables. Enfin, la recherche de diversité connaît une limite infranchissable : le respect de la vie privée. On ne saurait contraindre des individus à révéler des éléments de leur vie privée à des fins de mesures, puis d'identification par l'employeur – pour savoir si oui ou non une personne apporterait de la diversité à l'entreprise. La contrainte étant impossible, les personnes ayant le droit de ne pas révéler certains éléments de leur vie privée – et ne devant pas être moins bien traité du fait de cette absence de révélation, il serait absurde de tenir compte de ces données pour la répartition des postes dans l'entreprise. Cela est d'autant plus vrai que les aspects visibles des individus pourront faire l'objet de mesures positives, et qui sont les plus à même d'entraver actuellement l'accès à l'emploi. Pour autant, les autres facettes de la diversité intrinsèque des individus comptent également. Si lors de l'accès à l'emploi elles sont moins visibles, elles peuvent être perceptibles au cours du contrat de travail. La protection des composantes de la diversité doit donc également être effective au stade de l'exécution du contrat.

Titre 2 : La sauvegarde de la diversité

492. Le précédent titre avait pour objectif de déterminer les moyens existants pour parvenir à faire « entrer » une partie de la diversité dans les entreprises. Ce titre a pour ambition de déterminer comment maintenir la diversité dans l'entreprise. Si seuls quelques éléments de la diversité peuvent faire l'objet d'outils de promotion lors des recrutements, d'autres critères, plus aléatoires, plus discrets ou relevant de l'exercice de libertés doivent pouvoir faire l'objet d'une protection plus ou moins accrue dans le cadre de la relation de travail. Il a été distingué précédemment deux types de motifs discriminatoires : ceux protégeant ce que les gens *sont*, que ce qu'ils sont soit permanent, d'origine (couleurs de peau, sexe, handicap) ou non (handicap, parentalité), ou temporaire (âge, état de santé) ; et ce que les gens *font* qui correspond à l'exercice par eux d'une liberté (d'opinion, religieuse, sexuelle, maritale, syndicale, etc.). Cette distinction permet de définir quelles sont les approches envisageables selon la nature des critères de différence. Si seuls les caractéristiques permanentes relevant de ce que les personnes sont peuvent faire l'objet de mesure d'introduction dans l'entreprise, cela ne signifie pas que les autres caractéristiques ne peuvent pas faire l'objet d'une protection également.

493. L'argument de la diversité est souvent présenté comme un atout pour les employeurs, alors qu'il devrait être un atout pour les salariés pour égaliser les conditions de travail vers le haut en rendant les règles plus inclusives, plus respectueuses des corps et de la vie des travailleurs. La diversité suppose que le cadre de travail prenne en compte les contraintes spécifiques des salariés. Certaines de ces contraintes (parentalité, handicap, état de santé, âge) doivent obligatoirement faire l'objet d'une adaptation de la part de l'employeur (chapitre 1) du fait qu'elles concernent des caractéristiques sur lesquelles les salariés n'ont aucune prise. Pour les autres contraintes, résultant de la volonté du salarié d'exercer certaines de ses libertés, notamment sur son lieu de travail, elles peuvent être appréciées via un contrôle classique de proportionnalité visant à mettre en balance lesdites libertés avec celles de l'employeur (chapitre 2).

Chapitre 1 : L'obligation pour l'entreprise de s'adapter à la diversité des situations des travailleurs

494. Certaines catégories de personnes peuvent bénéficier, en raison de leur handicap ou de leur état de santé d'« aménagements raisonnables »⁸⁶³. Ces derniers sont définis par la Convention relative aux droits des personnes handicapées de l'ONU comme « *les modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou induite apportés, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales* »⁸⁶⁴. Cette méthode se justifie dès lors que l'environnement dans lequel [les personnes] évoluent est organisé uniquement en fonction des individus qui ne présentent pas cette particularité ; ces personnes se voient barrer l'accès à des emplois, à des services ou à d'autres activités. C'est donc l'interaction entre une caractéristique propre à un individu et l'environnement physique, social ou normatif, qui aboutit à priver celui-ci du bénéfice d'un emploi ou d'un service en principe ouvert à tous »⁸⁶⁵. Il n'existe donc pas de décisions, ou de règles, susceptibles de constituer une discrimination directe, mais une organisation générale de l'entreprise pensée pour répondre aux besoins de cette dernière et d'une catégorie réduite d'individus, qui peut dès lors être saisie par la qualification de discrimination indirecte chaque fois que ces règles ont pour effet de désavantager certaines catégories d'individus. Face à un tel cas de figure, le législateur ou l'employeur devrait en principe remplacer cette disposition par une mesure plus inclusive, plus neutre, « mais dans certains cas, lorsqu'il apparaît que la mesure contestée demeure la plus adaptée pour atteindre un objectif légitime, l'ajustement de celle-ci par l'introduction d'une exception peut se révéler le seul moyen d'en éliminer le caractère discriminatoire sans compromettre le but recherché ; vu sous cet angle, l'aménagement raisonnable peut être envisagé comme une réponse particulière, ayant valeur d'exception, à une discrimination indirecte »⁸⁶⁶. Il est donc, dans de nombreux cas, possible d'éviter d'avoir recours à une mesure différentialiste, par l'introduction de normes inclusives, conçues dans le

⁸⁶³ LEJEUNE Aude, HUBIN Joël, RINGELHEIM Julie, ROBIN-OLIVIER Sophie, SCHOENAERS Frédéric et YAZDANPANAH Hélène, *Handicap et aménagements raisonnables au travail: Importation et usages d'une catégorie juridique en France et en Belgique*, Mission de recherche Droit et Justice, CERAPS, Université de Lille, 2017 ; . JOLY, préc., note 292, p. 231.

⁸⁶⁴ Art. 2 de la [Convention relative aux droits des personnes handicapées de l'ONU](#)

⁸⁶⁵ Emmanuelle BRIBOSIA, Julie RINGELHEIM et Isabelle RORIVE, « Aménager la diversité : le droit à l'égalité face à la pluralité religieuse », *RDTH*, n°78, 2009, pp. 319-373, p. 320.

⁸⁶⁶ *Id.*, p. 323.

respect de la diversité. Par norme inclusive, on entend une norme pensée pour être également adaptée à l'ensemble des situations qu'elle entend encadrer. Si, dans le cas de la parentalité (section 1), on constate que les traitements différentiels n'ont aucune raison d'être, on remarque que la diversité des situations de handicap, de santé, nécessite le maintien de cette méthode. Cependant, si la prise en compte de certaines difficultés reste nécessaire au niveau individuel, l'existence même de ces difficultés peut être un signal d'alerte ou un moyen de faire de la prévention pour les autres salariés en leur appliquant un traitement similaire afin de favoriser la santé au travail de tous les salariés (section 2).

Section 1 : Le rôle de la diversité dans l'appréhension des questions liées à la parentalité

495. Il peut paraître étonnant que la parentalité soit ici considérée comme une composante de ce que les gens *sont* et non de ce qu'ils *font*. Après tout, la parentalité résulte d'un choix et d'une liberté, celui d'avoir des enfants. Cependant, ce choix, aussi libre soit-il, reste un choix définitif qui devient une caractéristique immuable, qui intègre d'ailleurs l'état civil de la personne. Elle *est* parent. De plus, la parentalité dans notre société est un choix valorisé aussi pour des questions de soutenabilité de notre modèle social. Si l'enfant doit, certes, être accueilli, éduqué, formé, il est aussi celui qui permettra dans le futur de produire de la richesse et de financer les retraites toujours à l'heure actuelle fondées sur une solidarité intergénérationnelle⁸⁶⁷. Si l'on choisit de ne pas avoir d'enfant, on profitera indirectement du choix inverse des autres. Donc non seulement la parentalité est une composante de l'état civil qui s'impose à tous une fois qu'elle advient, mais c'est en plus un choix qui est profitable au reste de la société. Ce qui implique un besoin de le protéger et donc de ne pas faire subir aux couples qui choisissent d'avoir un enfant des conséquences négatives sur le plan économique, mais également professionnel. Le fait d'avoir des enfants ne doit donc pas conduire à être traité moins favorablement qu'un autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été en ayant choisi de ne pas en avoir. Mais cela va plus loin, pour que le droit du travail ne porte pas préjudice, il doit inclure des normes permettant de prendre en considération certains besoins.

⁸⁶⁷ Le lien entre le fait d'avoir des enfants et les droits à la retraite est lui-même fait par le législateur lorsqu'il choisit de compenser les inégalités créées par les congés maternité ou parentaux.

496. Les congés maternité, paternité et d'adoption sont particulièrement intéressants, car la prise en compte de l'altérité sur ces questions, du fait des besoins qu'elle met en évidence, a été particulièrement poussée par le législateur. En effet, l'approche multidimensionnelle de la diversité est particulièrement frappante dans le traitement de la question de la parentalité. Cette dernière oblige à concevoir des réponses aux inégalités se trouvant au croisement entre la différence entre les sexes, la situation familiale, l'orientation sexuelle et la santé. C'est grâce aux déconstructions réalisées en la matière, par l'intégration des besoins dans une approche différentialiste (§1), que l'on pourra se pencher sur la reconstruction d'une norme universelle et inclusive (§2).

§1 : Intégrer les besoins particuliers dans la norme

497. Prendre en considération l'autre passe généralement par la prise en compte de ses différences et de ses besoins. Sur ce point, les différences entre les hommes et les femmes tiennent une place privilégiée, il est donc assez logique que dans un premier temps ce soit une approche différentialiste qui prédomine (A). Pour autant, l'octroi de droits différents ne saurait perdurer et, peu à peu, ces traitements différents tendent à se réduire pour être intégrés à des normes universelles plus inclusives (B).

A. La couverture des besoins par une approche différentialiste

498. La première loi votée pour la protection des « femmes en couches » voit le jour en France en 1909⁸⁶⁸. Depuis 1886, la question de la mortalité infantile inquiétait les pouvoirs publics, et le risque de dépopulation a été la première motivation à l'instauration d'un congé maternité. La loi de 1919 s'est contentée de prévoir, dans son unique article, que « *la suspension du travail de la femme, pendant huit semaines consécutives, dans la période qui précède et suit l'accouchement, ne peut être une cause de rupture par l'employeur* ». Cependant, le congé n'étant ni obligatoire, ni rémunéré, et les ouvrières ayant besoin de leurs revenus, l'insuffisance de ce dispositif fut rapidement actée. Le caractère obligatoire du congé postnatal et le versement d'une allocation sont votés en 1913, mais ne resteront une réalité que sur le papier en raison du besoin de main-d'œuvre suscité par la Première Guerre mondiale. C'est à partir de 1928, et la loi du 5 avril instituant les « assurances sociales », que

⁸⁶⁸ Sur ce rappel historique V. Sébastien TOURNAUX, « Les angles morts de la protection de la grossesse et de la maternité en droit du travail », *Dr. ouv.*, 2018, p. 330.

le congé maternité est rendu obligatoire et indemnisé, que la maternité devient un risque à part entière faisant l'objet d'une couverture sociale⁸⁶⁹.

499. Depuis, le législateur n'a eu de cesse de prendre en compte toutes les situations entourant l'arrivée d'un enfant et affectant la vie des travailleuses. Ainsi, le suivi médical de la femme enceinte tout au long de sa grossesse a été facilité par la mise en place d'« *autorisations d'absences pour se rendre aux examens médicaux obligatoires prévus par l'article L. 2122-1 du code de la santé publique dans le cadre de la surveillance médicale de la grossesse et des suites de l'accouchement* »⁸⁷⁰. Il est possible pour la mère d'interrompre son travail une heure par jour pour allaiter son enfant, et ce jusqu'au premier anniversaire de l'enfant, elle peut allaiter sur son lieu de travail et dans les entreprises employant plus de cent salariés, l'employeur peut être mis en demeure de prévoir un espace dédié⁸⁷¹. La dispense de fourniture du travail devient totale pendant le congé maternité, qui s'étend des six semaines avant la date présumée de l'accouchement et dix semaines après⁸⁷². Celui-ci peut être allongé en cas de grossesse pathologique⁸⁷³, de naissances multiples⁸⁷⁴ ou de la présence d'autres enfants au sein du foyer⁸⁷⁵. Cette absence de fourniture de travail devient même obligatoire pendant une période de huit semaines, puisque l'article L. 1125-29 du Code du travail fait interdiction à l'employeur « *d'employer la salariée pendant une période de huit semaines au total avant et après son accouchement* » ainsi que « *dans les six semaines qui suivent son accouchement* ». Le premier alinéa de l'article L. 1225-4 du Code du travail interdit aux employeurs de « *rompre le contrat de travail d'une salariée lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constatée, pendant l'intégralité des périodes de suspension du contrat de travail auxquelles elle a droit au titre du congé de maternité, qu'elle use ou non de ce droit, et au titre des congés payés pris immédiatement après le congé de maternité ainsi que pendant les dix semaines suivant l'expiration de ces périodes* ». Le droit du travail offre une protection « absolue » durant les périodes de suspensions et « relative » au cours des autres

⁸⁶⁹ V. les archives du gouvernement sur le site internet gouvernement.fr et l'entrée du 27 novembre 1909 « *Promulgation de la loi Engerand, première loi sur la protection de la maternité* » ; Fabrice CAHEN, « *Le gouvernement des grossesses en France (1920-1970)* », *Rev. Hist. Prot. Soc.*, n°7-1, 2014, pp. 34-57.

⁸⁷⁰ Art. L. 1225-16 du Code du travail, anciennement art. L. 122-25-3 créé par l'article 52 de la loi n°93-121 du 27 janvier 1993 - JORF 30 janvier 1993.

⁸⁷¹ Art. L. 1225-30 à L. 1225-33 du Code du travail.

⁸⁷² Art. L. 1225-17 du Code du travail.

⁸⁷³ Art. L. 1225-21 du Code du travail.

⁸⁷⁴ Art. L. 1225-18 du Code du travail.

⁸⁷⁵ Art. L. 1225-19 du Code du travail.

périodes visées par l’alinéa précité⁸⁷⁶. Cette protection est « relative », car l’employeur pourra rompre le contrat de travail s’il justifie d’une faute grave de l’intéressée, non liée à l’état de grossesse, ou de son impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à la grossesse ou à l’accouchement⁸⁷⁷.

500. Concernant les pères, la loi du 29 décembre 1986⁸⁷⁸ a ajouté à la liste des différents évènements familiaux (mariage, décès ...) pouvant faire l’objet d’un congé, « *trois jours pour chaque naissance survenue à son foyer ou pour l’arrivée d’un enfant placé en vue de son adoption* »⁸⁷⁹. C’est bien plus tard, à l’occasion de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2002⁸⁸⁰, que le législateur a accordé un droit au congé de 11 jours aux pères à l’occasion de la naissance de leur enfant⁸⁸¹ et aux couples adoptants lors de l’adoption de leur enfant⁸⁸². À cette occasion, les motivations de ce droit nouveau sont clairement dirigées vers un rééquilibrage de la vie professionnelle et de la vie familiale des pères, mais également des mères : « l’importance donnée à l’exercice de la fonction parentale et la nécessité d’arriver à une véritable parité parentale ont conduit à la création d’un congé de paternité. La place des pères dans les premiers temps de la vie de l’enfant n’était pas suffisamment reconnue »⁸⁸³. Puisqu’il s’agit d’inciter les pères, le principe de l’indemnisation est acté dès sa création (sans pour autant qu’il soit obligatoire) et le mode de calcul des indemnités journalières du congé paternité est aligné sur celui du congé maternité⁸⁸⁴. Le salarié bénéficie aussi d’une protection contre le licenciement « *pendant les quatre semaines suivant la naissance de son enfant* »⁸⁸⁵.

501. Enfin, le législateur a prévu des dispositions spécifiques dans l’hypothèse de l’adoption d’un enfant aux articles L. 1225-37 et suivants du Code du travail⁸⁸⁶. Ainsi, « *le salarié à qui l’autorité administrative ou tout organisme désigné par voie réglementaire confie un enfant en vue de son adoption a le droit de bénéficier d’un congé d’adoption d’une durée de dix semaines au plus à dater de l’arrivée de l’enfant au foyer. Ce congé peut*

⁸⁷⁶ Gilles AUZERO, Dirk BAUGARD et Emmanuel DOCKÈS, *Droit du travail 2019*, 32e édition, coll. Précis, Dalloz, 2018, p. 1097.

⁸⁷⁷ [Art. L. 1225-4 alinéa 2 du Code du travail.](#)

⁸⁷⁸ [Art. 11 de la loi n°86-1307 du 29 décembre 1986, JORF, 30 décembre 1986.](#)

⁸⁷⁹ Ancien article L. 226-1 devenu [L. 3142-1 du Code du travail.](#)

⁸⁸⁰ [Loi n° 2001-1246 du 21 décembre 2001.](#)

⁸⁸¹ [Art. L. 1225-35 du Code du travail.](#)

⁸⁸² [Art. L. 1225-37 et suivants du Code du travail.](#)

⁸⁸³ V. [Le rapport sur les orientations de la politique de santé et de la sécurité sociale et les objectifs qui déterminent les conditions générales de l’équilibre financier en annexe de la loi.](#)

⁸⁸⁴ [Art. L. 331-8 du Code de la sécurité sociale.](#)

⁸⁸⁵ [Art. L. 1225-4-1 du Code du travail.](#)

⁸⁸⁶ V. [La section 3 : Congé d’adoption du Code du travail.](#)

précéder de sept jours consécutifs, au plus, l'arrivée de l'enfant au foyer »⁸⁸⁷. Le législateur est venu préciser que « *lorsque la durée du congé d'adoption est répartie entre les deux parents, l'adoption d'un enfant par un couple de parents salariés ouvre droit à onze jours supplémentaires de congé d'adoption ou à dix-huit jours en cas d'adoptions multiples* »⁸⁸⁸.

B. Les effets pervers de l'approche différentialiste

502. La prise en considération des obligations familiales et surtout de la maternité, bien que nécessaire, conforte certaines inégalités entre hommes et femmes.

503. D'un point de vue statistique, le maintien de cette politique différentialiste à l'égard de l'accueil du jeune enfant participe à entretenir une répartition déséquilibrée des tâches au sein du couple hétérosexuel. Une étude de 2015 a démontré qu'« en 2010, les femmes effectuent [...] la majorité des tâches ménagères et parentales – respectivement 71% et 65% », mais surtout que « cette inégale répartition montre des résistances à un partage plus égal des tâches »⁸⁸⁹. D'après une étude de l'INED, c'est l'arrivée du premier enfant qui constitue le point de bascule dans cette répartition des tâches, en défaveur des femmes⁸⁹⁰. Ce déséquilibre n'a rien d'étonnant, une fois les onze jours de congé paternité passés, il ne reste que la mère qui puisse réorganiser la vie du foyer suite à l'arrivée de l'enfant : dans la majorité des couples elle devient, du fait de l'indisponibilité plus grande du père, le seul référent pour les rendez-vous chez le pédiatre, pour la crèche, elle devient celle qui connaît les rythmes de l'enfant, ses habitudes et devient donc la plus à même de répondre efficacement à ses besoins. Le déséquilibre causé par les premières semaines passées en tête à tête avec l'enfant participe à créer ces « rapports particuliers entre la femme et son enfant au cours de la période qui fait suite à l'accouchement » qui sont souvent visés par les décisions de justice comme devant faire l'objet d'une protection spécifique⁸⁹¹. Or, ce lien étroit, qui certes peut être naturel, est aussi créé par la force des choses et par la solitude imposée aux jeunes mères pendant les

⁸⁸⁷ [Art. L. 1225-37 du Code du travail.](#)

⁸⁸⁸ [Art. L. 1225-40 du Code du travail.](#)

⁸⁸⁹ Clara CHAMPAGNE, Ariane PAILHÉ et Anne SOLAZ, « Le temps domestique et parental des hommes et des femmes : quels facteurs d'évolutions en 25 ans ? », *Économie et Statistique*, n°478-479-480, 29 octobre 2015, [disponible en ligne sur le site internet de l'INSEE.](#)

⁸⁹⁰ Arnaud RÉGNIER-LOILIER, « L'arrivée d'un enfant modifie-t-elle la répartition des tâches domestiques au sein du couple ? », *Population & Sociétés*, n°461, novembre 2009.

⁸⁹¹ V. CJCE, 12 juillet 1984, *Hofmann*, 184/83, Rec. p. 3047, point 25 ; du 14 juillet 1994, *Webb*, C-32/93, Rec. p. I-3567, point 20 ; du 30 juin 1998, *Brown*, C-394/96, Rec. p. I-4185, point 17, et du 1er février 2005, *Commission/Autriche*, C-203/03, Rec. p. I-935 point 43. Et de la CJUE, du 30 septembre 2010, *Roca Alvarez*, C-104/09, point 27 ; et du 19 septembre 2013, *Betriu Montull*, C-5/12, point 50.

premiers mois suivant la naissance. Si le congé maternité n'est pas une obligation, il est bien souvent nécessaire pour se remettre de l'accouchement ou de la césarienne, des nuits blanches, de la charge de travail supplémentaire qu'un enfant suppose et d'un point de vue logistique, l'absence de solutions de garde suffisantes ou accessibles impose bien souvent à la mère de prendre l'intégralité de son congé, voire d'aller au-delà. Cette surcharge de travail ne s'arrête pas lorsqu'elle reprend son emploi à la suite de son congé maternité, elle conserve la plupart des tâches qu'elle a pris l'habitude de faire, ou, tout du moins, la charge mentale utile à les organiser.

504. D'un point de vue sociologique, ce traitement particulier accordé aux femmes tend à essentialiser leur rôle de mère. Si elles sont les préposées aux jeunes enfants, c'est parce qu'elles ont un « instinct maternel »⁸⁹² dont les pères seraient dépourvus par essence. Si au contraire ces derniers manifestent un intérêt pour s'occuper de leur enfant, alors ils ne sont pas des « hommes » et font l'objet de pressions pour ne pas prendre leur congé paternité, encore moins un congé parental. Si les femmes ont le *syndrome du "baby-blues"* quelque temps après l'accouchement, ce n'est pas une dépression liée à la fatigue, à la panique d'être seule avec un nouveau-né, ce sont les hormones et il n'y a donc rien à faire puisqu'il s'agit là d'une situation « normale ». On en vient donc, par le traitement différentiel à conforter des préjugés et des stéréotypes au lieu de les combattre et permettre à chacune, et à chacun de vivre sa maternité ou sa paternité comme il l'entend.

505. C'est donc, assez logiquement, que les employeurs, outre les désagréments liés à l'organisation du remplacement de la salariée, s'inquiètent de la moins grande « disponibilité » des femmes, particulièrement lorsque celles-ci postulent à un emploi à responsabilités. Il n'est pas rare, lors d'entretien d'embauche, qu'un employeur demande à une candidate si elle est enceinte ou si elle a l'intention de l'être, ou qu'il présume l'affirmative au regard de son âge et en déduise une moins grande disponibilité⁸⁹³. Cela a des

⁸⁹² L'évolution des débats autour de cette question est retracée in Elisabeth BADINTER, *Le conflit: la femme et la mère*, Paris, Librairie générale française, 2015, p. 58-70.

⁸⁹³ La CJCE a reconnu, dans sa décision *Marshall*, préc. note 361, point 29, qu'au regard du préambule de la [Recommandation 84/635/CEE du Conseil du 13 décembre 1984 relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes](#), « il apparaît que, même à qualifications égales, les candidats masculins ont tendance à être promus de préférence aux candidats féminins du fait, notamment, de certains préjugés et idées stéréotypées sur le rôle et les capacités de la femme dans la vie active et de la crainte, par exemple, que les femmes interrompent plus fréquemment leur carrière, que, en raison des tâches ménagères et familiales, elles organisent leur temps de travail de façon moins souple ou qu'elles soient plus fréquemment absentes en raison des grossesses, des naissances et des périodes d'allaitement ».

répercussions sur l'accès des femmes à l'emploi et principalement sur la quotité de travail qui leur sera fournie. En effet, si globalement en France, les taux d'activité des hommes et des femmes se sont considérablement rapprochés, leur écart passant de 31 points en 1975 à 7 points en 2016, en revanche, les écarts des taux d'emploi à temps plein restent importants, particulièrement aux âges de fonder une famille. Globalement, le taux d'activité des femmes en 2016 est de 67,9% et pour les hommes de 75,6%⁸⁹⁴. Cependant, 30% des femmes travaillent à temps partiel, contre seulement 7% des hommes. Cela se traduit par un écart des taux d'emploi en équivalent temps plein de 22,4 points (70,2% de femmes en activité sont à temps plein, contre 92,6% des hommes). Si l'on compare les couples sans enfant et avec enfant, on constate que le fait d'avoir des enfants fait considérablement chuter le nombre de femmes en emploi à temps plein, passant de 73,6% à 66,9% ; alors que pour les hommes, le fait d'avoir des enfants a l'effet inverse puisque leur taux d'emploi à temps complet augmente légèrement de 92,4% à 94 %. L'écart des taux d'emploi à temps complet est donc de 27,1% entre les hommes et les femmes. À noter que plus il y a d'enfants, plus le taux d'emploi des femmes diminue (jusqu'à 56,5% lorsqu'elles ont trois enfants ou plus), alors que pour les hommes le taux augmente encore lorsqu'ils ont deux enfants (94,7%) et diminue à 92,9% quand ils ont trois enfants ou plus⁸⁹⁵. Ainsi, alors que les femmes sont pénalisées à chaque naissance d'un enfant lorsqu'elles souhaitent retourner au travail, les hommes semblent, à l'inverse, gagner en sérieux et en crédibilité aux yeux des employeurs.

506. Outre l'accès à l'emploi, le départ en congé maternité marque bien souvent le point de départ du ralentissement de carrière. La méthode Clerc, présentée précédemment, a permis de démontrer qu'au retour du congé maternité, l'évolution de la rémunération des femmes connaît bien souvent un ralentissement, voire une stagnation⁸⁹⁶, à l'instar de ce que peuvent connaître les salariés ayant une activité syndicale.

507. L'accumulation de ces inégalités participe à l'écart très important qui existe entre les retraites versées aux femmes et celles versées aux hommes. C'est la constatation de tels écarts qui a conduit le législateur français à prendre des mesures différencielles dans l'objectif de

⁸⁹⁴ 28% des femmes de 25 à 49 ans travaillent à temps partiel contre 5,7% des hommes. V. Marc COLLET, Laurence RIOUX, *Scolarité, vie familiale, vie professionnelle, retraite : parcours et inégalités entre femmes et hommes aux différents âges de la vie*, in *Insee Références, Femmes et hommes, l'égalité en question*, 7 mars 2017, p.16.

⁸⁹⁵ L'ensemble de ces chiffres sont disponibles dans les « Tableaux de l'économie française - Édition 2018 », *Collection Insee références*, publié le 27 février 2008 et [disponible en ligne sur le site internet de l'Insee](#).

⁸⁹⁶ HAUTE AUTORITÉ DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS ET POUR L'ÉGALITÉ, *Abécédaire des discriminations : six ans de délibérations de la HALDE*, Paris, la Documentation française, 2011, p. 29-30.

compenser ces inégalités^{897 898}, notamment en octroyant une majoration de durée d'assurance pour les femmes ayant interrompu leur carrière. Mais de telles mesures, profitant seulement aux femmes, ont été jugées par la suite discriminatoires par les juges luxembourgeois à l'occasion de la décision *Griesmar*⁸⁹⁹. Le Conseil d'État a pris acte de cette condamnation de la France, ce qui a poussé le législateur à revoir son dispositif pour y inclure les pères ayant cessé leur activité pour éduquer leurs enfants⁹⁰⁰. Et en définitive, le bilan de l'égalité entre les hommes et les femmes en fin de carrière n'est pas satisfaisant pour nos politiques d'égalité et de rattrapage au moment de la retraite puisqu'à l'heure actuelle, « les différences de carrières professionnelles se traduisent chez les femmes par des départs à la retraite plus tardifs d'un an en moyenne et des pensions de droit direct inférieures de 42 % par rapport aux hommes »⁹⁰¹. On peut dès lors s'interroger sur l'intérêt des mesures différencielles conçues pour rattraper des situations d'inégalité qui créent des discriminations qui devront être stoppées par l'ouverture à tous de la mesure de rattrapage, aboutissant à ce qu'il n'y ait, de fait, plus de rattrapage. En effet, on n'ajoute pas 1 kg de chaque côté d'une balance pour la rééquilibrer. C'est pourquoi une mesure pensée de manière universelle dès le départ semble toujours préférable à une mesure différentialiste qui traiterait les conséquences du traitement inégalitaire ou à une mesure différentialiste qui engendrerait de nouvelles inégalités.

§2 : Rétablir l'universalité de la norme

508. L'approche différentialiste, qui consiste à prendre en considération la différence d'un groupe de personnes par le biais d'une norme qui lui est spécifique, très pratiquée à l'égard

⁸⁹⁷ À l'occasion d'une nouvelle réécriture de l'article L. 351-4 du code de la sécurité sociale en 2010, il était rappelé que par ces dispositions, il « est [...] reconnu par la loi cette réalité sociologique bien établie qu'une femme est désavantagée dans sa vie professionnelle par le simple fait qu'elle est femme et qu'elle est donc susceptible d'avoir des enfants : désavantage à l'embauche, avant même qu'il y ait enfant ; puis désavantage dans le déroulement de la carrière, en termes de salaires et de promotions » : Denis JACQUAT, *Assurance vieillesse, Tome III, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi de financement de la Sécurité sociale pour 2010 pour l'Assemblée nationale*, n°1994, 2009 :

⁸⁹⁸ V. *supra* note 256.

⁸⁹⁹ CJCE, 29 novembre 2001, *J. Griesmar c./ Ministre de l'Economie, des finances et de l'Industrie, ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'Etat et de la Décentralisation*, aff. C-366/99, Rec. I-4471.

⁹⁰⁰ Art. L. 12, du code des pensions civiles et militaires de retraite : « b) Pour chacun de leurs enfants légitimes et de leurs enfants naturels nés antérieurement au 1er janvier 2004, pour chacun de leurs enfants dont l'adoption est antérieure au 1er janvier 2004 et, sous réserve qu'ils aient été élevés pendant neuf ans au moins avant leur vingt et unième anniversaire, pour chacun des autres enfants énumérés au II de l'article L. 18 dont la prise en charge a débuté antérieurement au 1er janvier 2004, les fonctionnaires et militaires bénéficient d'une bonification fixée à un an, qui s'ajoute aux services effectifs, à condition qu'ils aient interrompu ou réduit leur activité dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ».

⁹⁰¹ INSEE, « Tableaux de l'économie française - Édition 2018 », *Collection Insee références*, publié le 27 février 2008.

des femmes, charrie tout un cortège d'idées préconçues sur la différence qui caractérise le groupe ciblé par la mesure. La différence entre les hommes et les femmes n'est pas seulement perçue comme une différence de sexe biologique, de différences phénotypiques ou hormonales, elle est aussi accompagnée d'un grand nombre de représentations en défaveur des femmes : elles sont moins fortes, plus fragiles, elles ont un instinct maternel, etc. Ces représentations sont, ou ont été, retranscrites dans la loi par le biais de mesures protectrices en faveur des femmes, en particulier en droit du travail : les femmes doivent porter des charges moins lourdes que les hommes⁹⁰², elles ne devaient pas travailler de nuit⁹⁰³, elles bénéficient d'un congé bien plus long que celui des pères. Aucune attention n'est prêtée à l'individualité, au fait que certaines femmes sont plus fortes que certains hommes, que certaines veulent mater et d'autres non. C'est en interrogeant la diversité propre à chaque « groupe » que l'on constate que les besoins sont hétérogènes et qu'il n'y a aucun sens à attacher à une caractéristique un besoin particulier. Les questions que posent les parentalités sont un exemple parfait de ce que devrait être le basculement d'une approche différentialiste vers une approche universelle. Si le différentialisme est une étape nécessaire, permettant de mettre en lumière des besoins différents de la norme initialement choisie, son questionnement par le prisme de la diversité (A) aboutit à la nécessité, *in fine*, de revenir à une norme universelle qui cette fois sera plus inclusive (B).

A. Le questionnement du différentialisme par la diversité

509. La solution différentialiste privilégiée pour résoudre le problème de santé publique que posait le travail des femmes pendant leur grossesse, à savoir une mortalité infantile élevée, a pu fonctionner tant que les structures familiales demeuraient calquées sur le modèle institutionnel d'un père, d'une mère et d'une conception naturelle (et légitime) de l'enfant. La multiplication des modes de création d'une cellule familiale (naturelle, adoptive, PMA,...) a obligé, et obligera probablement encore⁹⁰⁴, le législateur à prendre en compte ces différentes

⁹⁰² Art. R. 4541-9 du Code du travail.

⁹⁰³ V. ancien art. L. 213-1 du Code du travail avant sa modification par l'article 17 de la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la Convention n° 89 de l'OIT sur le travail de nuit (femmes) (révisée) de 1948, V. Jacqueline LAUFER, Margaret MARUANI, Rachel SILVERA, Marie-Hélène ZYLBERBERG-HOCQUARD, Marie-Thérèse LANQUETIN, Jennifer BUÉ, Dominique ROUX-ROSSI, Georgette XIMENES et Marie-France BOUTROUE, « Le travail de nuit des femmes », *Trav. Genre Sociétés*, n°5-1, 2001, pp. 135-160.

⁹⁰⁴ On pense notamment aux conséquences résultant de la pratique d'une GPA: CJUE, 18 mars 2014, *C. D. contre S. T.*, n° C-167/12 ; CJUE, 18 mars 2014, *Z. c. A Government Department and the Board of Management of a Community School*, n° C-363/12, V. Françoise MONÉGER, « Gestation pour autrui, congé de maternité et handicap », *RDSS*, 2014, p. 478 : ces deux décisions concernent deux demandes de mères commanditaires dans

voies d'accès à la parentalité. De même que la multiplication des formes de couples (hétérosexuels, gays, lesbiens) ou de familles (« classiques », monoparentales, recomposées, en coparentalité ou pluriparentalité⁹⁰⁵) a obligé le législateur à élargir l'assiette des bénéficiaires des divers congés permettant l'accueil d'un jeune enfant au sein du foyer.

510. La multiplication des formes de couple a conduit le législateur⁹⁰⁶ à mentionner tous les types de lien unissant la mère de l'enfant avec le salarié qui demande à bénéficier d'un congé paternité⁹⁰⁷. Ainsi est expressément visé « *le père salarié ainsi que, le cas échéant, le conjoint salarié de la mère ou la personne salariée liée à elle par un pacte civil de solidarité ou vivant maritalement avec elle bénéficient d'un congé de paternité et d'accueil de l'enfant* »⁹⁰⁸. Alors qu'avant cette réforme, datant de 2012⁹⁰⁹, les juges refusaient que le congé paternité puisse profiter à un autre que le conjoint, qui à cette époque ne pouvait être qu'un homme, les nouvelles formulations des articles L. 1225-35 du Code du travail et L. 331-8 du Code de la sécurité sociale ont permis d'ouvrir considérablement le congé « paternité ». On notera les deux choix différents effectués par le législateur afin d'ouvrir la liste des bénéficiaires, par une énumération des situations permettant de bénéficier du congé, à l'article L. 1225-35 du Code du travail, et une formulation « neutre » à l'article L. 331-8 du Code de la sécurité qui substitue la désignation de « l'assuré » à celle de « père assuré ». La seule difficulté de lecture qui subsiste réside dans la mention du congé « *paternité* » qui sous-entend que seuls les hommes peuvent en bénéficier alors que les termes « conjoint », « personne salariée » peuvent renvoyer à des femmes dans le cadre d'un couple composé de deux femmes. Ce doute n'empêche cependant pas qu'un employeur puisse accorder un congé de

le cadre de GPA visant à bénéficier d'un congé maternité ; mais également de la possibilité de faire bénéficier un père qui accouche d'un congé maternité : ce qui est théoriquement rendu possible par la [loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle \(article 56\)](#) qui autorise une personne à obtenir son changement de sexe à l'état civil sans pour autant avoir achevé sa conversion sexuelle. Cette situation rendrait envisageable, de par la réalité biologique de la grossesse, la mise en place d'un congé maternité pour un homme. V. Delphine THARAUD, « Quelle protection pour le père et/ou le conjoint de la mère ? », *Dr. ouv.*, 2018, p.344.

⁹⁰⁵ Marie CRESP, « La coparentalité ou pluriparentalité : entre réalité sociologique et inexistence juridique », *AJ fam.*, 2018, p. 163.

⁹⁰⁶ [Loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013 \(Article 94\)](#), *JORF* du 18 décembre 2012, p. 19821.

⁹⁰⁷ [Cass. Civ. 2^{ème}, 11 mars 2010, n°09-65.853](#) : « *il résulte des articles L. 331-8 et D. 331-4 du code de la sécurité sociale, que le bénéfice du congé de paternité est ouvert, à raison de l'existence d'un lien de filiation juridique, au père de l'enfant ; que ces textes excluent toute discrimination selon le sexe ou l'orientation sexuelle, et ne portent pas atteinte au droit à une vie familiale* ». V. D. 2010. *AJ*, p. 770, obs. Lavric ; *ibid.*, p. 1394, note Mirkovic ; *JCP*, 2010, n° 607, note Favier ; *AJ fam.*, 2010, p. 184, obs. Chénéde ; *RDT*, 2010, p. 521, obs. Cross-Courtial ; *RDSS*, 2010, p. 534, note Badel ; *RTD civ.*, 2010, p. 315, obs. J. Hauser.

⁹⁰⁸ [Art. L. 1225-35 du Code du travail](#).

⁹⁰⁹ Antérieur à la [loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe](#).

paternité à une femme à l'occasion de la naissance de l'enfant de son épouse⁹¹⁰, pour autant, il est difficile de savoir quelle est la prise en charge réelle par la sécurité sociale des indemnités afférentes à ce congé. Rien, cependant, ne semble s'y opposer en dehors de cette appellation de congé « paternité », puisque le code de la sécurité sociale ne parle que « d'assuré » sans aucune mention du sexe. Le droit de la sécurité sociale a depuis longtemps enclenché un mouvement d'inclusion des différentes formes de couple. L'évolution de l'article L. 161-14 du Code de la sécurité sociale est à ce titre intéressante. En effet, si la conception de l'ayant-droit, circonscrite en premier lieu à la personne vivant « maritalement » avec l'assuré social, a évolué pour englober la personne « qui vit depuis une durée fixée par décret en Conseil d'Etat avec un assuré social, et se trouve à sa charge effective, totale et permanente »⁹¹¹ et celle « liée à un assuré social par un pacte civil de solidarité lorsqu'elle ne peut bénéficier de la qualité d'assuré social à un autre titre »⁹¹², le législateur n'a pas refondu la norme – celle du mariage entre un homme et une femme – mais a pris en compte des situations différentes pour les ajouter au texte, avant de finalement abroger ce dernier lors de la création de la protection universelle maladie (PUMA)⁹¹³. Dans l'hypothèse de la prise en charge du congé de la conjointe de la mère, l'interprétation inclusive a été renforcée par la réforme en faveur du « mariage pour tous », ouvrant ce dernier aux couples de même sexe⁹¹⁴. Comme le remarque Delphine Tharaud, cette loi « s'est doublée de la possibilité de constituer et, par conséquent de protéger, une cellule familiale homoparentale », ce qui constitue une réelle « avancée législative [...], car les juridictions refusaient auparavant à une femme pacsée de faire valoir

⁹¹⁰ L'OBS avec l'AFP, « L'ex-footballeuse Marinette Pichon bientôt en "congé paternité" », *L'OBS*, 5 novembre 2012.

⁹¹¹ Art. 78 de la loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social, *JORF* du 30 janvier 1993 : Gérard BACH-IGNASSE, « Le couple homosexuel face au bailleur, aux créanciers, à la sécurité sociale et à l'administration fiscale », *LPA*, 10 août 1994, n° 95, p. 29 ; Yves SAINT-JOURS, « Le statut social du concubinage », *Dr. soc.*, 1993, p. 138 ; Françoise MONÉGER, *RDSS*, 1993, p. 343. Cet article fait suite au refus de la Cour de cassation de reconnaître la qualité d'ayant droit au concubin homosexuel : *Cass. Soc.* 11 juill. 1989, n° 86-10.665, *Publié au bulletin*, *Bull. civ.* V, n° 515 ; *R.*, 1989, p. 85, concl. Dorwling-Carter ; *D.*, 1990, Jur. 582, note Malaurie ; *D.*, 1990, Somm. 143, obs. Prétot ; *RTD civ.*, 1990, p. 53, obs. Rubellin-Devichi ; *RDSS*, 1990, p. 116, note Harichaux ; *JCP*, 1990, II. 21553, note Meunier.

⁹¹² Art. 7 de la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, *JORF* du 16 novembre 1999 : A. BENOÎT, « Le PACS. Aspect sociaux », *Dr. fam.*, 1999, Hors série « Le pacte civil de solidarité », Chron. 9 ; Y. FAVIER, « Les concubins et leurs droits sociaux », in *Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 241 ; Françoise MONÉGER, « Pacte civil de solidarité (PACS). Aspects sociaux », *JCP N*, 2000, p. 452 ; F.-J. PANSIER, « Aspects sociaux du PACS : présentation synthétique », *Dr. et patr.*, 2000/4, p. 72 ; F. TAQUET, « PACS et sécurité sociale... premières réflexions », *Gaz. Pal.*, n°23-25, juill. 2000, p. 10.

⁹¹³ Art. 59 de la loi n° 2015-1702 du 21 décembre 2015 de financement de la sécurité sociale pour 2016 : Maryse BADEL, « La Sécurité sociale a 70 ans. Vive l'universalisation ! », *Dr. soc.*, 2016, p. 263.

⁹¹⁴ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF* du 18 mai 2013, p. 8253.

ses droits au congé paternité⁹¹⁵ »⁹¹⁶. Ainsi, si le congé paternité reste une formule visant les hommes, il semble que le droit ait bien été ouvert à tous. On peut difficilement considérer qu'une femme qui demanderait un congé à l'occasion de la naissance de l'enfant de sa conjointe, partenaire ou concubine soit admissible à un congé d'accueil de l'enfant, celui-ci visant en principe l'adoption d'un enfant et implique la possibilité d'un partage à égalité de la durée de ce congé, ce que ne permet pas un congé paternité.

511. On en vient à la seconde difficulté que présente le congé paternité, qui elle n'est toujours pas résolue. Sur le plan juridique, si l'acceptation et la reconnaissance de la diversité des couples et des familles ont considérablement progressé, la répartition genrée des « rôles » n'a que très peu été remise en cause pour les couples hétérosexuels. En effet, on constate que la multiplication des congés visant à tenir compte des spécificités de chaque forme de couple et de chaque circonstance entourant l'arrivée de l'enfant a eu pour conséquence de créer des incohérences et inégalités de traitement pour des situations pourtant identiques.

512. On constate, par exemple, qu'un père, dont l'enfant est issue d'une conception naturelle, qui souhaiterait bénéficier d'un congé aussi long que celui dont bénéficie la mère de l'enfant ne le pourrait pas, au contraire du père adoptif qui peut librement fixer avec la mère adoptive la durée de leur congé respectif. Si l'on considère uniquement la situation des pères, à situation comparable, le père adoptif dispose de plus de droits que le père biologique, ce qui pourrait constituer une discrimination en raison de la situation familiale. Cette différence de durée entre père et mère s'explique par la prise en compte de la spécificité de la situation de la mère au regard des impératifs de santé qui découlent de l'accouchement. Cependant, l'argument de la santé ne se justifie que tant qu'il existe une interdiction d'emploi de la femme à la suite de son accouchement. Au-delà, puisqu'elle est en mesure de ne pas utiliser son droit à congé maternité, elle devrait, *a minima*, être dans la possibilité de le transférer, ce qui est rendu difficile de par la formulation sexuée des textes portant sur le congé maternité et son indemnisation. Un autre argument, très largement utilisé par la CJUE, consiste à évoquer le lien particulier qui existe entre la mère et l'enfant. Or, sans aller sur le terrain de la remise en cause de l'existence de ce « lien particulier », absolument rien ne fait obstacle à ce qu'un père puisse en créer un, à condition qu'on lui en donne l'opportunité.

⁹¹⁵ CA Rennes, 30 janv. 2008, *Dr. Fam.* 2008, com. 48, note A. Dever. Sur ces aspects : Kiteri Garcia, « Le droit du travail et la famille », *Dr. soc.* 2009, p. 12.

⁹¹⁶ D. THARAUD, préc., note 904.

513. Ce que les textes ou la jurisprudence sur les raisons d'être de ce congé maternité, sous couvert de raisons de santé et de « lien particulier entre la mère et l'enfant », ne mentionnent guère, c'est qu'ils ont été créés dans un premier temps aussi, pour ne pas dire principalement, dans l'intérêt de l'État soucieux de maintenir un fort taux de conscription, ce qui requiert des enfants en bonne santé⁹¹⁷. Or, sur ce second aspect, l'enfant est celui du couple et les deux parents devraient avoir, l'un comme l'autre, autant de droits que de devoirs. Il n'est pas légitime que la mère, pourtant affaiblie par l'accouchement, et parfois l'allaitement, soit la seule à devoir assumer la prise en charge matérielle de l'arrivée de l'enfant. Le père ne semble, aux yeux des pouvoirs publics, devenir légitime à s'occuper de son enfant qu'en cas de décès de la mère, seule hypothèse où le congé de maternité lui sera transféré dans son intégralité⁹¹⁸. En déniaut au père biologique le droit de s'impliquer autant que la mère, en le reléguant aussi ostensiblement à cette place de « second » parent, le législateur entretient le stéréotype que les enfants sont une affaire de femmes, exclusivement. Il en devient dès lors presque cynique de sanctionner les employeurs qui en tireraient les conséquences lors de recrutement.

B. Le rétablissement d'une norme universelle plus inclusive

514. La solution, universelle et inclusive, qui semble la plus à même de traiter de cette question, a été très bien décrite dans le travail de réécriture du Code du travail proposé par le GR-PACT en réaction à la loi « El Khomri » dont l'adoption visait, du moins dans les discours officiels, à « simplifier et alléger le Code du travail ». La proposition formulée dans cet ouvrage est simple : « l'égalisation des congés maternité et paternité » en calquant « en tout point » le congé paternité sur le congé maternité. Ces deux congés ainsi devenus identiques prendraient dès lors l'appellation de « congé parental » et seraient obligatoires tant pour la mère que pour le père⁹¹⁹. Cette solution aurait le mérite de répartir les risques de départ en congé parental sur les hommes et les femmes lors de l'embauche ; de permettre à

⁹¹⁷ À la suite de la Première Guerre Mondiale, la maternité en devient même « un devoir patriotique pour les femmes » V. Anne COVA, « Où en est l'histoire de la maternité ? », *Clio. Histoire, femmes et sociétés*, n°21, 2005, pp.189-211, §.14. Ou encore, Nathalie CHAMBELLAND-LIÉBAULT, « Les bébés dans le code du travail », *Cah. Jaurès*, vol.165-166, n°3-4, 2002, pp. 23-38, §14: « dès 1913, les rumeurs d'un conflit mondial se précisent. Par conséquent, la nécessité de l'intervention du législateur s'impose, non pas tant en vue de la protection de la femme elle-même, mais plutôt pour protéger la nation tout entière ».

⁹¹⁸ Décret n° 2015-771 du 29 juin 2015 fixant les modalités de bénéfice par le père, le conjoint de la mère ou la personne liée à elle par un pacte civil de solidarité ou vivant maritalement avec elle, de l'indemnisation due à la mère au titre du régime d'assurance maternité, *JORF* du 30 juin 2015, p. 11027.

⁹¹⁹ E. DOCKÈS, préc., note 572, p. 223-232.

certaines hommes d'investir davantage la sphère familiale dès l'arrivée de l'enfant, ce qui permettrait un meilleur équilibre entre vie professionnelle et vie familiale pour les hommes et les femmes et de réduire les stéréotypes liés à la disponibilité moins grande des mères ; de réduire les écarts de rémunérations entre hommes et femmes résultant des interruptions pour cause de maternité et potentiellement contribuer à lever un frein à l'évolution professionnelle des femmes. La formulation neutre du congé permet d'en faire bénéficier tous les parents, quelle que soit la nature de la conception de l'enfant (naturel, PMA, GPA), du sexe de ses deux parents et du lien de filiation (ou son absence) pouvant exister entre chacun d'eux et l'enfant (naturel, adoption).

515. Le caractère obligatoire de ce congé est à notre sens une nécessité, de même que le principe de sa rémunération. Concernant, d'une part, le caractère obligatoire, il permettra d'éviter toute forme de pressions tant extérieures, venant d'un employeur ennuyé par la demande de son salarié qu'il n'envisageait pas de voir partir en congé parental, qu'intérieures, le salarié pouvant trouver un avantage, notamment en termes d'évolution professionnelle, à ne pas prendre ce congé. Quant à la rémunération, d'autre part, elle est la conséquence directe, comme jadis pour le congé maternité, de l'obligation créée. Elle place ainsi les hommes et les femmes sur un pied d'égalité tant au regard de leur rémunération présente que des conséquences de cette dernière sur les droits à la retraite.

516. Ce choix politique est certes coûteux, mais beaucoup plus respectueux de l'égalité entre tous les citoyens, notamment au regard de l'accès à l'emploi, que ne le sont les dispositions diverses et contradictoires de notre droit positif. Si nombreux sont les pays européens à avoir considérablement allongé le congé paternité afin de réduire les inégalités entre hommes et femmes⁹²⁰, un seul, à notre connaissance, se dirige vers un alignement parfait, tant en termes de durée que d'obligation de prise du congé : l'Espagne. En effet, le Congrès des députés a validé une proposition de loi du gouvernement espagnol visant à égaliser les congés maternité et paternité. Cet alignement devrait se faire sur la base de « 112 jours indemnisés à hauteur de 100% à partir de la naissance ou l'adoption d'un enfant »⁹²¹.

⁹²⁰ SÉNAT, *Les congés liés à la naissance d'un enfant*, Étude de législation comparée n° 200, Service des études juridiques, octobre 2009.

⁹²¹ Axel LECLERCQ, « L'Espagne vote l'égalité entre congé maternité et congé paternité », *Positiv*, 10 juillet 2018.

517. Cette méthode a également été introduite par quelques accords collectifs de travail. L'entreprise la plus généreuse en matière de congés parentaux semble être la boutique en ligne Etsy qui, depuis avril 2016, a mis en place un congé parental de 26 semaines rémunérées à 100% pour « tous les parents, sans considération de genre, de pays de résidence ou de situation familiale et que leur famille s'agrandisse par adoption ou accouchement ». L'entreprise explique sa décision par la volonté d'avoir « un congé parental qui soit flexible, ne tienne pas compte du genre des parents et ne renforce aucun stéréotype » et que tous les « individus puissent avoir la même importance dans l'éducation des enfants en tant que parent ou dans le monde du travail ». ⁹²² D'autres initiatives existent ⁹²³, comme celle de l'assureur Aviva qui, depuis 2017, propose un congé de parentalité d'une durée de 10 semaines pour le deuxième parent, quel que soit son sexe ou l'évènement (naissance ou adoption) justifiant la prise de ce congé ⁹²⁴. Si l'initiative est très positive, il ne s'agit pas d'une égalisation puisque, dans le même temps, la femme ayant accouché bénéficie d'une prolongation de 4 semaines de son congé maternité et continue à être identifiée comme étant le « 1^{er} parent ». Le « 2^e parent », quant à lui, n'a aucune obligation de prendre ce congé, ce qui rend les bénéficiaires, majoritairement des hommes, responsables de la perpétuation ou non d'un stéréotype. Cependant, la formulation neutre de ce congé et les conditions pour en bénéficier sont inclusives, notamment pour la communauté LGBT+, ce qui est là aussi très positif. En début d'année 2018, c'était au tour de l'entreprise *Ikea* d'annoncer la mise en place d'un congé parental de cinq semaines pour tous les couples ⁹²⁵.

518. En France, un congé paternité obligatoire et plus long est régulièrement discuté. Promu de longue date par Laurence Parisot ⁹²⁶, ancienne patronne du Medef, cette dernière avait encouragé la commande par Roselyne Bachelot, alors ministre des solidarités, d'un rapport de l'IGAS sur cette question. Le rapport, intitulé « L'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles et familiales dans le monde du travail » ⁹²⁷, a été

⁹²² Juliet GORMAN, « Des familles fortes pour une entreprise solide : le congé parental selon Etsy », *Blog ETSY France*, 21 mai 2016.

⁹²³ Également mise en lumière par D. THARAUD, préc., note 904.

⁹²⁴ V. le communiqué de presse « Naissance, Adoption : Aviva France première entreprise en France à proposer 10 semaines de congés de parentalité à ses salarié.e.s », disponible sur le site internet du groupe, 27 novembre 2017.

⁹²⁵ Paul GUYONNET, « Ikea rallonge le congé paternité de 14 jours pour le porter à 5 semaines pour tous les couples », *Huffington Post*, 13 janvier 2018.

⁹²⁶ V. Magali GADRAT Christophe RADÉ et Caroline DECHRISTÉ, « Commentaire sous l'art. L. 1225-35 », *Mégacode du travail (version numérique)*, Dalloz, 2018.

⁹²⁷ Brigitte GRÉSY, Rapport de l'IGAS sur l'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles et familiales dans le monde du travail, *La Documentation française*, juin 2011, 231p.

rédigé par Brigitte Grésy et remis en juin 2011. Au terme de ce rapport, il était fait la proposition de « créer, en plus d'un congé de maternité de 12 semaines, [d'] un congé d'accueil de l'enfant de 8 semaines, à partager également entre les deux parents, non transférables devant être pris à la suite du congé de maternité, avec un bonus d'une semaine, en cas de prise intégrale de son congé par le père, à prendre indifféremment entre les deux parents jusqu'au un an de l'enfant »⁹²⁸. L'état actuel du droit positif parle de lui-même quant au sort réservé à cette proposition. L'ouvrage est cependant revenu sur le métier de l'IGAS à la demande de Marlène Schiappa, secrétaire d'État chargée de l'égalité entre les femmes et les hommes au sein du gouvernement Philippe. Mais alors que les conclusions de l'IGAS étaient attendues pour juin, c'est le président Macron qui a enterré le principe même d'un alignement des congés paternité et maternité. En effet, alors qu'il discutait devant le Parlement européen de l'idée, proposée dans le cadre d'une directive, de rendre obligatoire le congé paternité et de mieux rémunérer les congés parentaux, le président a jugé ces propositions trop coûteuses en l'état⁹²⁹. C'est finalement une version allégée qui devrait être proposée par les ministres européens en charge de l'emploi et des affaires sociales. Le projet de directive ne prévoit plus de rendre le congé paternité obligatoire et réduit la rémunération initialement envisagée pour le congé parental et sa durée minimale⁹³⁰.

519. Au-delà des déconvenues politiques, si l'on peut tirer un enseignement de cette expérience, c'est que même avec une diversité aussi basique que celle de la différence entre hommes et femmes, les situations qui résultent de cette altérité et des multiples façons de l'appréhender sur le plan social sont si complexes et si nombreuses que seule une norme universelle, pensée de la manière la plus inclusive possible, est en mesure de couvrir le plus grand nombre de situations afin d'éviter d'être discriminatoire. La question du congé paternité et maternité est un exemple manifeste de l'intérêt de la notion de diversité dans la déconstruction de la norme, ici une norme différentialiste, et sa reconstruction autour d'une norme universelle et inclusive. Ce mécanisme de déconstruction et reconstruction s'applique à d'autres situations et d'autres critères, comme nous le verrons plus tard avec la question des convictions religieuses, politiques et philosophiques.

⁹²⁸ *Ibid.* p. 113.

⁹²⁹ « Comment l'Union européenne a reculé sur le congé parental », *Europe1.fr*, 22 juin 2018.

⁹³⁰ Catherine MALLAVAL et Anaïs MORAN, « Congé parental : la France n'incite pas ses pères », *Libération*, 26 juin 2018.

Section 2 : L'obligation d'adapter le travail à la santé des travailleurs

520. La personne est bien souvent appréhendée au regard de sa capacité ou non, à travailler. Le préambule de la Constitution de 1946 distingue à ce titre les personnes qui ont « *le devoir de travailler* »⁹³¹, elles sont la *norme*, et celles qui peuvent bénéficier de la solidarité nationale ou d'une attention particulière en raison de leur fragilité, font l'objet de règles spéciales. Ainsi, la République, « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* »⁹³². Le droit du travail est construit et organisé autour des besoins de ceux que l'on imagine être des personnes « normales », « typiques » : des personnes qui peuvent travailler entre 35 à 48 heures par semaine, de jour, de nuit ou en alternant, avec des horaires flexibles au sein d'une amplitude maximale quotidienne de 13 heures⁹³³, qui n'ont pas besoin de connaître leur planning de travail plus de sept jours à l'avance. La pression les stimule, les injonctions contradictoires les *challengent*, les contraintes en tout genre les poussent à innover. Et puis, il y a les autres, ceux qui ne peuvent pas entrer, ou demeurer trop longtemps, dans ce moule trop étroit, trop exigeant, ceux qui ont besoin « d'aide », ceux qui ont des obligations autres que professionnelles. Ainsi, au lieu de concevoir un droit du travail sur la base d'un modèle large et inclusif, le législateur a préféré raisonner sur la base d'un modèle étroit et traiter ceux qui n'y entrent pas comme des exceptions. L'employeur se trouve dès lors parfois dans l'obligation de tenir compte des règles applicables à ces personnes faisant exception. C'est cependant à tort, à notre sens, que le débat se focalise sur les limites que pourrait connaître l'individu dans la fourniture d'une prestation de travail (§1) alors que l'attention devrait être portée, de manière simultanée, sur les compétences et capacité de l'individu et l'inadaptation de l'entreprise (§2).

⁹³¹ Alinéa 5 du [Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946](#),.

⁹³² *Id.*, alinéa 11.

⁹³³ Que l'on déduit de la durée minimale de repos quotidienne de 11h prévue à l'[article L. 3131-1 du Code du travail](#).

§1 : Une approche stigmatisante des limites des individus

521. L'inaptitude et le handicap sont appréhendés dans le droit français sous un angle médical (A). Cette approche se concentre sur la personne du travailleur et sur ses limites personnelles résultant de sa maladie ou de son handicap, autour desquelles seront centrées les solutions adoptées (B).

A. L'approche médicale de l'inaptitude et du handicap favorisée par le droit du travail

522. La directive 2000/78, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail⁹³⁴, définit les obligations des États membres et des employeurs pour garantir l'égalité de traitement en faveur des personnes handicapées, mais ne pose aucune définition du handicap⁹³⁵. C'est donc la Cour de justice qui a dû intervenir pour en poser une. C'est ce qu'elle a fait dans un arrêt *Chacón Navas* rendu par la Grande Chambre le 11 juillet 2006⁹³⁶. La notion de « handicap » au sens de la directive « doit être entendue comme visant une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle. Toutefois, en utilisant la notion de "handicap" à l'article 1 de ladite directive, le législateur a délibérément choisi un terme qui diffère de celui de "maladie". Une assimilation pure et simple des deux notions est donc exclue » (points 43 et 44).

523. En 2009, l'Union européenne a ratifié la convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées⁹³⁷. L'article 216, paragraphe 2, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), prévoit que les accords conclus par l'Union lient les institutions de l'Union et les États membres⁹³⁸. Par conséquent, la CJUE doit dorénavant interpréter la directive 2000/78/CE et la notion de « handicap » à la lumière de la définition posée par la convention de l'ONU selon laquelle : « par personnes handicapées, on

⁹³⁴ 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°L303 du 2 décembre 2000, p. 0016-0022.

⁹³⁵ V. notamment l'article 5 de la directive précitée relatif aux aménagements raisonnables prévus en faveur des personnes en situation de handicap, sans que ces dernières n'aient été préalablement définies.

⁹³⁶ CJCE, 11 juill. 2006, *Chacón Navas c. Euresit Colectividades SA*, aff. C-13/05, *Rec.* CJCE I-6467, Europe 2006. 275, comm. L. Idot ; D. 2006, p. 2801, Tribune A. Boujeka.

⁹³⁷ Décision du Conseil n°2010/48/CE, du 26 novembre 2009, concernant la conclusion, par la Communauté européenne, de la convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées, *JOUE* du 27 janvier 2010, L23/35, p.32.

⁹³⁸ V. ex. CJUE, 21 déc. 2011, *Air Transport Association of America e.a.*, C-366/10, point 50.

entend des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres » (article 1^{er}), et précise dans un considérant e) que « la notion de handicap évolue et que le handicap résulte de l'interaction entre des personnes présentant des incapacités et les barrières comportementales et environnementales qui font obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres ».

524. En 2013, la CJUE a de nouveau eu l'occasion de se prononcer sur la notion de handicap et en a posé une nouvelle définition. La notion de handicap « *doit être interprétée en ce sens qu'elle inclut un état pathologique causé par une maladie médicalement constatée comme curable ou incurable dès lors que cette maladie entraîne une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs, et que cette limitation est de longue durée. La nature des mesures que doit prendre l'employeur n'est pas déterminante pour considérer que l'état de santé d'une personne relève de cette notion* »⁹³⁹.

525. Les potentielles répercussions de cette nouvelle définition en droit français ont été limitées. En effet, l'[article L.114 du code de l'action sociale et des familles](#)⁹⁴⁰ entendait déjà le handicap comme « *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* ». Le code du travail en revanche a, pour l'heure, une vision plus restrictive, puisque ce dernier définit le travailleur handicapé, à l'[article L. 5213-1](#), comme « *toute personne dont les possibilités d'obtenir ou de conserver un emploi sont effectivement réduites par suite de l'altération d'une ou plusieurs fonctions physique, sensorielle, mentale ou psychique* ». On constate immédiatement que les aspects environnementaux sont écartés de la définition travailliste du handicap.

⁹³⁹ CJUE, 11 avril 2013, *HK Danmark, agissant pour Jette Ring contre Dansk almennyttigt Boligselskab*, C-335/11 et *HK Danmark, agissant pour Lone Skouboe Werge contre Dansk Arbejdsgiverforening agissant pour Pro Display A/S*, C-337/11, point 34 ; *RDSS*, 2013, p.843 obs. H. Rihal et J. Charruau.

⁹⁴⁰ Issu de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, *JORF* du 12 février 2005, p. 2353.

526. Il en est de même lorsque l'on se penche sur la notion d'inaptitude prévue par le Code de la sécurité sociale qui vise « *l'assuré qui n'est pas en mesure de poursuivre l'exercice de son emploi sans nuire gravement à sa santé et qui se trouve définitivement atteint d'une incapacité de travail médicalement constatée, compte tenu de ses aptitudes physiques et mentales à l'exercice d'une activité professionnelle, et dont le taux est fixé par décret en Conseil d'Etat* »⁹⁴¹. Enfin, la prise en charge par la solidarité nationale de l'invalidité des personnes est également éclairante. Celle-ci est fonction de la catégorisation qui leur est attribuée, qui elle-même est définie au regard de la compatibilité du handicap ou de l'état de santé avec le maintien dans l'emploi, apprécié de manière globale. L'[article L. 341-4 du code de la sécurité sociale](#) définit trois niveaux d'invalidité : « *1°) invalides capables d'exercer une activité rémunérée ; 2°) invalides absolument incapables d'exercer une profession quelconque ; 3°) invalides qui, étant absolument incapables d'exercer une profession, sont, en outre, dans l'obligation d'avoir recours à l'assistance d'une tierce personne pour effectuer les actes ordinaires de la vie* ». Les articles [L. 341-1](#) et [R. 341-2](#) du Code de la sécurité sociale posent les conditions permettant à un assuré social de bénéficier d'une pension d'invalidité, à savoir, « *lorsqu'il présente une invalidité réduisant [au moins des 2/3] sa capacité de travail ou de gain, c'est-à-dire le mettant hors d'état de se procurer, dans une profession quelconque, un salaire supérieur [au tiers] de la rémunération normale perçue dans la même région par des travailleurs de la même catégorie, dans la profession qu'il exerçait avant la date de l'interruption de travail suivie d'invalidité ou la date de la constatation médicale de l'invalidité si celle-ci résulte de l'usure prématurée de l'organisme* ».

527. Il existe deux principaux modèles de définition du handicap. Le premier modèle dit « médical » est celui qui « conçoit le handicap comme une caractéristique de la personne. Pour améliorer l'intégration de la personne handicapée, il faut ainsi corriger le problème de la personne »⁹⁴². L'autre, le « modèle social », consiste à percevoir « le handicap comme un problème créé par la société. On considère ainsi que c'est l'environnement qui est inadapté aux différentes formes de handicap »⁹⁴³. Un modèle intermédiaire, dit « biopsychosocial » a été proposé par l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) en 2001 au travers de la

⁹⁴¹ [Art. L351-7 du Code de la sécurité sociale.](#)

⁹⁴² I. BARTH et C. FALCOZ, préc., note 397, p. 53.

⁹⁴³ *Id.*

*classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé (CIF)*⁹⁴⁴. Cette classification propose d'appréhender dans une même définition à la fois les aspects médicaux et sociaux. Partant du principe que toute la population est menacée par les événements concomitants des maladies chroniques et du handicap, il ne saurait y avoir « d'un côté les personnes handicapées, de l'autre celles qui ne le sont pas, mais un ensemble de personnes présentant des incapacités variées qu'il conviendrait de reconnaître »⁹⁴⁵. C'est cette définition de l'OMS qui a inspiré⁹⁴⁶ le législateur, en 2005, à l'[article L. 114 du code de l'action sociale et des familles](#) et indirectement, par l'intermédiaire de la Convention de l'ONU⁹⁴⁷, la CJUE dans les arrêts précités. Cependant, les définitions du handicap ou de l'inaptitude utilisées en droit du travail n'intègrent pas les éléments environnementaux et restent des définitions très médicales, circonscrites à la personne du salarié. Ce choix a des conséquences dans notre façon d'aborder la question de l'intégration ou le maintien dans le milieu de travail des personnes en situation de handicap.

B. Des solutions centrées sur les limites des individus

528. L'obligation d'aménagement raisonnable existe en droit français et européen pour l'accueil des personnes en situation de handicap ou malades. Il peut paraître étrange de lier presque exclusivement le besoin d'aménagement avec la question du handicap et de la maladie. Les aménagements d'horaires, le besoin d'aménagement de l'espace ne sont pas cantonnés au handicap et à la maladie, cela concerne d'autres besoins. Pourtant, pour l'octroi d'une pièce pour l'allaitement, pour l'aménagement d'un temps partiel pour un jeune parent ou un proche aidant, on ne parle pas d'aménagement raisonnable. La terminologie elle-même laisse entendre que c'est là un effort consenti par l'entreprise pour s'adapter au salarié différent. Nul doute que cette obligation d'aménagement raisonnable (1) est une nécessité pour garantir l'accès à l'emploi des personnes en situation de handicap, c'est pourquoi un effort de déconstruction des préjugés est effectué, notamment par le défenseur des droits pour atténuer les stéréotypes et les craintes qu'une telle obligation entraîne. Le traitement qui est fait de la maladie du salarié peut également faire débat. En effet, dans certaines circonstances,

⁹⁴⁴ OMS, *CIF : Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé*, Bibliothèque de l'OMS, Genève, 2001.

⁹⁴⁵ I. BARTH et C. FALCOZ, préc., note 397, p. 53.

⁹⁴⁶ L. JOLY, préc., note 292, p. 6.

⁹⁴⁷ [Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006](#).

on remarque que la procédure d'inaptitude est parfois dévoyée pour protéger un salarié d'un environnement de travail nocif (2).

1. L'obligation d'aménagement raisonnable

529. La notion d'aménagement raisonnable n'a pas été conçue comme étant une dérogation au principe d'égalité de traitement mais plutôt comme étant une garantie de son effectivité⁹⁴⁸ et repose sur « l'idée fondamentale [...] qu'un traitement identique ne permet pas, en toutes circonstances, d'assurer un traitement égal [et qu'] il faut parfois un traitement différencié pour garantir l'égalité entre les personnes »⁹⁴⁹. Cette logique, principalement inspirée du juge strasbourgeois à l'occasion de la décision *Thlimmenos* du 6 avril 2000, est celle qui préside à l'instauration de l'obligation d'aménagement raisonnable qui est faite aux employeurs dans le cadre du recrutement ou du maintien dans l'emploi de salariés en situation de handicap. Pour Laurène Joly, « les mesures d'aménagement raisonnable traduisent à la fois une conception pluraliste de l'égalité puisqu'elles favorisent la reconnaissance de la diversité et une conception individualiste puisqu'elles donnent lieu à des adaptations accordées à des personnes et non aux groupes auxquelles elles appartiennent »⁹⁵⁰. Le handicap fait à ce titre figure d'exception parmi toutes les composantes de la diversité. Si pour la plupart de ces composantes une refonte de l'universalité de la règle est envisageable, pour permettre une véritable intégration dans le monde du travail des personnes en situation de handicap, c'est l'adaptation au niveau individuel, du fait de la très grande diversité des handicaps, qui est nécessaire. La recherche d'une solution englobante semble donc vaine, voire nocive pour concrétiser l'accès aux droits des personnes. C'est pourquoi l'obligation d'aménagement raisonnable est centrée sur le besoin de chaque individu.

530. L'article L. 5213-6 du Code du travail dispose à son premier alinéa qu'« afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, l'employeur prend, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs mentionnés aux 1° à 4° et 9° à 11° de l'article L. 5212-13 d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification,

⁹⁴⁸ V. L. JOLY, préc., note 292, p. 232.

⁹⁴⁹ CEDH, Grde Ch., 6 avril 2000, *Aff. Thlimmenos c. Grèce*, Req. n°34369/97, Rec. 2000-IV.

⁹⁵⁰ L. JOLY, préc., note 292, p. 239.

de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée ».

531. Cette obligation fait immédiatement l'objet d'une atténuation puisque l'alinéa 2 prévoit que « *ces mesures sont prises sous réserve que les charges consécutives à leur mise en œuvre ne soient pas disproportionnées, compte tenu de l'aide prévue à l'article L. 5213-10 qui peuvent compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur* ». Ces dispositions peuvent être interprétées à la lumière de la directive 2000/78/CE sur l'égalité de traitement en matière d'emploi. Ainsi, le préambule de cette directive indique que des mesures appropriées consistent en « *des mesures efficaces et pratiques destinées à aménager le poste de travail en fonction du handicap, par exemple en procédant à un aménagement des locaux ou à une adaptation des équipements, des rythmes de travail, de la répartition des tâches ou de l'offre de moyens de formation ou d'encadrement* »⁹⁵¹, et que pour déterminer si les mesures deviennent une charge disproportionnée, « *il convient de tenir compte notamment des coûts financiers et autres qu'elles impliquent, de la taille et des ressources financières de l'organisation ou de l'entreprise et de la possibilité d'obtenir des fonds publics ou toute autre aide* »⁹⁵². Le défenseur des droits a élaboré un guide à destination des entreprises afin de diffuser cette approche européenne de l'aménagement raisonnable⁹⁵³.

532. Ces efforts d'informations et de déconstruction des préjugés de la part du Défenseur des droits sont très importants car l'obligation d'aménagement raisonnable semble aujourd'hui être encore perçue comme un investissement trop lourd pour les entreprises et ces dernières préfèrent de ce fait payer la contribution due à l'Agefiph, ou recourir autant que possible à la sous-traitance des entreprises adaptées plutôt que de procéder aux aménagements nécessaires. Le ministère du travail encourage même cette démarche puisque la ministre du travail, Muriel Penicaud, a récemment annoncé la création de 40 000 contrats aidés sur 4 ans pour favoriser l'accueil de personnes handicapées en « entreprise adaptée »⁹⁵⁴. C'est là un abandon de l'idée, promue lors de la création du quota de 6%, que les personnes en situation de handicap, dans leur très grande majorité, doivent être intégrées dans le milieu « ordinaire »

⁹⁵¹ Considérant 20 du préambule 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](#), JO n° L 303 du 02/12/2000 p. 0016 – 0022.

⁹⁵² Considérant 21.

⁹⁵³ [Guide : « Emploi des personnes en situation de handicap et aménagement raisonnable »](#), Défenseur des Droits, décembre 2017.

⁹⁵⁴ V. Le [communiqué de presse du Ministère du travail à l'occasion de la « Signature de l'engagement "Cap vers l'entreprise inclusive 2018-2022" »](#), le 12 juillet 2018.

de travail. Mais l'accent est parfois tellement mis sur le handicap de la personne que l'on en oublie qu'avant d'être « handicapée » c'est une personne dotée de compétences et de savoir-faire et que, parfois, le handicap est inutilement mise en avant alors que la situation n'était pas une entrave pour la personne, soit parce que l'entreprise était adaptée, soit parce que la personne exerce un métier compatible avec ses capacités physiques, mentales ou psychiques. Or, la mise en avant systématique de l'affection de la personne aboutit à des situations ubuesques dans lesquelles le gouvernement en vient à promouvoir, comme étant une « bonne » solution, l'octroi d'emplois à la limite de l'incompatibilité médicale et sans tenir compte des possibles évolutions du handicap accompagnant le vieillissement du salarié⁹⁵⁵. Ne serait-il pas plus logique de regarder ce que la personne est capable de faire, sans mise en danger de sa santé, plutôt que de la mettre dans une situation comportant des risques et où elle sera toujours stigmatisée pour son incapacité à être aussi productive que les autres travailleurs, ce qui justifiera son maintien en « entreprise adaptée » ? On assiste aujourd'hui à une forme de promotion de l'« apartheid » professionnel, qui va s'accompagner semble-t-il, également, d'une forme d'« apartheid » dans l'accès au logement puisque le projet de loi ELAN prévoit la diminution du quota de nouveaux logements accessibles aux personnes handicapées de 100% à 10%⁹⁵⁶.

2. *Le dévoiement de la procédure d'inaptitude*

533. L'aménagement raisonnable n'a pas été conçu pour permettre à une personne handicapée de faire ce qu'elle ne peut pas faire, mais de permettre à une personne, au regard des compétences qui sont les siennes, d'exercer une activité sur un pied d'égalité avec les autres salariés en lui donnant les moyens d'y parvenir. Or, l'intégration dans le droit français de l'obligation d'aménagement raisonnable a été réalisée sur le modèle des textes relatifs à l'obligation de reclassement pesant sur l'employeur en cas d'inaptitude d'un salarié reconnue par la médecine du travail. Pour certains auteurs, « la proximité de l'aménagement raisonnable avec ces exigences d'adaptation déjà connues du droit du travail est de nature à faciliter l'incorporation de l'aménagement raisonnable dans le système du droit du travail :

⁹⁵⁵ V. en guise d'illustration la communication du ministère dans une [vidéo « Cap vers l'entreprise inclusive 2018-2022 » publiée sur Dailymotion le jeudi 12 juillet 2018](#), où est mise en avant une personne ayant des problèmes de fragilité musculaire et osseuse du fait d'une maladie génétique, et ne pouvant pas porter de charges trop lourdes, qui obtient, grâce à l'initiative du ministère, un emploi de préparateur de commande...donc où elle devra porter des colis, mais « à son rythme » et dans un milieu bienveillant.

⁹⁵⁶ V. [Le dossier législatif du projet de loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique](#) et plus précisément l'article 18 déjà adopté en 1^{ère} lecture à l'Assemblée Nationale et au Sénat.

avant d'être complètement acclimaté, le concept d'aménagement raisonnable peut, dans un premier temps, être utilisé pour renforcer le droit préexistant, sans nécessiter de changements radicaux »⁹⁵⁷. Mais cette superposition des fondements juridiques de l'obligation de reclassement, qui inclurait l'obligation d'aménagement raisonnable peut aboutir à une certaine confusion tant de la part des juges que des employeurs qui seraient dès lors tenter de ne procéder à l'aménagement raisonnable que dans le cadre d'une procédure pour inaptitude. L'obligation spécifique d'aménagement raisonnable se contenterait dès lors de « renforcer » l'obligation de reclassement⁹⁵⁸. Or, l'aménagement raisonnable avait été initialement conçu pour éviter que la personne ne se trouve dans l'incapacité d'effectuer sa prestation de travail.

534. Mathilde Caron et le Professeur Pierre-Yves Verkindt ont remarqué que « depuis les années 2000, et de manière encore plus perceptible aujourd'hui, le concept d'(in)aptitude a pris une ampleur nouvelle en rapport avec le souci d'une prise en compte grandissante de la santé au travail, au point que parfois il a pu être instrumentalisé pour offrir une réponse au mal-être au travail et aux risques psychosociaux »⁹⁵⁹. Le contentieux du licenciement pour inaptitude ne permet guère aux parties, et jusqu'à peu aux juges prud'homaux⁹⁶⁰, de questionner les motifs de l'inaptitude décidée par le médecin du travail⁹⁶¹. Ainsi, on constate parfois que l'inaptitude « à tout poste dans l'entreprise » résulte de faits de harcèlement et que les juges peuvent considérer que le licenciement est nul du seul fait de l'existence des faits de harcèlement, et sans qu'il soit nécessaire de rechercher si l'employeur a satisfait ou non à son obligation de reclassement du fait de l'absence de demande de réintégration de la part du

⁹⁵⁷ Aude LEJEUNE, Joël HUBIN, Julie RINGELHEIM, Sophie ROBIN-OLIVIER, Frédéric SCHOENAERS et Hélène YAZDANPANAH, *Handicap et aménagements raisonnables au travail: Importation et usages d'une catégorie juridique en France et en Belgique*, Mission de recherche Droit et Justice, CERAPS, Université de Lille, 2017, p. 47.

⁹⁵⁸ V. *Id.*

⁹⁵⁹ Mathilde CARON et Pierre-Yves VERKINDT, « Inaptitude, invalidité, handicap : l'image du "manque" en droit social », *RDSS*, 2011, p. 862.

⁹⁶⁰ Depuis le 1^{er} janvier 2017, le conseil des prud'hommes est compétent pour statuer sur les litiges relatifs aux avis d'inaptitude, aux propositions, conclusions écrites ou indications émises par le médecin du travail. Le CPH statue « en la forme des référés » (art. L. 4624-7, R. 1455-12 et R. 4624-45 du code du travail). L'article 8 de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail est venu aménager les mesures d'instruction nécessaires « en substituant à la désignation du médecin-expert la possibilité pour le CPH de saisir le médecin-inspecteur du travail territorialement compétent pour l'éclairer sur les questions de fait relevant de sa compétence » : V. « Contestations de l'avis d'inaptitude du médecin du travail : le médecin-inspecteur du travail remplacera le médecin-expert à compter du 1er janvier 2018 », *Revue Fiduciaire Social*, actualité du 18 décembre 2017.

⁹⁶¹ V. un avis d'aptitude avec une réserve tout à fait improbable (et xénophobe) puisque le médecin du travail avait jugé la personne apte à reprendre son poste sous réserve de ne pas être mise en contact avec « les gens du voyage » dans *Cass. Soc. 26 avril 2017, 14.29-089, FS-P+B : Dalloz actualité, 10 mai 2017, obs. Peyronnet; D. 2017. Actu. 1050 ; RJS 7/2017, n°457 ; JS Lamy 2017, n°434-2, obs. Hautefort ; SSL 2017, n°1768, p. 13, obs. Champeaux ; Lexbase Hebdo édition sociale n°698 du 11 mai 2017, n°N8093BWN, obs. Adam.*

salarié⁹⁶². Il est quelque peu déroutant de lire qu'un salarié est « *inapte à tout poste dans l'entreprise dans le contexte organisationnel actuel* ». Une telle affirmation laisse clairement apparaître que c'est l'entreprise qui est inadaptée et non pas le salarié. Or, c'est bien le salarié qui est marqué du sceau de l'inaptitude. Il apparaît qu'« un management sévère, stressant, une pénibilité ressentie trop importante, sont des facteurs qui incitent le médecin du travail à utiliser le concept d'inaptitude dans une appréciation générale des conditions matérielles, psychologiques et relationnelles du travail et non plus à propos du poste en particulier »⁹⁶³.

535. On remarque également que lorsqu'un employeur omet de mettre en œuvre les aménagements nécessaires pour qu'une salariée en situation de handicap (en l'espèce malentendante) puisse travailler normalement au sein de l'entreprise (en l'espèce achat d'un téléphone adapté), la situation peut également aboutir en un licenciement pour inaptitude qui sera jugé discriminatoire *in fine* du fait de l'absence d'aménagement raisonnable mis en place par l'employeur⁹⁶⁴. Parfois, le refus d'aménagement se meut en harcèlement discriminatoire à l'encontre du salarié nécessitant une adaptation de son poste en raison de son état de santé ou de son handicap⁹⁶⁵.

536. Marie-Christine Soula relève que « le concept de l'inaptitude a été subverti pour aider à la sortie de l'entreprise des salariés en difficulté »⁹⁶⁶. Pour Mathilde Caron et Pierre-Yves Verkindt, cela peut être un mal pour un bien, puisqu'ils remarquent que « cette "subversion" enrichit le concept d'inaptitude de manière extensive en déplaçant le regard sur le poste qui devient insupportable moins en raison de ses caractéristiques propres que pour des raisons qui lui sont extérieures »⁹⁶⁷. Mais lorsqu'un médecin constate que le problème ne vient pas de la personne, mais bien de l'entreprise, ne serait-ce pas à cette dernière d'être jugée « inadaptée » plutôt que le salarié ?

⁹⁶² [Cour d'appel de Basse-Terre, 25 septembre 2017, 16/00347.](#)

⁹⁶³ M. CARON et P.-Y. VERKINDT, préc., note 959.

⁹⁶⁴ CPH Paris, 5 juillet 2018, n° RG F 15/13122, *Mme. M c/ SAS Elior First Maintenance Company* ; relaté dans [Le Monde en date du 21 juillet 2018, « Une filiale du groupe Elior condamnée pour discrimination ».](#)

⁹⁶⁵ V. [Décision du Défenseur des droits du 4 décembre 2015 MLD/2015-304.](#)

⁹⁶⁶ Marie-Christine Soula, in Sylvie BOURGEOT, Michel BLATMAN, *L'état de santé du salarié : de la préservation de la santé à la protection de l'emploi*, Ed. Liaisons, 2e éd. 2009, pp. 395-396.

⁹⁶⁷ M. CARON et P.-Y. VERKINDT, préc., note 959.

§2 : L'incapacité relative de l'individu face à une entreprise inadaptée

537. Depuis quelques années, l'accent est mis sur la nécessité de promouvoir la santé au travail. Il s'agit là d'un objectif exigeant et que l'on redécouvre peu à peu. Introduit en 1946 par l'OMS, la santé est définie comme « un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité »⁹⁶⁸. La poursuite d'un tel objectif rebat considérablement les cartes concernant les questions d'aptitude ou non du salarié au travail. L'entreprise, et le travail effectué en son sein, ainsi que les salariés, deviennent en quelque sorte tous les sujets de cette approche. Il ne s'agit plus seulement de savoir si le salarié est apte à faire le travail, il s'agit de savoir si le travail, l'environnement et les méthodes de travail sont adaptées aux salariés. Dans une telle approche, la prévention des risques est essentielle. Pour autant, l'employeur n'est pas seul, et l'État joue un rôle important dans l'accompagnement dans l'emploi des personnes les plus fragiles. Ainsi au-delà d'un effort de certaines entreprises en faveur d'un objectif de santé au travail pour l'ensemble des salariés (A), la responsabilité est collective pour garantir le droit à l'emploi des personnes malades ou se trouvant en situation de handicap. Les coûts qui en découlent sont donc logiquement répartis : sur la solidarité nationale, d'une part, et l'entreprise, d'autre part (B).

A. Un objectif de santé au travail pour tous les salariés

538. On a vu précédemment que l'inaptitude n'est plus seulement la résultante de la maladie du salarié ou de ses limites personnelles, elle est aussi la conséquence d'un management agressif, de mauvaises conditions de travail ou d'un poste de travail inadapté au travailleur. Dans ces conditions, on ne peut que rappeler l'un des principes généraux de prévention introduits en droit du travail au début des années 90⁹⁶⁹ selon lequel l'employeur a l'obligation d' « *adapter le travail à l'homme, en particulier en ce qui concerne la conception des postes de travail ainsi que le choix des équipements de travail et des méthodes de travail et de production, en vue notamment de limiter le travail monotone et le travail cadencé et de réduire les effets de ceux-ci sur la santé* »⁹⁷⁰. Chercher à adapter le travail à tous les hommes

⁹⁶⁸ Conférence internationale de la Santé, New York, 19 juin au 22 juillet 1946.

⁹⁶⁹ Art. 1 de la [loi n° 91-1414 du 31 décembre 1991 modifiant le code du travail et le code de la santé publique en vue de favoriser la prévention des risques professionnels et portant transposition de directives européennes relatives à la santé et à la sécurité du travail](#), *JORF* 7 janvier 1992, créant l'art. L. 230-2 du Code du travail.

⁹⁷⁰ Art. L. 4121-2 du Code du travail.

et femmes suppose au préalable d'identifier leurs besoins particuliers, ce que le droit semble avoir largement fait, puis de rechercher des règles universelles qui puissent être plus inclusives (1). Non seulement, des règles plus universelles peuvent être source d'inclusion, mais elles peuvent très largement permettre d'améliorer les conditions de travail de tous les travailleurs. En effet, la prise en compte des faiblesses des uns peut servir de prévention des défaillances des autres (2).

1. Adapter le travail à tous les hommes et toutes les femmes

539. Bien des moyens permettant de prendre en considération les particularités des uns et des autres peuvent être regroupés sous une obligation générale d'adaptation du travail à tous les profils de travailleur.

540. L'expression d'aménagement raisonnable est un exemple. Principalement invoquée au sujet de l'emploi des personnes handicapées ou de la gestion du fait religieux dans l'entreprise, alors qu'en réalité les aménagements « raisonnables » concernent un éventail beaucoup plus large de situations dans lesquelles les employeurs doivent s'accommoder des contraintes de leurs salariés. Ces aménagements concernent le temps de travail, pour les parents de jeunes enfants⁹⁷¹, les proches aidants⁹⁷² ou les travailleurs âgés de plus de 55 ans⁹⁷³, ou concernent une modification de l'espace comme pour les femmes qui allaitent dans les entreprises de plus de cent salariés avec la mise en place d'un local dédié⁹⁷⁴, ou pour l'accueil des travailleurs et clients en fauteuil roulant ou équipés de poussette. Il ne serait pas inutile de mettre en évidence, dans la loi, ce caractère transversal de l'aménagement raisonnable de manière à déconstruire les stéréotypes l'assimilant au seul besoin de mise en accessibilité d'un bâtiment pour l'accueil de personnes à mobilité réduite.

541. Le caractère indéfectible de certaines caractéristiques personnelles pouvant nécessiter ce type d'aménagements, telles que le sexe, la parentalité, l'âge, le handicap ou l'état de santé, plaide pour que ce soit davantage à l'employeur de s'adapter aux hommes et aux femmes que

⁹⁷¹ Art. L. 1225-47 et suivants du Code du travail.

⁹⁷² Art. L. 3142-16 et suivants du Code du travail.

⁹⁷³ Convention collective nationale des centres immatriculés de conditionnement, de commercialisation et de transformation des œufs et des industries en produits d'œufs du 10 mai 1999. Etendue par arrêté du 2 août 1999 *JORF* 10 août 1999 - Accord du 20 janvier 2010 relatif à l'emploi des seniors, Art. 2.4.

⁹⁷⁴ Art. L. 1225-32 du Code du travail.

l'inverse. Certains de ces critères étant évolutifs⁹⁷⁵, ou pouvant apparaître et disparaître dans la vie de n'importe quel travailleur, il ne s'agit pas d'une adaptation au cas par cas qu'il est nécessaire de mettre en œuvre, mais bien de faire évoluer le cadre général pour permettre l'intégration du plus grand nombre : abaissement de la durée du travail⁹⁷⁶, emploi du temps prévisible⁹⁷⁷, etc.

542. Il convient d'être particulièrement vigilant lorsque l'on adopte des mesures spécifiques car ces dernières peuvent avoir des effets pervers, notamment en confortant des stéréotypes. Il est régulièrement mis en avant par exemple que pour maintenir les seniors dans l'emploi, on peut leur confier le soin de former les jeunes travailleurs, dans une logique de transfert des compétences et de savoir-faire d'une génération vers la suivante⁹⁷⁸. C'est là un bon moyen de valoriser l'expérience des plus anciens, mais « pourquoi serait-ce entre un "travailleur vieillissant" dont on ne veut pas perdre les connaissances et un "jeune" ? »⁹⁷⁹. Un jeune, de par sa formation initiale, ou bien du fait de son entrée précoce dans l'entreprise, peut avoir plus d'expérience ou des connaissances plus actualisées que celles d'un travailleur plus âgé. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, tout n'est pas qu'une « question de mots » ; certes ces derniers sont importants car « derrière eux se cachent des préjugés, parfois à peine dissimulés, qui stratifient les représentations et freinent l'expression des compétences individuelles et collectives », mais cette approche « stratifiée » se traduit aussi dans les politiques publiques par des contrats aidés pour les moins de 30 ans, pour les plus de 50 ans, etc., ce qui contribue à créer des effets de seuils et d'aubaine en plus d'être stigmatisant⁹⁸⁰.

⁹⁷⁵ V. par exemple l'accord intergénérationnelle couvrant la période 2018-2020 de Eurodisney, signé le 17 novembre 2017, qui organise dès 45 ans la transition et l'accompagnement vers une reconversion professionnelle, de diminution du temps de travail à partir de 57 ans et enfin un bilan de santé personnalisé à partir de l'âge de 60 ans dans une optique de prévention in *Liaisons sociales quotidien*, actualité n°17492, vendredi 19 janvier 2018, p.3.

⁹⁷⁶ Pour permettre une meilleure conciliation entre vie professionnelle et vie privée/familiale, prévenir l'épuisement professionnel ou le *burn-out*, répartir le travail sur un plus grand nombre de personne pour permettre leur entrée (jeune) ou maintien dans le monde du travail (senior).

⁹⁷⁷ Pour l'organisation de la vie de famille, pour la prise de rendez-vous médicaux sans être contraint de demander un jour de congé, etc.

⁹⁷⁸ V. par exemple les « [contrats de génération](#) » conclus avant le 23 septembre 2017 : ces contrats prévoient une aide financière pour les entreprises de moins de 300 salariés qui recrutent un jeune en CDI et maintiennent ou recrutent un salarié expérimenté.

⁹⁷⁹ I. BARTH et C. FALCOZ, préc., note 397, p. 88.

⁹⁸⁰ *Id.*, p. 77 et 84.

2. *L'amélioration de la prévention*

543. Les travailleurs, même les mieux portants, ont tous vocation à vieillir, sont tous exposés à la maladie à différents niveaux, peuvent tous devenir parents, avoir un accident les plaçant à leur tour dans une situation de handicap ou subir des conditions de travail difficile. En déplaçant le curseur des exigences en matière d'adaptation des postes de travail afin de satisfaire les besoins des personnes les plus fragiles, l'employeur contribue à prévenir l'usure des corps. Par exemple, la mise en place d'un poste de travail informatisé conçu de manière ergonomique, pour soulager une personne souffrant de maux de dos, pourrait, si ce type d'installation était généralisé, prévenir le développement de tels maux chez les autres salariés. Il en est de même pour l'utilisation de certains filtres ou le port de lunette de repos pour prévenir les troubles de la vision liés à l'utilisation prolongée des écrans.

544. Au-delà d'une généralisation de certains aménagements qui serait profitable à tous les travailleurs, porter un autre regard sur les maladies ou inaptitudes affectant certains salariés, notamment quand les causes sont environnementales, serait un bon moyen d'alerter sur les conditions de travail au sein d'une entreprise. Une récente expérimentation menée par l'Assurance Maladie nous semble à ce sujet très intéressante. Cette expérimentation consiste à alerter les grandes entreprises sur la base de deux éléments : d'une part, leur taux d'absentéisme élevé en comparaison des autres entreprises du secteur et, d'autre part, en leur révélant certains motifs d'absence pouvant avoir des causes environnementales. L'Assurance Maladie est venue rassurer sur le fait que « les données statistiques partagées (...) sont évidemment anonymes, et elles sont agrégées [...] sur des motifs génériques »⁹⁸¹ tels que les « troubles musculo-squelettiques (TMS), les lombalgies (même si elles peuvent relever d'un TMS), et ceux liés aux risques psychosociaux (RPS) »⁹⁸². Les autres motifs d'arrêt, plus susceptibles de trahir le secret médical, ne sont pas révélés aux employeurs. De plus, toujours dans un souci de préservation du secret médical, seules les entreprises de plus de 200 salariés sont concernées par l'expérimentation. Le traitement de ces données n'a pas eu à faire l'objet d'une autorisation de la CNIL mais d'une simple déclaration de conformité du fait de la nature publique de l'Assurance Maladie. L'ensemble des données sont analysées par les médecins conseils et les Caisses de retraite et santé au travail (CARSAT) et l'Assurance

⁹⁸¹ L'EXPRESS L'ENTREPRISE, « La Sécu livre aux entreprises les motifs d'arrêt maladie : c'est grave, docteur ? », 29 janvier 2018.

⁹⁸² L'EXPRESS L'ENTREPRISE, « La Sécu dévoile à des employeurs les motifs d'arrêt de travail de leurs salariés », 24 janvier 2018.

Maladie a assuré « qu'il n'est pas possible, même de manière indirecte, de tracer les personnes », ce qui semble avoir convaincu les partenaires sociaux sollicités dans le cadre de cette expérimentation⁹⁸³.

545. Une telle expérimentation est intéressante car elle permet de mettre en évidence l'aspect collectif de certaines atteintes à la santé. Lorsque ces dernières sont la conséquence d'un harcèlement moral managérial ou organisationnel⁹⁸⁴, les premières victimes sont généralement les salariés pouvant être isolés par l'une de leurs caractéristiques personnelles, ce que la création d'une notion spécifique de harcèlement discriminatoire révèle⁹⁸⁵. Non seulement le dénombrement de personnes exposées à des formes de harcèlement permettra de donner l'alerte sur le caractère systémique du harcèlement, ce qui sera profitable à tous, mais cela aura aussi pour intérêt de donner aux salariés qui n'auraient pas supporté la pression un nouveau moyen de preuve, statistique, pour faire valoir leurs droits devant les juges prud'homaux. Ainsi, les informations communiquées par l'Assurance Maladie mériteraient d'être transmises non seulement aux syndicats⁹⁸⁶ mais également à tous les salariés dont l'état de santé aura permis de mettre en lumière les conditions de travail au sein d'une entreprise. L'intervention de l'Assurance Maladie dans le contentieux du harcèlement serait un appui très important pour les salariés victimes, soit par la communication aux parties d'un rapport, soit par la communication d'une délibération, comme peut le faire le Défenseur des droits.

546. Un tel soutien de l'Assurance Maladie finirait de parachever l'évolution constatée par certains auteurs de « la notion d'inaptitude [qui] tend à sortir du carcan d'une appréciation individuelle et donc d'une réponse individuelle au profit d'une action collective des institutions, notamment des services de santé au travail. Le droit d'alerte collective du

⁹⁸³ *Id.*

⁹⁸⁴ V. sur cette notion : CA Paris, 11 oct. 2007 : P. Adam, « Harcèlement moral (managérial), dénonciation d'actes répréhensibles par le salarié et réaction patronale », *Dr. ouv.*, janvier 2008, p. 7 ; puis Cass. soc., 10 novembre 2009, n° 07-45.321, FS-P+B : *Bull. civ.* V, n° 247, *Dalloz actualité*, 23 nov. 2009, obs. S. Maillard ; *D.*, 2010, p. 672, obs. O. Leclerc, E. Peskine, J. Porta, L. Camaji, A. Fabre, I. Odoul Asorey, T. Pasquier et G. Borenfreund ; *Dr. soc.*, 2010, p. 109, obs. C. Radé ; *RDT*, 2010, p. 39, obs. F. Géa ; Cass. Soc. 3 févr. 2010, n° 08-44.107, *inédit* ; Cass. Soc. 27 oct. 2010, n° 09-42.488, *inédit* ; Cass. Soc. 19 janv. 2011, n° 09-67.463, *inédit* ; Cass. Soc. 1^{er} mars 2011, n° 09-69.616, publié au bulletin : *D.*, 2011, Actu. p. 1978 ; Cass. Soc. 17 janv. 2013, n° 11-24.696, *inédit* ; Cass. Soc. 19 juin 2013, n° 12-18.850 à 12-18.854, *inédit* ; Cass. Soc. 7 mai 2014, n° 13-11.038, *inédit* ; Cass. Soc. 21 mai 2014, n° 13-16.341, *inédit* ; V. Patrice ADAM, *Rép. Trav.*, Harcèlement moral, n° 86 ; Patrice ADAM, « La figure juridique du harcèlement moral managérial », *Sem. soc. Lamy*, 7 mars 2011, n° 1482, p. 4.

⁹⁸⁵ Art. 1, al. 3 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. Art. 2, alinéa 3 de la directive 2000/43/CE ; art. 2 alinéa 3 de la directive 2000/78/CE.

⁹⁸⁶ Ce qui semble être le cas dans le cadre de cette expérimentation réalisée avec l'assentiment des syndicats des entreprises concernées.

médecin du travail prévu dans la réforme de la médecine du travail⁹⁸⁷ en est, selon nous, un signe fort »⁹⁸⁸.

B. Une responsabilité collective perceptible à travers la répartition des coûts d'aménagement raisonnable

547. De même que pour l'augmentation sensible des droits à congé à l'occasion de l'arrivée d'un enfant, permettre l'adaptation du milieu de travail et l'amélioration des conditions de travail représente un coût important et donc un choix politique, soit au sein de l'entreprise, soit au sein de la collectivité nationale. C'est sur la répartition de ces coûts qu'il convient à présent de s'attarder.

548. La distinction entre les sphères éducative et professionnelle peut ici être mobilisée efficacement. En effet, l'un des premiers freins à l'insertion professionnelle des personnes en situation de handicap, mais cela vaut également pour les personnes ayant un ou des enfants à charge par exemple, est qu'elles n'ont pas un accès égal à la formation, initiale ou continue⁹⁸⁹, soit du fait de structures inadaptées, ou de l'absence de services susceptibles de leur permettre de suivre des études (assistant personnel, crèche, etc.) dans de bonnes conditions. Or, les emplois qualifiés sont ceux qui permettent davantage d'exercer une activité compatible⁹⁹⁰ avec un grand nombre de handicaps (principalement physiques et sensoriels), d'avoir des horaires plus souples ou de recourir au télétravail. Cette compatibilité est importante puisqu'elle permet de réduire le nombre et parfois le coût des aménagements nécessaires au sein de l'entreprise. En effet, il convient de rappeler qu'il n'appartient pas aux employeurs de pallier les manquements de l'État, que ce soit en les obligeant à fournir au salarié un poste nécessitant une formation totalement différente de la sienne⁹⁹¹, en lui imposant d'assurer la formation initiale du salarié⁹⁹² ou une formation dépassant le niveau de l'obligation de

⁹⁸⁷ V. art. 2 de la loi n° 2011-867 du 20 juillet 2011 relative à l'organisation de la médecine du travail, aujourd'hui codifié à l'article L. 4624-9 du Code du travail depuis la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, puis modifié par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 - art. 4 : « lorsque le médecin du travail constate la présence d'un risque pour la santé des travailleurs, il propose par un écrit motivé et circonstancié des mesures visant à la préserver ».

⁹⁸⁸ M. CARON et P.-Y. VERKINDT, préc., note 959.

⁹⁸⁹ I. BARTH et C. FALCOZ, préc., note 250, pp. 60-70.

⁹⁹⁰ *Id.*, p. 60.

⁹⁹¹ Cass. soc., 7 avril 2004, n° 01-44.191, *Publié au bulletin* : D., 2004, p. 1352 ; *Dr. soc.*, 2004, p. 670, obs. Couturier

⁹⁹² Cass. soc., 3 avril 2001, n° 99-42.188, *Publié au bulletin* : D., 2001, Somm., p. 2170, obs. Bouillou ; *RJS*, 2001, p. 506, n° 731 ; *JS Lamy*, 2001, n° 79-3

formation et d'adaptation qui leur incombe⁹⁹³. Il existe donc déjà une ligne de démarcation très nette entre ce qui relève de la responsabilité des employeurs et ce qui relève de celle de l'État, que l'on perçoit dans l'appréciation, par les juges, du caractère proportionné ou non des aménagements requis.

549. Du point de vue de la prise en charge, il apparaît assez nettement que celle-ci est déjà à l'heure actuelle très partagée. Il existe, d'une part, des aides pour réaliser « *les travaux de mise aux normes des établissements recevant du public et la sûreté des entreprises* »⁹⁹⁴. Mais plus spécifiquement pour ce qui concerne le droit du travail, il existe les aides versées par l'Agefiph. Cette dernière récolte les contributions financières des entreprises ne pouvant pas ou n'ayant pas satisfait à l'obligation d'embaucher des personnes en situation de handicap dans le cadre du quota de 6%, et ces fonds permettent de financer les travaux ou les équipements nécessaires dans le cadre de l'obligation d'aménagement raisonnable des postes de travail des entreprises qui embauchent des personnes en situation de handicap. Enfin, la personne elle-même peut bénéficier d'aides qui lui permettront de s'équiper tant pour sa vie personnelle que pour sa vie professionnelle⁹⁹⁵. En effet, en principe, l'employeur doit également trouver des solutions pour permettre à la personne de venir sur son lieu de travail⁹⁹⁶, cela peut se faire par exemple en lui permettant d'acheter un véhicule adapté, en lui fournissant une tablette pour lire et écrire en braille à l'ordinateur. Un tel équipement peut être utilisé par la personne dans sa vie personnelle, c'est pourquoi elle peut bénéficier d'aides à titre personnel qui seront déduites des aides versées par l'Agefiph et l'employeur faisant le complément⁹⁹⁷.

⁹⁹³ Cass. soc., 17 mars 2015, n° 13-26.698, *Inédit*.

⁹⁹⁴ Par exemple : art. L. 750-1-1 du Code de commerce.

⁹⁹⁵ *Guide* : « *Emploi des personnes en situation de handicap et aménagement raisonnable* », Défenseur des Droits, décembre 2017, p. 60.

⁹⁹⁶ *Id.* pp.57-58.

⁹⁹⁷ V. par exemple l'accord de Thales en faveur des salariés en situation de handicap qui prévoit une compensation financière de 1 400 euros à l'acquisition d'équipements individuels (fauteuil roulant, prothèses, orthèses) » et poursuit sa démarche handi-accueillante (norme AFNOR X 50-783), in *Liaisons sociales quotidien*, 17496, jeudi 25 janvier 2018, p.3.

Conclusion chapitre 1

550. L'absence ou la disparition de certaines catégories de personnes au sein d'une structure est de nature à alerter sur l'environnement de travail subi par l'ensemble des travailleurs. Elle peut être le symptôme d'un management agressif ou d'exposition à des produits ou conditions de travail dangereuses. Ainsi, l'augmentation des arrêts maladies, la multiplication des licenciements pour inaptitude, peuvent être le signe de conditions de travail trop difficiles pour la santé mentale ou pour les corps. La disparition d'une catégorie de personne, les femmes, les personnes racisées, peut indiquer une situation de harcèlement discriminatoire en raison du sexisme ou du racisme s'exprimant sur le lieu de travail. La disparition de la diversité est un indicateur de mauvaise santé de l'entreprise, comme la disparition de certaines espèces dans le règne animal et végétal qui permettent de diagnostiquer l'état de leur environnement : la santé des truites dans les réservoirs d'eau indique sa potabilité ; le chant des rossignols dans les mines de charbon sur la teneur de l'air en grisou (méthane)...⁹⁹⁸

551. En définitive, on constate que la prise en compte de la différence pendant une certaine durée, suffisamment longue pour qu'il devienne impensable de revenir en arrière (ce qui semble être le cas pour le congé maternité par exemple), peut être suivi d'une période d'élargissement de ces droits (congé paternité au mari, puis au concubin, puis à la femme, congé d'adoption...) ouvrant ainsi la voie à une nouvelle universalité, plus inclusive (congé parental pour tous). Ce mécanisme d'universalisation des normes, par la prise en compte de la diversité, ne vaut pas que pour la prise en compte des besoins et des fragilités des travailleurs, il vaut également, peut-être même plus encore, pour la prise en compte de leurs choix individuels.

⁹⁹⁸ LECOINTRE G., LE GUYADER H., Classification phylogénétique du vivant (3e édition). *Belin Science édition*. Cahier de l'IFB, « Quels indicateurs pour la gestion de la biodiversité ? », *Harold Levrel*, 2007, [disponible sur le site internet du CNRS](#).

Chapitre 2 : La gestion égalitaire des libertés individuelles dans l'entreprise

552. L'article L. 1121-1 du code du travail dispose que « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ». Par cet article le législateur a reconnu que les libertés individuelles peuvent s'exercer sur le lieu de travail, malgré l'état de subordination du salarié à l'égard de son employeur, mais – et c'est là toute l'ambivalence⁹⁹⁹ de cette règle – elle a également légitimé les restrictions pouvant être apportées par l'employeur à ces libertés. La formulation très générale de cet article a donné aux juges une latitude importante dans l'appréciation de la proportionnalité – ou non – des atteintes portées par l'employeur aux libertés de ses salariés. Il ne sera question dans ce chapitre que des libertés reconnues constitutionnellement et pouvant, de ce fait, faire jeu égal avec la liberté d'entreprendre. En effet, des libertés non constitutionnellement garanties peuvent être plus facilement restreindre par le pouvoir patronal¹⁰⁰⁰.

553. Parmi les libertés individuelle pouvant trouver à s'exercer au sein de l'entreprise, la liberté religieuse est sans nulle doute celle autour de laquelle se cristallisent les tensions et les besoins d'encadrement (§1). Pourtant, cette liberté est loin d'être la seule dont l'exercice peut empiéter sur l'activité professionnelle. Il conviendrait donc de rompre avec la crispation qu'engendre les questions religieuses en mettant sur un pied d'égalité l'ensemble des libertés devant être conciliées avec la liberté d'entreprendre (Section 2).

Section 1 : La cristallisation des débats autour de la liberté religieuse

554. La gestion du fait religieux dans l'entreprise a toujours été un sujet délicat (§1). Non pas qu'il s'agisse d'un contentieux quantitativement important, mais parce qu'il est généralement très médiatisé. Chaque décision est très largement commentée, par la doctrine bien évidemment, mais également par la presse non spécialisée. Chaque décision est

⁹⁹⁹ Alain SUPIOT, « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.*, n°6 juin 1990, pp.485-492.

¹⁰⁰⁰ On pensera notamment à la liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu de travail qui n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales : *Cass., Soc., 28 mai 2003, n° 02-40.273* : *Dr. soc.*, 2003, p. 809, note Waquet ; *D.* 2003, p. 2718, note Guiomard ; *ibid.*, 2004., Somm., p. 176, obs. Pousson ; *GADT*, 4e éd., n° 69 ; *RJS* 2003, p. 664, n° 975 (port d'un bermuda au bureau). Cependant, en l'absence de contact avec la clientèle, l'employeur ne peut imposer le port d'un uniforme aux salariés : *Cass., Soc. 3 juin 2009, n°08-40.346* : *D.*, 2010, Pan., p. 342, obs. Khodri ; *RDT*, 2009, p. 656, obs. Robin ; *RJS*, 2009, p. 619, n° 683.

également presque systématiquement infirmée par une autre Cour. Ainsi, sur une même affaire ou sur des affaires similaires, la Cour de cassation (dont la chambre sociale et l'Assemblée plénière ont rendu des décisions contradictoires), la CJUE, la CEDH ont des opinions différentes, et voilà qu'aujourd'hui le Comité des droits de l'homme (ONU) exprime également ses divergences sur la question. On constate que la jurisprudence européenne, indépendamment du caractère légitime ou non de la restriction qui relève du contrôle de proportionnalité, met l'accent sur le caractère égalitaire de la mesure contestée (§2).

§1 : Une gestion délicate du fait religieux dans l'entreprise

555. Face aux difficultés que pose la gestion individuelle du fait religieux (A), du fait notamment de l'impossibilité pour l'employeur de questionner les salariés sur leur foi sans faire intrusion dans leur vie privée, les entreprises privilégient une gestion collective par le biais du règlement intérieur ou d'accord collectif (B).

A. La gestion individuelle du fait religieux

556. La gestion du fait religieux en droit du travail est étroitement dépendante du contrat. Le Professeur Jean Savatier a pu rappeler que « l'une des libertés fondamentales de la personne est celle de s'engager contractuellement. Elle ne peut en user qu'en limitant les choix qui s'offraient à elle au titre de ses autres libertés. Elle ne peut, par exemple, s'engager à un travail au service d'un employeur sans renoncer partiellement à consacrer son temps à des activités de loisirs, ou à user pendant le travail de sa liberté d'aller et venir à des lieux de son choix »¹⁰⁰¹. Si le salarié a négocié dans le cadre de son contrat de travail la possibilité de bénéficier d'un aménagement d'horaire, de porter certains vêtements, de bénéficier de menus de substitution à la cantine de l'entreprise, l'employeur ne peut lui refuser le bénéfice de l'aménagement, puisque celui-ci a été contractuellement convenu. En l'absence de « clause expresse », l'employeur, en revanche, n'est pas tenu de procéder à un aménagement et peut exiger du salarié qu'il exécute la tâche pour laquelle il a été recruté. Ce fut la solution retenue à l'occasion d'une affaire opposant un employeur à un salarié musulman affecté au rayon boucherie et qui refusait de manipuler la viande de porc au motif qu'il n'avait pas été averti au moment de son recrutement de la possibilité d'être affecté à cette tâche particulière. La Cour

¹⁰⁰¹ Jean SAVATIER, « Liberté religieuse et relations de travail », dans *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle - Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2001, p. 529 à la page 457.

de cassation, contredisant les juges d'appel, a estimé que le salarié ne pouvait opposer sa religion à l'employeur dans l'optique de refuser d'exécuter le travail pour lequel il a été embauché, y compris lorsque le contrat de travail est exécuté dans un « territoire voué à l'Islam » et que le salarié bénéficie d'un statut personnel¹⁰⁰². Dans son appréciation du bien-fondé du refus de l'employeur d'accorder au salarié un aménagement en cours d'exécution du contrat, le juge français semble prendre en considération, au moins indirectement, le fait qu'au moment de l'embauche le salarié ait ou non révélé spontanément à l'employeur ses convictions religieuses¹⁰⁰³. Les changements dans les habitudes du salarié, en matière d'expression religieuse, plaident généralement en faveur de l'employeur¹⁰⁰⁴, alors qu'à l'inverse lorsqu'il n'y a eu aucune variation depuis l'embauche, l'employeur peut plus difficilement restreindre l'expression de la religiosité du salarié¹⁰⁰⁵. Cette position place l'employeur à la croisée de deux injonctions contradictoires : il n'est pas autorisé à demander à un salarié lors de son embauche quelle est sa religion et l'absence d'aménagement peut être interprétée comme étant contraire au principe de non-discrimination¹⁰⁰⁶. Les juges européens sont, sur ce point, beaucoup plus clairs puisqu'ils imposent au salarié de révéler sa religion pour pouvoir prétendre à des aménagements tenant compte de ses impératifs religieux¹⁰⁰⁷.

B. La gestion collective du fait religieux

557. Le traitement au cas par cas peut devenir une difficulté juridique si l'employeur ne fait pas preuve de la même bienveillance ou sévérité à l'égard de toutes les religions, voire à l'égard de tous les salariés souhaitant mieux concilier leur activité professionnelle avec une

¹⁰⁰² V. [Cass., Soc., 24 mars 1998, n°95-44.738, BC](#), V, n°171 ; *Dr. soc.* 1998, p. 614, note Savatier. À noter que ces expressions malheureuses avaient été utilisées par le tribunal d'appel de Mamoudzou alors qu'il existait encore une justice cadiale, ce qui a évolué avec la départementalisation de Mayotte en 2011.

¹⁰⁰³ V. pour une étude détaillée de cette question : Maïlys COUFFIN-KAHN, « La place des convictions religieuses du salarié lors de l'exécution de son contrat de travail », *Droit ouv.*, 1999, p.228.

¹⁰⁰⁴ CA Saint-Denis de La Réunion, 9 septembre 1997, n° 97/703306, *RDT civ.*, 1999, p. 62, obs. Hauser : la « cour d'appel a admis le licenciement d'une salariée qui avait réitéré son refus, malgré les instructions patronales, d'adopter une tenue conforme à l'image de l'entreprise (un magasin de vêtements féminins) et qui avait persisté à adopter une tenue "la couvrant de la tête aux pieds". La salariée refusait, plus précisément, de reprendre le style vestimentaire qu'elle arborait lors de son embauche », V. *Id.*, p. 1156.

¹⁰⁰⁵ [Cass. soc., 22 novembre 2017, n° 13-19.855, FP-P+B+R+I](#) : P. Adam, « Discrimination, liberté et religion de Luxembourg à Paris : voyage aller-détour », *Sem. soc. Lamy*, n° 1792, 2017 ; Ch. Radé, « Port du voile et neutralité dans l'entreprise : le client n'est pas roi ! », *Lexbase*, Hebdo édition sociale n°722 du 7 décembre 2017 ; M. Peyronnet, « Licenciement discriminatoire d'une salariée voilée en l'absence de clause de neutralité dans le règlement intérieur », *Dalloz actualité*, 30 nov. 2017 ; J. Mouly, « Le voile dans l'entreprise et les clauses de neutralité : les enseignements de la CJUE "traduits" en droit interne par la Cour de cassation », *D.* 2018. 218, et les obs., note J. Mouly ; *ibid.* 190, chron. F. Ducloz, F. Salomon et N. Sabotier ; *RDT* 2017. 797, obs. M. Miné. Cet arrêt faisant suite à la décision [CJUE, 14 mars 2017, Bougnaoui et ADDH c/ Micropole SA., Aff. C-188/15](#).

¹⁰⁰⁶ V. [CEDH, 6 avril 2000, Thlimmenos c./ Grèce, n°34369/97](#).

¹⁰⁰⁷ M. COUFFIN-KAHN, préc., note 1003.

autre liberté (associative, politique...), car alors la discrimination en raison des convictions sera évidente. C'est pourquoi le fait religieux est souvent géré par l'employeur de manière collective. Il usera pour cela des outils ordinaires mis à sa disposition : règlement intérieur et/ou accords collectifs. Sur les questions religieuses, les accords collectifs sont généralement utilisés pour étendre les droits des salariés. Ils consistent à autoriser les absences de certains salariés lors de certaines fêtes religieuses non-chrétiennes, à s'engager à ne pas discriminer et garantir un environnement inclusif. Il s'agit bien souvent d'un petit volet au sein des accords diversité, lorsqu'il est effectivement présent. L'usage du règlement intérieur fait nettement plus débat dans la mesure où ce dernier est généralement prévu pour encadrer, voire limiter l'expression religieuse, notamment vestimentaire, sur le lieu de travail. Le non-respect du règlement intérieur pouvant légitimer une sanction disciplinaire, il est logique que ce soit cette forme d'encadrement qui fasse l'objet d'un contentieux.

558. L'illustration la plus marquante en droit français, concernant l'utilisation du règlement intérieur, a été fournie par l'affaire *Baby-Loup* dont la conclusion a été donnée le 25 juin 2014 par un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation¹⁰⁰⁸. Cette décision a apporté une réponse à une question qui a largement dépassé la sphère juridique pour devenir un débat politique et sociétal sur la place de la religion dans la société française et, plus particulièrement, dans le monde du travail. Après un congé maternité, suivi d'un congé parental, une salariée a repris son travail, de directrice adjointe de la crèche, couverte d'un foulard islamique (hijab). Cette tenue entrant en contradiction avec une clause du règlement intérieur, l'employeur a décidé de mettre à pied la salariée, après qu'elle a refusé de s'y conformer, et de la licencier pour faute grave. En l'espèce, le règlement de l'association, tel qu'amendé en 2003, disposait que « *le principe de la liberté de conscience et de religion de chacun des membres du personnel ne peut faire obstacle au respect des principes de laïcité et de neutralité qui s'appliquent dans l'exercice de l'ensemble des activités développées, tant dans les locaux de la crèche ou ses annexes qu'en accompagnement extérieur des enfants confiés à la crèche* ». La juridiction prud'homale, saisie par la salariée s'estimant victime de discrimination, jugea que le licenciement était justifié en raison de l'applicabilité du principe de laïcité aux crèches de droit privé qui participent à une mission de service public¹⁰⁰⁹. La

¹⁰⁰⁸ Cass., Ass. plén., 25 juin 2014, n°13-28.369, FP-P+B+R+I : D. 2014. Actu., p. 1386 ; RDT, 2014, p. 607, note Adam ; Dr. soc. 2014, p. 811 ; RJS, 2014/10, n°667 ; JCP, 2014, p. 36, obs. Corrigan-Carsin ; JCP S, 2014, p.1287, obs. Bossu ; Lexbase, la lettre juridique n°577 du 3 juillet 2014, obs. Willmann.

¹⁰⁰⁹ Cons. prud'h. Mantes-la-jolie, 13 déc. 2010, n° 10/00587, D., 2011, p. 85 ; *ibid.*, 2012, p. 901, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Dr. soc., 2011, p. 779, note H. Boualili ; RDT, 2011, p. 182, obs. P. Adam.

cour d'appel de Versailles, bien que s'écartant de la motivation des conseillers prud'homaux, a validé le licenciement en estimant que les restrictions apportées par le règlement intérieur aux droits et libertés des salariés étaient justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché¹⁰¹⁰. La chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 19 mars 2013, relègue clairement l'applicabilité du principe de laïcité aux agents des établissements publics ou privés assumant une mission de service public et considère que la clause du règlement intérieur, « *instaurant une restriction générale et imprécise, ne répondait pas aux exigences de l'article L. 1321-3 du code du travail et que le licenciement, prononcé pour un motif discriminatoire, était nul* »¹⁰¹¹. L'affaire fut donc renvoyée devant la cour d'appel de Paris qui, dans un arrêt du 27 novembre 2013, prononça une solution divergente qui aura pour conséquence d'amener cette affaire devant l'assemblée plénière. La cour d'appel de renvoi a, en effet, jugé le licenciement de la salariée justifié, d'une part, en estimant que l'association revêtait le caractère d'une entreprise de « conviction » et pouvait à ce titre restreindre les droits et libertés individuelles de ses salariés entrant en contradiction avec sa propre philosophie et, d'autre part, parce que le règlement édictait une restriction justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché¹⁰¹². L'assemblée plénière décide de donner raison à la cour d'appel de renvoi pour ce qui concerne l'appréciation de la clause du règlement intérieur, désavouant ainsi partiellement la chambre sociale. Le licenciement de la salariée ayant refusé de retirer son voile islamique, conformément à l'obligation de neutralité prévue par le règlement intérieur de la crèche, est justifié. Tout d'abord, la Cour rappelle qu'« *il résulte de la combinaison des articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du code du travail que les restrictions à la liberté du salarié de manifester ses convictions religieuses doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché* ». Après avoir rappelé la formulation de la clause du

¹⁰¹⁰ [CA Versailles, 11e ch., 27 oct. 2011, n° 10/05642, D., 2012, 901, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Dr. soc., 2011, p. 1186, note F. Gaudu ; RD publ. 2012, p. 1585, note Brice-Delajoux ; P. Adam, « La crèche et \(l'\)au-delà », Sem. soc. Lamy, 28 nov. 2011, n° 1515, p. 10.](#)

¹⁰¹¹ [Cass. Soc. 19 mars 2013, n° 11-28.845, Bull. civ. V, n° 76 ; Dalloz actualité, 27 mars 2013, obs. M. Peyronnet ; AJDA, 2013, p. 1069, note J.-D. Dreyfus ; D., 2013, p. 962 ; ibid., p. 761, édito. F. Rome ; ibid., p. 956, avis B. Aldigé ; ibid., p. 963, note J. Mouly ; ibid., p. 1026, obs. P. Lokiec et J. Porta ; ibid., 2014, p. 1115, obs. P. Lokiec et J. Porta ; AJCT, 2013, p. 306, obs. J. Ficara ; Dr. soc., 2013, p. 388, étude E. Dockès ; ibid., 2014, p. 100, étude Fleur Laronze ; RDT, 2013, p. 385, étude P. Adam ; ibid., 2014, p. 94, étude G. Calvès ; RJS 5/13, n° 346 ; JS Lamy 2013, n° 342-2, obs. J.-P. Lhernould ; JCP S, 2013, n° 1146 \[2e esp.\], note B. Bossu ; G. Calvès, « La chambre sociale de la Cour de Cassation face à l'affaire Baby Loup. Trois leçons de droit, et un silence assourdissant », *Respublica*, 21 mars 2013 ; R. Schwartz, « La laïcité paradoxalement consacrée », *Sem. soc. Lamy* 2013, n° 1577, p. 8 ; I. Desbarats, « Affaire Baby Loup : laïcité fragilisée ou liberté religieuse renforcée ? », *JCP S*, 2013, n° 29, p. 1297.](#)

¹⁰¹² [CA Paris, 27 nov. 2013, n° 13/02981, Dalloz actualité, 28 nov. 2013, obs. M. Peyronnet ; D. 2014, 65, note J. Mouly ; AJCT, 2014, p. 63, obs. J.-D. Dreyfus ; Dr. soc., 2014, p. 4, étude J.-E. Ray ; ibid., p. 100, étude Fleur Laronze ; J.-F. Akandji-Kombe, « La valse Baby-Loup, troisième temps : la laïcité dans l'entreprise privée à droit forcé », *Cah. soc.*, 1er févr. 2014, n° 260, p. 90.](#)

règlement intérieur, l'assemblée plénière estime que la cour d'appel de renvoi « *a pu en déduire, appréciant de manière concrète les conditions de fonctionnement d'une association de dimension réduite, employant seulement dix-huit salariés, qui étaient ou pouvaient être en relation directe avec les enfants et leurs parents, que 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* ». C'est donc par un contrôle restreint que l'assemblée plénière décide de valider l'appréciation du règlement intérieur effectuée par la cour d'appel de Paris. Elle privilégie, à cette occasion, une méthode contraire à celle utilisée par la chambre sociale dans son arrêt de 2013 qui avait choisi une interprétation *in abstracto* de la clause du règlement intérieur. L'appréciation de la généralité et de la précision de la clause du règlement intérieur devra donc, à l'avenir, se faire *in concreto*, c'est-à-dire au regard de la taille de l'entreprise, de la similitude des tâches effectuées par l'ensemble des salariés, voire compte tenu de l'objet même de l'activité. Cette approche est intéressante car elle permettra à l'avenir de tenir compte du contexte dans lequel le règlement intérieur est rédigé et permettra surtout de rechercher l'intention de l'employeur lors de sa rédaction. Il deviendra alors plus délicat de lui reprocher d'être trop « général » lorsque, *de facto*, la règle édictée par le règlement visera une situation dans laquelle tous les salariés peuvent potentiellement se retrouver à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. En l'espèce, si tous les salariés n'étaient pas assistants maternels, tous pouvaient être en contact avec les enfants et leurs parents, notamment en raison de la taille de l'entreprise. Sans grande surprise, la nature de l'activité est également en mesure de jouer un rôle important dans la justification d'une restriction aux libertés individuelles. On peut remarquer à ce titre que la Cour vise les salariés se trouvant en contact avec « les enfants » et « leurs parents », ce qui laisse supposer que l'idée (développée par le procureur général François Falletti à l'occasion de l'arrêt de renvoi, reprise par le procureur général J.-C. Marin à l'occasion de cet arrêt d'assemblée plénière) selon laquelle il faut respecter la liberté de pensée, de conscience et de religion « *à construire pour chaque enfant* »¹⁰¹³ et éviter toute ingérence dans les choix éducatifs des parents a fait son chemin. Cette solution toute en nuances n'aura pas pour effet de bouleverser les pratiques de la chambre sociale, seulement d'assouplir une méthode d'appréciation des dispositions du règlement intérieur jusqu'ici peut être un peu « déconnectée » de la réalité de l'entreprise dans laquelle il s'applique. Les défenseurs des « chartes de la laïcité » en

¹⁰¹³ [Art. 14 de la Convention de New-York relatif aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989.](#)

entreprise devront donc y réfléchir à deux fois avant d’instaurer une interdiction des signes religieux car l’assemblée plénière est loin d’avoir reconnu la toute-puissance du pouvoir patronal dans la gestion du fait religieux. Au terme de son argumentation, l’assemblée plénière en déduit néanmoins que le licenciement pour faute grave de la salariée est justifié « *par son refus d’accéder aux demandes licites de son employeur de s’abstenir de porter son voile et par les insubordinations répétées et caractérisées décrites dans la lettre de licenciement et rendant impossible la poursuite du contrat de travail* ». La solution a laissé en suspens la question de la gravité de la sanction disciplinaire pouvant être retenue pour le seul refus de se conformer au règlement intérieur apportant une restriction à une liberté individuelle puisqu’en l’espèce, c’est la combinaison de deux éléments fautifs qui semble avoir permis de légitimer le licenciement pour faute grave. Cette décision d’assemblée plénière fait pour l’instant figure d’épilogue en ce qui concerne la procédure devant les tribunaux français. On aurait pu croire qu’elle se poursuivrait devant les Cours européennes, mais la salariée leur aura préféré le Comité des droits de l’Homme des Nations Unies qui a rendu son avis le 10 août 2018. Dans cet avis, le Comité estime que « *les faits qui lui ont été présentés font apparaître une violation des articles 18 et 26 du Pacte [international relatif aux droits civils et politiques]* »¹⁰¹⁴. Il retient notamment l’existence d’une discrimination intersectionnelle combinant les motifs de la religion et du sexe de la salariée. En effet, le Comité remarque que la salariée « *a été licenciée sans indemnité de rupture parce qu’elle portait un foulard, sans qui lui soit donné une justification satisfaisante sur comment ce foulard l’empêchait de mener à bien ses fonctions et sans évaluer la proportionnalité de cette mesure* ». Il en déduit que « *l’État n’a pas suffisamment étayé la façon dont le licenciement de l’auteure en raison du port du voile avait un but légitime ou était proportionné à ce but* » et en conséquence que « *le licenciement de l’auteure basé sur le règlement intérieur de la crèche qui prévoit une obligation de neutralité du personnel dans l’exercice de ses tâches, et sur le Code du travail, ne reposait pas sur un critère raisonnable et objectif et constitue donc une discrimination inter-sectionnelle basée sur le genre et la religion, en violation de l’article 26 du Pacte* »¹⁰¹⁵. À la suite de cette intervention du Comité, le premier président de la Cour de cassation, Bertrand Louvel, a indiqué, lors de son allocution de rentrée, prendre acte de l’interpellation du Comité qui « a constaté que notre assemblée plénière elle-même avait

¹⁰¹⁴ Comité des droits de l’homme des Nations Unies, Constatations adoptées par le Comité en vertu du Protocole facultatif se rapportant au Pacte concernant la communication n° 2662/2015 rendues le 10 août 2018, §9 : [obs. Stéphanie Hennette Vauchez, « Pour une lecture dialogique du droit international des droits humains. Remarques sur les constatations du Comité des droits de l’Homme dans l’affaire Baby Loup, et quelques réactions qu’elles ont suscitées », La Revue des droits de l’homme, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 05 septembre 2018.](#)

¹⁰¹⁵ *Id.*

méconnu des droits fondamentaux reconnus par le Pacte international des droits civils et politiques dans l'affaire connue sous le nom de *Baby Loup* »¹⁰¹⁶ et qu'il faudrait à l'avenir que la Cour compose avec les décisions – parfois contradictoires – qui déstabilisent la jurisprudence et viennent « perturber, aux yeux des juges du fond, le rôle unificateur de notre Cour »¹⁰¹⁷. La tâche sera en effet ardue, car la jurisprudence européenne semble prendre une toute autre direction en privilégiant le caractère égalitaire des mesures restreignant les libertés individuelles des salariés, quitte à fortement restreindre ces dernières par souci d'égalité.

§2 : Une gestion égalitaire de la liberté religieuse promue par le juge européen

559. En 2015, la Cour de cassation avait à décider du caractère discriminatoire – ou non – du licenciement d'une salariée prononcé en raison du refus de cette dernière de retirer son voile islamique après qu'un client a dit à son employeur au sujet de sa prochaine intervention : « *Pas de voile la prochaine fois !* ». La chambre sociale avait alors choisi de porter le débat au niveau européen en transmettant à la CJUE la question préjudicielle suivante : « *Les dispositions de l'article 4 §1 de la directive 78/2000/CE doivent-elles être interprétées en ce sens que constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, le souhait d'un client d'une société de conseils informatiques de ne plus voir les prestations de service informatiques de cette société assurées par une salariée, ingénieur d'études, portant un foulard islamique ?* »¹⁰¹⁸.

560. La CJUE pouvait tout aussi bien considérer que répondre à une demande discriminatoire d'un client est discriminatoire, ou bien, au contraire, que satisfaire ce client est dans l'intérêt de l'entreprise et prime sur l'exercice de la liberté religieuse. On ne s'attendait guère à ce qu'elle statue en faveur de ces deux solutions ! C'est pourtant la position adoptée par la Cour de Justice au travers de deux décisions en date du 14 mars 2017, l'une concernant

¹⁰¹⁶ « Discours de Monsieur Bertrand Louvel, premier président de la Cour de cassation et de Monsieur Philippe Ingall-Montagnier, doyen des premiers avocats généraux », Audience d'installation du 3 septembre 2018.

¹⁰¹⁷ *Id.*

¹⁰¹⁸ Cass. Soc. 9 avr. 2015, 13-19.855 : *Dalloz actualité*, 22 avr. 2015, obs. Peyronnet ; *D.*, 2015, Actu., p. 870 ; *RDT*, 2015, p. 405, obs. Miné ; *Dr. soc.*, 2015, p. 648, note Wolmark ; *JS Lamy*, 2015, n° 388-2, obs. Tissandier ; *RJS*, 6/2015, n° 386.

la question préjudicielle précipitée, l'autre répond à une question similaire des juridictions belges¹⁰¹⁹.

561. La réponse à la question préjudicielle française ne souffre aucune ambiguïté : « l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, doit être interprété en ce sens que la volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits d'un client de ne plus voir les services dudit employeur assurés par une travailleuse portant un foulard islamique ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de cette disposition ». Elle explique que l'exigence professionnelle essentielle et déterminante susceptible de justifier une discrimination directe ne saurait être appréciée de manière subjective au regard des préjugés de la clientèle, mais au contraire de manière objective au regard de l'activité exercée¹⁰²⁰. La solution est heureuse, car une solution inverse consistant à « admettre les exigences des clients, des salariés, comme fait justificatif [aurait conduit] à accepter la propagation et la répétition des préjugés¹⁰²¹ »¹⁰²², voire à les anticiper. C'est au contraire le devoir de tous, et des juges en l'espèce, de détecter et stopper la prolifération des discriminations systémiques. En effet « une société démocratique saine a besoin de tolérer et soutenir le pluralisme et la diversité »¹⁰²³. La salariée aurait donc dû obtenir dans cette situation le soutien de son employeur, une situation qui n'aurait d'ailleurs sûrement pas nécessité une question préjudicielle si les remarques du client avaient porté sur le sexe ou la couleur de peau de la salariée.

562. Si la solution est favorable à cette salariée, elle ne saurait s'arrêter là au risque de nuire à l'embauche futur des femmes de type maghrébine. En effet, l'employeur est placé dans une situation difficile du fait de l'interdiction qui lui est faite de répercuter la discrimination dont il serait victime par ricochet s'il perdait un client parce qu'il emploie une salariée musulmane, sur la victime directe, qui est la salariée en question. S'il soutient sa

¹⁰¹⁹ Pour la question préjudicielle française : CJUE, 14 mars 2017, *Bougnaoui et ADDH c/ Micropole SA.*, Aff. C-188/15 et pour la question belge portant sur un cas similaire à l'affaire *Baby Loup* : CJUE, 14 mars 2017, *Samira Achbita c/ G4S Secure Solutions NV*, aff. C-157/15.

¹⁰²⁰ CJUE, 14 mars 2017, *Bougnaoui et ADDH c/ Micropole SA.*, Aff. C-188/15, point 40.

¹⁰²¹ CEDH, 27 sept. 1999, *Smith et Grady c/ Royaume-Uni et Lustig-Prean-Beckett c/ Royaume-Uni*, n° 33985/96 : *RTD civ.*, 1999, p. 917, obs. J.-P. Marguénaud. V. égal. CEDH, 3 oct. 2013, *I.B. c. Grèce*, n° 552/10, spéc. point 87 ; *AJDA*, 2014, p. 147, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *D.*, 2014, p. 1115, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *RDT*, 2014, p. 120, obs. M. Miné.

¹⁰²² Cyril WOLMARK, « Le foulard dans l'entreprise - La CJUE invitée dans le débat », *Dr. soc.*, 2015, p. 648.

¹⁰²³ CEDH, 15 janv. 2013, *Eweida c/ Royaume-Uni*, n° 48420/10 59482/10 et 36516/10, point 94.

salariée face au client, voire le dénonce aux autorités, il perd le client. S'il remplace la salariée ou la licenciée, il commet une discrimination. Plus pernicieux encore, si la CJUE s'était contentée de poser cette interdiction sans offrir à l'employeur une réponse à ce « dilemme »¹⁰²⁴, le risque aurait été que certains employeurs, de peur de se retrouver dans une situation similaire, n'embauchent plus de personnes de confession musulmane, ou qu'ils suspecteraient être de confession musulmane, aggravant dès lors les difficultés d'accès à l'emploi des personnes d'origine maghrébine ou portant un prénom ou un nom de la même origine... On aurait donc laissé s'ancrer plus durablement dans l'esprit de certains employeurs qu'embaucher une femme d'origine maghrébine constitue un « risque » pour l'entreprise, de la même manière que les femmes portent en elles un « risque » de maternité.

563. La CJUE a donc ménagé une sortie de « crise » très favorable aux employeurs : la possibilité d'imposer une obligation de neutralité vestimentaire dans le règlement intérieur de l'entreprise. Bien que cette possibilité de prévoir dans le règlement intérieur une obligation de neutralité soit invoquée dans l'arrêt *Bougnaoui et ADDH c. Micropole S.A.*, c'est dans l'affaire belge que les juges luxembourgeois ont développé le mécanisme de cette possibilité offerte à l'employeur.

564. Cette seconde décision¹⁰²⁵ opposait une réceptionniste à son employeur. Cette dernière ne portait pas le voile lors de son embauche, mais trois ans plus tard, elle a fait part à son employeur de son désir de porter un foulard islamique. L'employeur lui a alors indiqué qu'une règle non écrite de l'entreprise imposait aux salariés une stricte neutralité vestimentaire lorsqu'ils sont en contact avec la clientèle. Malgré ce rappel, la salariée vint travailler avec un voile et le comité d'entreprise modifia alors le règlement intérieur pour faire clairement apparaître dans ce dernier l'obligation de neutralité ainsi rédigée : « *il est interdit aux travailleurs de porter sur le lieu de travail des signes visibles de leurs convictions politiques, philosophiques ou religieuses ou d'accomplir tout rite qui en découle* ». La salariée persistant à vouloir porter son voile, et refusant d'accepter les postes sans contact avec la clientèle qui lui étaient proposés par l'employeur, elle fut licenciée par ce dernier.

¹⁰²⁴ Les juges auraient pu effectuer un contrôle de proportionnalité pour savoir si la perte d'un client constituait ou non une atteinte excessive pour l'employeur, au regard de l'importance du client pour l'entreprise. Ils ont, fort heureusement, choisi une autre voie.

¹⁰²⁵ CJUE, 14 mars 2017, *Samira Achbita c/ G4S Secure Solutions NV*, aff. C-157/15.

565. La Cour de cassation belge, qui se trouve apparemment dans le même embarras que son homologue française sur ces questions, transmet à la CJUE la question préjudicielle suivante : « *L'article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive 2000/78 doit-il être interprété en ce sens que l'interdiction de porter un foulard en tant que musulmane sur le lieu de travail ne constitue pas une discrimination directe lorsque la règle en vigueur chez l'employeur interdit à tous les travailleurs de porter sur le lieu de travail des signes extérieurs de convictions politiques, philosophiques ou religieuses ?* ».

566. La CJUE a apporté à cette question une réponse en deux temps. Tout d'abord, elle écarte la qualification de discrimination directe. En effet, elle estime que « *l'article 2, paragraphe 2, sous a), 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, doit être interprété en ce sens que l'interdiction de porter un foulard islamique, qui découle d'une règle interne d'une entreprise privée interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, ne constitue pas une discrimination directe fondée sur la religion ou sur les convictions au sens de cette directive* ».

567. Pour aboutir à cette solution, elle commence par définir ce qu'est la liberté religieuse et reprend à son compte la définition de la CEDH qui distingue dans la liberté de religion ce qui relève du *for intérieur* (la croyance, la foi) du *for extérieur* (la manifestation publique de cette croyance). Elle considère en effet que les textes de l'Union lorsqu'ils se réfèrent à la liberté religieuse visent les deux aspects de cette dernière. Ensuite, concernant l'obligation de neutralité formulée par le règlement intérieur, la CJUE remarque que celle-ci « *se réfère au port de signes visibles de convictions politiques, philosophiques ou religieuses et vise donc indifféremment toute manifestation de telles convictions* ». Les juges en déduisent que cette « *règle doit, dès lors, être considérée comme traitant de manière identique tous les travailleurs de l'entreprise, en leur imposant, de manière générale et indifférenciée, notamment une neutralité vestimentaire s'opposant au port de tels signes* ».

568. Les juges luxembourgeois ont ici mis en balance la liberté d'entreprise et la liberté religieuse et semblent inviter les juges nationaux à un contrôle de proportionnalité tout en leur donnant un étalon : « *le souhait d'un employeur d'afficher une image de neutralité à l'égard des clients se rapporte à la liberté d'entreprise, reconnue à l'article 16 de la Charte, et revêt,*

en principe, un caractère légitime, notamment lorsque seuls sont impliqués par l'employeur dans la poursuite de cet objectif les travailleurs qui sont supposés entrer en contact avec les clients de l'employeur » (point 38). Les juges prennent la peine de consolider cette interprétation en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰²⁶.

569. L'absence de discrimination directe fondée sur la religion de la salariée suppose que l'obligation de neutralité ne concerne pas une seule religion, voire ne concerne pas uniquement les manifestations des croyances religieuses. Il faut que l'exigence de neutralité porte sur les manifestations de croyances religieuses, politiques et philosophiques. C'est donc l'ensemble des salariés qui est soumis à une obligation de neutralité et non seulement les salariées voilées. La réponse à la question posée étant ainsi obtenue, la CJUE se permet de poursuivre son raisonnement en répondant à la question logiquement induite par sa réponse : *L'obligation de neutralité imposée par un règlement intérieur ne peut-elle pas être qualifiée de discrimination indirecte ?*

570. On retrouve dans la réponse de la Cour toute la complexité des mécanismes de la discrimination indirecte. Elle énonce en effet qu'« *en revanche, une telle règle interne d'une entreprise privée est susceptible de constituer une discrimination indirecte au sens de l'article 2, paragraphe 2, sous b), de la directive 2000/78 s'il est établi que l'obligation en apparence neutre qu'elle prévoit entraîne, en fait, un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion ou à des convictions données, à moins qu'elle ne soit objectivement justifiée par un objectif légitime, tel que la poursuite par l'employeur, dans ses relations avec ses clients, d'une politique de neutralité politique, philosophique ainsi que religieuse, et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier* ». Il faut tout d'abord remarquer que la CJUE précise bien que la discrimination indirecte pourrait être envisagée si la règle d'apparence neutre entraîne un désavantage particulier « *pour les personnes adhérant à une religion ou à des convictions données* ». Cette précision semble permettre d'écarter l'existence d'une discrimination indirecte entre les croyants et les non-croyants. Les non-croyants par principe n'ont pas de foi à manifester et ne sauraient donc être contrarié par une obligation de neutralité religieuse. On peut néanmoins se demander comment démontrer qu'une telle règle désavantage une religion

¹⁰²⁶ CEDH, 15 janvier 2013, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, point 94.

en particulier. La chose serait aisée s'il s'agissait d'une discrimination dissimulée par laquelle l'employeur fait preuve d'un certain laxisme dans l'application de la règle de neutralité en ce qui concerne l'encadrement des tee-shirts floqués d'un parti politique, mais qu'à l'inverse il est intraitable en ce qui concerne les manifestations de nature religieuse. Mais, démontrer qu'il est intraitable avec les manifestations d'une religion « donnée » nécessite de comparer avec les autres religions. Le fait que certaines religions puissent être plus visibles que d'autres et donc que leurs pratiquants, notamment les femmes, soient plus affectés par l'interdiction entre-t-il en ligne de compte ? La remarque est également vraie entre les pratiquants d'une même religion, certains pouvant être ennuyés par l'obligation de neutralité alors que d'autres pas du tout. La démonstration du désavantage ne semble pas chose aisée pour celui qui souhaiterait invoquer l'existence d'une discrimination indirecte. S'il s'avère que la règle désavantage une religion en particulier, l'employeur devra alors démontrer qu'elle poursuit un objectif légitime et que les moyens pour y parvenir étaient appropriés et nécessaires.

571. En ce qui concerne la légitimité de l'objectif poursuivi, la CJUE valide qu'une politique de neutralité d'une entreprise vis-à-vis de ses clients est un objectif légitime. Cette affirmation peut immédiatement être contestée, car on peut se questionner sur la réalité de la neutralité d'une telle mesure lorsque cette dernière a été prise en réaction à un contentieux interne avec une salariée voilée (comme c'est le cas en l'espèce). La concomitance entre le litige entre l'employeur et la salariée voilée, l'adoption de l'obligation de neutralité et le licenciement de la salariée laissent supposer que toute la démarche de l'employeur n'est en réalité motivée que par l'objectif de rendre invisible la religion de cette salariée.

572. En admettant que l'employeur parvienne à démontrer qu'il poursuivait un objectif légitime, il lui resterait à démontrer que les moyens pour le mettre en œuvre étaient appropriés et nécessaires. Les juges auront alors à vérifier un bon nombre de points. Par exemple, si l'employeur cherche à préserver une image de neutralité auprès de sa clientèle, il devra veiller à ce que l'interdiction du port de signe religieux, politiques ou philosophiques n'affecte que les salariés susceptibles d'être en contact avec la clientèle. Si une salariée portant un voile refuse de le retirer, les juges devront « *vérifier si, tout en tenant compte des contraintes inhérentes à l'entreprise, et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire, il eût été possible à [l'employeur], face à un tel refus, de lui proposer un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec ces clients, plutôt que de procéder à son licenciement* » (point 43). Mais, avant toute chose, ils devront vérifier que cette politique de neutralité est véritablement

poursuivie de manière cohérente et systématique et non pas uniquement pour sanctionner certaines manifestations en particulier.

573. On remarquera tout de même que dans une affaire, les juges estiment discriminatoire le licenciement prononcé en raison du refus de la salarié de se conformer aux exigences d'un client qui refusait de la voir voilée, mais que dans l'autre, on autorise l'employeur à adopter une obligation de neutralité générale conduisant à l'interdiction de toutes manifestations de croyances religieuses, politiques ou philosophiques dès lors que le salarié est en contact avec la clientèle, et ce dans le but de préserver l'image de la société. Si l'on transpose l'obligation de neutralité dans le contentieux français, alors la salariée qui était libre de porter son voile dans son travail, mais à qui l'employeur a demandé pour *un* client de le retirer n'aurait jamais pu, avec un règlement intérieur conforme à la décision *Samira Achbita c/ G4S Secure Solutions NV*, porter son voile lors des formations qu'elle dispensait auprès des autres clients de la société, y compris ceux qui n'avaient aucun problème à la voir voilée. La position de la CJUE, bien qu'assurément plus égalitaire, aboutit à encourager les employeurs à réduire les libertés de leur salarié de manière préventive, ce qui suppose de le faire de manière large pour ne discriminer personne et pour couvrir toutes les situations qui pourraient potentiellement poser difficultés. Ces décisions semblent sceller la question des manifestations « visibles » de la foi au sein de l'entreprise en faisant peser la rigueur patronale à l'égard de ces questions sur l'ensemble des salariés, que leur manifestation soit religieuse, politique ou philosophique. Comme l'explique le Professeur Cyril Wolmark, « subrepticement, le comparateur est changé, il ne s'agit plus de savoir si le salarié sanctionné doit être comparé à un autre salarié qui ne manifesterait pas ses convictions, mais si ce salarié est moins bien traité qu'un autre salarié qui manifesterait d'autres convictions. Ayant introduit ce léger décalage, les juges peuvent alors affirmer que la règle qui vise indifféremment toutes les convictions n'est pas discriminatoire. Et en l'espèce, si toutes les personnes qui ont des convictions sont susceptibles d'être sanctionnées, la salariée licenciée ne l'a pas été en fonction de ses convictions propres. Le sophisme est alors en place : toutes les convictions sont traitées défavorablement, donc aucune ne l'est »¹⁰²⁷. Si neutralité il doit y avoir au sein de l'entreprise, celle-ci devra être « totale », à moins, on peut le supposer, que l'entreprise ne soit de « tendance ». En réduisant les libertés de tous les salariés, c'est peut-être un moyen d'obliger ces derniers à accepter toutes les différences pour pouvoir retrouver leur propre liberté. Une

¹⁰²⁷ Jean-Louis BIANCO, Nicolas CADÈNE et Cyril WOLMARK, « Peut-on concevoir la neutralité dans l'entreprise ? », *RDT*, 2017, p. 235.

telle gestion « préventive » pourra prendre la forme d'une clause de neutralité intégrée au règlement intérieur comme le permet l'article L. 1321-2-1 du Code du travail depuis la loi du 8 août 2016¹⁰²⁸. En effet, cet article dispose que : « *Le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché* ». Il paraît néanmoins légitime de se demander s'il était bien nécessaire d'en arriver à une solution où les employeurs devront gérer le fait religieux de manière « préventive ». En effet, d'après une étude publiée en 2018, le fait religieux semble s'être banalisé au sein des entreprises, 2/3 des employés le constatent, et dans plus de 90% des cas, la religion ne gêne pas la réalisation du travail et elle est même jugée moins conflictuelle que les conditions de travail ou la politique¹⁰²⁹.

Section 2 : La nécessité d'une législation plus respectueuse de la diversité des opinions et croyances

574. Les difficultés que rencontre notre société avec la gestion du fait religieux résultent principalement de la schizophrénie consistant à prôner d'un côté l'égalité de tous devant la loi, la non-discrimination en raison des convictions religieuses et la séparation de l'Église et de l'État, et de l'autre côté conserver une organisation de la société historiquement construite sur des fondements qui favorisent de manière systémique les personnes d'obédience chrétienne. Tant qu'un effort de neutralisation des pratiques, mais surtout de notre droit (§1), n'aurait pas été entrepris, le contrôle de proportionnalité classiquement opéré sur les demandes particulières (§2) sera toujours en défaveur de l'entreprise dès lors que les demandes concerneront des avantages dont jouissent sans entrave les chrétiens.

¹⁰²⁸ Art. 2 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

¹⁰²⁹ Observatoire du fait religieux (OFRE), Institut Randstad et Université de Polynésie Française (UPF), *L'entreprise, le travail et la religion*, 26 septembre 2018.

§1 : Un effort de neutralisation des règles de droit

575. La neutralisation des règles ou des pratiques est largement possible concernant deux sources de tension : l'aménagement du temps de travail (A), d'une part, et l'alimentation sur le lieu de travail (B), d'autre part.

A. Le temps de travail

576. Pour Jean-Michel Belorgey, la satisfaction des revendications d'ordre religieux « n'est qu'une question d'organisation que la flexibilisation du temps de travail devrait résoudre »¹⁰³⁰. L'organisation du travail, des temps de travail est en effet un point central des débats, car c'est sur ces aspects que la législation nationale est la moins « neutre ». En dépit de la loi de 1905 sur la séparation de l'Église et de l'État, le Code du travail, compte parmi les onze « fêtes légales » ayant le statut de « jours fériés »¹⁰³¹ pas moins de six fêtes chrétiennes. On peut ajouter à cela que les vacances scolaires, sur lesquelles beaucoup de salariés alignent leurs prises de congés, coïncident avec certaines de ces fêtes (Pâques, Toussaint, Noël), ce qui favorise le regroupement familial des chrétiens autour de ces fêtes religieuses. La Commission Stasi, en 2003, a préconisé une réforme du droit positif afin de permettre une meilleure reconnaissance des autres cultes¹⁰³². Cette commission s'est refusée à « remettre en cause le calendrier conçu principalement autour des fêtes catholiques (quatre des onze jours fériés, les lundis de Pentecôte et de Pâques ayant en fait une origine laïque). Mais il convient de prendre en considération que le paysage spirituel français a changé en un siècle. La République s'honorerait donc en reconnaissant les jours les plus sacrés des deux autres grandes religions monothéistes présentes en France »¹⁰³³. Cette proposition reste à nos yeux imparfaite, voire dangereuse pour l'universalité du droit et des droits en prenant une politique différentialiste pour une solution égalitaire. En effet, elle suppose de continuer à reconnaître des jours fériés d'origine religieuse alors que le droit est censé être laïque, qu'il n'est pas en mesure de reconnaître toutes les religions tant il en existe, et que, quand bien même il parviendrait à définir avec précision ce qu'il considère comme une religion et en lister tous les

¹⁰³⁰ « Liberté religieuse et travail », entretien avec Jean-Michel BELORGEY in Michel MINÉ et Sylvain ALLEMAND, *Siffler en travaillant: les droits de l'homme au travail, un état des lieux*, coll. Libertés plurielles, Paris, Cavalier bleu, 2006, p. 70.

¹⁰³¹ Art. L. 3133-1 du Code du travail : 1er janvier ; lundi de Pâques ; 1er mai ; 8 mai ; Ascension ; lundi de Pentecôte ; 14 juillet ; Assomption ; Toussaint ; 11 novembre ; Noël.

¹⁰³² Bernard STASI, *Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République*, Rapport au Président de la République, coll. La Documentation Française, 2003.

¹⁰³³ *Id.*, p. 65.

jours de fête, il resterait discriminant de reconnaître des jours fériés pour les seuls croyants et de dénier à ceux qui n'ont pas de « religion », mais des croyances ou des valeurs pouvant être célébrées à d'autres dates que celles listées dans la loi, le droit d'en obtenir la reconnaissance. C'est pourquoi la proposition formulée, à l'occasion de l'exercice de réécriture du Code du travail, par les enseignants-chercheurs du groupe de recherche pour un autre Code du travail nous semble, à bien des égards, plus respectueuse des libertés des salariés. Cette proposition consiste à supprimer les fêtes religieuses des jours fériés légaux à l'exception du jour de Noël¹⁰³⁴, qu'ils considèrent aujourd'hui comme étant « largement détaché de la religion ». En compensation de la perte de ces jours fériés, le GR-PACT propose d'instituer une 6^e semaine de congés payés (L. 46-1 et suivants), dont « les dates de prises de ces jours de congés supplémentaires sont librement fixées par le salarié pour tout motif, religieux ou non, sous condition de délai de prévenance ». Ainsi, chaque salarié souhaitant pratiquer sa religion, quelle qu'elle soit, aura la possibilité de demander un congé à l'occasion d'une fête, dans la limite de six jours. Les salariés n'ayant pas de religion pourront bénéficier de la pose de ces congés pour des occasions importantes à leurs yeux : anniversaire, réunions de famille, concert, sortie d'un nouveau film très attendu (ou à l'occasion du *May the 4th*), finale de Coupe du Monde, fêtes païennes (*Halloween, Thanksgiving*), etc. Il nous semble qu'il n'appartient pas aux législateurs, aux juges ou aux employeurs de définir ce qui peut ou non donner du sens à l'existence de chacun et que cela ne coûte ou n'apporte rien que de réduire ce choix.

577. Il est possible d'objecter face à une telle solution que le caractère collectif des congés favorise la vie familiale et le droit au repos¹⁰³⁵ et qu'une individualisation pourrait nuire à cette dimension collective. C'est là une objection formulée dans le cadre des débats sur le repos dominical qui pose également question. La légitimité d'une régulation du repos dominical « est fondée sur la spécificité du dimanche (...) et sur le fait que l'existence d'un jour de repos commun à une grande partie des salariés est de nature à permettre à tous de retirer davantage de bien-être de ce jour de repos, en leur permettant de partager une partie de leur temps libre avec les autres individus. Il s'agit là d'une question de synchronisation du temps consacré au loisir : la pratique associative, sportive, culturelle ou religieuse, ainsi que les activités familiales ou amicales, nécessitent que le temps de repos de ceux qui souhaitent y

¹⁰³⁴ V. art. L. 43-18 in E. DOCKÈS, préc., note 572, p. 203-207.

¹⁰³⁵ [Décision n° 2009-588 DC du 6 août 2009, Loi réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires Non conformité partielle](#), considérant 2.

participer soit coordonné »¹⁰³⁶. Cependant, compte tenu du nombre d'exceptions que connaît aujourd'hui le principe du repos dominical, ne peut-on pas considérer que laisser les salariés choisir leurs jours de repos hebdomadaire au lieu de leur imposer un jour fixe favoriser au contraire la « synchronisation » des agendas des membres d'une même famille ? Les individus sont aujourd'hui très mobiles, deux jours successifs peuvent-être perçus comme plus favorables pour certains d'entre eux – afin de pouvoir rentrer voir leur famille/conjoint(e) – que de conserver le repos dominical. La possibilité de choisir ses jours de repos serait un bon moyen pour permettre ce regroupement familial lorsqu'un membre de la famille est contraint de travailler le dimanche. Pour l'organisation de la vie associative, une telle solution serait difficile, les compétitions sportives par exemple ayant souvent lieu le samedi et dimanche. Il serait possible, au regard de la diversité religieuse actuelle, de décaler le jour commun de repos au samedi, laissant libre les salariés de choisir d'être de repos le samedi et dimanche (les chrétiens sont satisfaits), le vendredi et le samedi (plus favorable pour les musulmans) ou le samedi et un autre jour pour ceux qui préfèrent être de repos un autre jour, ou le samedi et un jour déterminé par l'employeur pour le cas où le salarié accepte d'être flexible, auquel cas une telle flexibilité devrait bénéficier d'une compensation.

B. L'alimentation sur le lieu de travail

578. Faire bénéficier les salariés d'un restaurant d'entreprise n'est pas une obligation pour les employeurs. Un certain nombre de décisions ont donc affirmé que l'employeur n'a pas l'obligation de proposer des repas respectant les convictions religieuses de tous leurs salariés, ni même d'offrir une compensation aux salariés qui, du fait de leur religion, ne pouvaient profiter du restaurant de l'entreprise, notamment pendant les périodes de jeûne¹⁰³⁷. Cependant, s'il n'appartient pas à l'employeur de se plier aux exigences alimentaires des uns et des autres, il est tout de même possible de s'assurer que l'avantage, que représente un service de restauration d'entreprise, bénéficie à l'ensemble des salariés, sans discrimination. Et, si l'employeur entreprend une telle démarche, il constatera assez rapidement que les restrictions alimentaires dépassent très largement la seule question religieuse. En effet, ces restrictions peuvent aussi résulter de convictions politiques ou philosophiques telles que le véganisme ou l'écologie, ou de considérations liées à l'état de santé, telles que certaines formes d'anorexie ou d'allergies. C'est la raison pour laquelle étudier les restrictions

¹⁰³⁶ Jean-Paul BAILLY, *Rapport sur la question des exceptions au repos dominical dans les commerces : vers une société qui s'adapte en gardant ses valeurs*, La documentation française, 2 décembre 2013, p. 12.

¹⁰³⁷ Cass. Soc., 16 février 1994, n°90-46.077, *Publié au bulletin*.

alimentaires uniquement au regard de leur nature religieuse est à la fois réducteur et source de tensions inutiles autour de la question religieuse. En effet, en termes de restrictions alimentaires, les personnes pratiquantes, mangeant halal ou kasher, peuvent encore manger beaucoup plus d'aliments différents que les personnes végétariennes ou même végétaliennes. Beaucoup d'entreprises¹⁰³⁸, à l'image des établissements publics¹⁰³⁹ (écoles, hôpitaux, établissements pénitentiaires), ont pris pour habitude, lorsqu'un aliment contraire aux pratiques religieuses est au menu, de systématiquement proposer un plat végétarien, en principe compatible avec toutes les restrictions religieuses, comme menu de « substitution ». Certains employeurs, par souci de préserver l'environnement, d'économies et de respect des restrictions religieuses, ont fait le choix d'imposer un régime végétarien à leurs employés, tant pour la restauration d'entreprise que pour le remboursement des notes de frais¹⁰⁴⁰. Mais on pourrait tout à fait imaginer que la base de l'alimentation dans l'entreprise soit végétalienne et qu'à côté, de la viande ou du poisson soient proposés¹⁰⁴¹. Ainsi, tout le monde pourrait systématiquement manger, à l'exception éventuellement de ceux qui souffrent de troubles alimentaires de type anorexie sélective, ou de multiples allergies.

579. Bien qu'aujourd'hui aucune restriction ne pèse sur les employeurs, ils devraient, *a minima*, lorsqu'ils décident de mettre en place un service de restauration, prêter attention à ce que personne ne soit privilégié ou défavorisé. Là encore, la religion chrétienne bénéficie d'un traitement de faveur puisqu'il est devenu usuel de proposer du poisson le vendredi, ce qui constitue un aménagement au regard d'une injonction religieuse qu'aucun employeur ne discute du fait d'un ancrage culturel très fort. Des menus conçus initialement pour convenir à tous permettraient de ne pas avoir à interroger les salariés à l'occasion de leur embauche sur leurs potentielles restrictions alimentaires, des questions intrusives invitant les candidats à révéler des informations relevant de la vie privée (religion, santé, ou opinions politiques).

¹⁰³⁸ V. [Les entreprises pour la cité, Guide « Gérer la Diversité Religieuse en entreprise », reseau-lepc.fr, 2017](#). Ce guide est diffusé au sein de tous les établissements du groupe Casino depuis sa première édition en 2009.

¹⁰³⁹ [Circulaire NOR/IOCK1110778C du 16 août 2011 du Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration \(Claude Guéant\), Rappel des règles afférentes au principe de laïcité - Demandes de régimes alimentaires particuliers dans les services de restauration collective du service public](#).

¹⁰⁴⁰ [Challenges, « Quand le géant du coworking WeWork impose à ses salariés un régime végétarien », 24 juillet 2018](#).

¹⁰⁴¹ L'élaboration des menus restera toujours plus simple dans l'entreprise que dans la restauration scolaire. Il suffit pour s'en convaincre de lire [l'arrêté du 30 septembre 2011 relatif à la qualité nutritionnelle des repas servis dans le cadre de la restauration scolaire](#).

580. Un autre aspect de l'alimentation sur le lieu de travail peut poser difficulté à l'employeur mais semble avoir été résolu récemment par l'évolution de la Cour de cassation sur la question de l'obligation de sécurité de résultat pesant sur l'employeur. En effet, lors des périodes de jeûne prolongées, l'absence d'alimentation et surtout d'hydratation alors que le salarié travaille à l'extérieur peut le placer dans une situation dangereuse. La question s'est posée particulièrement lorsque la période du Ramadan est en plein été et pour les salariés du BTP ou les accompagnateurs dans les colonies de vacances. L'employeur pouvait informer de la dangerosité de ne pas boire ou manger en période de fortes chaleurs, mais ses efforts de prévention, en cas d'accident, ne le déchargeaient pas de sa responsabilité en raison de l'existence d'une obligation de sécurité de résultat dérogée à l'occasion des arrêts « amiante » de 2002¹⁰⁴². Concrètement, cela signifiait que, peu importaient les mesures de prévention adoptées par l'employeur pour réduire les risques d'accident et protéger ses salariés, il restait responsable en cas de survenance d'un accident. Dans le contexte de l'emploi, cette sévérité à l'égard de l'employeur pouvait avoir pour conséquence de le dissuader d'avoir recours à une main d'œuvre qui est ou qu'il préjuge être musulmane. Une jurisprudence, certes protectrice des travailleurs, mais qui avait pour effet pervers de dissuader les employeurs de faire des efforts de prévention qui, de toute évidence, n'étaient pas pris en considération en cas d'accident pour établir leur responsabilité. L'arrêt « Air France » du 25 novembre 2015¹⁰⁴³ est venu corriger cet effet pervers en allégeant l'obligation de sécurité pesant sur l'employeur que la doctrine qualifie aujourd'hui d'obligation de « résultat atténuée »¹⁰⁴⁴ ou de « moyen

¹⁰⁴² Cass. soc., 28 février 2002, n° 00-11.051,99-18.389, 00-11.793, 99-18.390, 99-21.255, 99-17.201, 00-13.172, FP-P+B+R+I, Bull. V n° 81 p. 74 (onze arrêts) : *JCP éd. G* 2002, II, 10053, concl. Benmakhlouf ; *Gaz. Pal.* des 5 au 7 mai 2002, jurisp. p. 3, concl. Benmakhlouf, note Petit ; *PA.* du 27 mars 2002, p. 15, notes Picca et Sauret ; *JCP éd. E* 2002, jurisp., 643, note Strebelle ; *RJS* 5/02, n° 618 et s. ; *Dr. ouv.*, avril 2002, p. 166, note Meyer ; *CSBP* 2002, n° 140, A25, obs. Pansier. L. Milet, « La nouvelle faute inexcusable de l'employeur en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle », *RPDS*, mars 2002, p. 91. A. Lyon-Caen, « Une révolution dans le droit des accidents du travail », *Dr. soc.*, avril 2002, p. 445. I. Monteillet, « Les arrêts "amiante" de la Cour de cassation du 28 février 2002. Un pas décisif vers l'indemnisation intégrale des salariés victimes d'accidents du travail et de maladies professionnelles », *RJS* 5/02, p. 403. O. Garand, Ph. Rozec, « La faute inexcusable au cœur de la réforme de la législation sur la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles », *SSL* du 27 mai 2002, p. 6. P. Morvan, « Le « déflocage » de la faute inexcusable », *RJS* 6/02, p. 495. G. Vachet, « Une nouvelle définition de la faute inexcusable », *TPS* juin 2002, chron. 8.

¹⁰⁴³ Cass. soc., 25 novembre 2015, n° 14-24.444, FP-P+B+R+I, D. 2015. Actu. 2507; *Dr. soc.* 2016. 457, note Antonmattéi ; *RJS* 2/2016, p. 99, obs. Gardin ; *JS Lamy* 2016, n°401-1, obs. Dejean de la Bâtie ; *Cah. soc. janv.* 2016, n° 117r4, p. 23, obs. J. Icard ; *RDC*, 2016, n° 113c4, p. 217, note G. Viney ; *JCP E* 2016, 1146, note A. Bugada ; *Dr. ouv.*, 2016, p. 10, note F. Héas.

¹⁰⁴⁴ Expression privilégiée par certains auteurs : « Les deux expressions sont tenues pour synonymes, mais il nous semble, qu'une différence irréductible subsiste. L'obligation de moyens renforcée est celle qui impose au débiteur de mettre en œuvre non seulement toutes les mesures qu'un être raisonnable aurait prises mais encore l'ensemble des mesures imposées par une réglementation particulière (règles professionnelles, déontologiques, etc.). Il appartient au créancier qui se prévaut de l'inexécution d'une obligation de moyens renforcée de la prouver. L'obligation de résultat atténuée est celle dans laquelle le débiteur promet un résultat mais peut s'exonérer, en l'absence du résultat promis, en prouvant qu'il n'a pas commis de faute » in Geneviève PIGNARRE

renforcée ». Si l'employeur démontre avoir pris toutes les mesures de prévention prévues aux articles [L. 4121-1](#) et [L. 4121-2](#) du Code du travail, alors sa responsabilité ne pourra être engagée. Du point de vue de la responsabilité juridique de l'employeur, la question semble donc réglée, mais la conciliation du travail avec certaines pratiques alimentaires reste difficile au regard de la santé et de la sécurité du salarié et de ceux qui l'entourent.

§2 : L'application d'un contrôle de proportionnalité classique

581. Contrairement aux aménagements raisonnables qui concernent des critères relatifs à ce que les salariés *sont* (handicap, sexe, âge...) et peuvent contraindre l'employeur à adapter ses pratiques ou l'obliger à procéder à des aménagements du poste de travail, en partie à ses frais, l'employeur, lorsqu'il est question de permettre l'exercice d'une *liberté* par le salarié, ne saurait être contraint avec la même intensité. En effet, l'existence même de l'entreprise est l'expression de la liberté d'entreprendre et doit être prise en considération lorsque l'on souhaite lui opposer d'autres libertés. Un salarié peut demander à son employeur un aménagement pour des convenances personnelles, y compris motivées par la liberté religieuse, mais l'employeur ne saurait être contraint d'y donner suite si cela empiète sur sa propre liberté. Dans cette hypothèse, il reviendra au juge, en cas de refus de l'employeur et de contestation de ce refus par le salarié, d'opérer un contrôle de proportionnalité entre la liberté invoquée par le salarié et la liberté d'entreprendre de l'employeur. Pour réussir un tel contrôle, l'aménagement raisonnable sollicité ne devra pas porter atteinte aux droits d'autrui, ne doit pas détourner l'entreprise de sa finalité ou représenter un coût pour l'employeur¹⁰⁴⁵. Le fait que l'aménagement ne doive pas détourner l'entreprise de sa finalité suggère que l'appréciation sera nécessairement différente selon que l'on se place dans une entreprise « classique » (A) ou une entreprise de tendance (B). Le contrôle de proportionnalité devra prendre en considération, dans cette seconde hypothèse du fait que l'employeur a lui-même intégré dans la sphère « travail » une autre sphère, cette dernière pouvant être religieuse, politique ou philosophique.

et Louis-Frédéric PIGNARRE, « La prévention : pierre angulaire ou/et maillon faible de l'obligation de santé et sécurité au travail de l'employeur ? Réflexions suscitées par deux arrêts remarquables de la Chambre sociale », *RDT*, 2016, p.151.

¹⁰⁴⁵ Tatiana GRUNDLER, « Existe-t-il des "accommodements raisonnables" ? », intervention à l'occasion du colloque « Discriminations & Fait religieux » : journée de formation des acteurs de la justice - GIP La Laïcité dans la Justice, Organisée par l'Équipe de droit public de Lyon III sous la direction scientifique de Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE, le 4 avril 2018, 19^e minute.

A. Un contrôle de proportionnalité dans les entreprises « classiques »

582. Face à une demande personnelle d'un salarié, on peut déjà remarquer que si l'employeur lui accorde un aménagement, le principe d'égalité de traitement ou de non-discrimination imposera d'en faire profiter les autres salariés de la même religion (principe d'égalité de traitement), des autres religions ou sans religion (principe de non-discrimination), ce qui devrait entrer en ligne de compte dans l'évaluation de la proportionnalité de la demande. D'un point de vue méthodologique, cela signifie qu'en cas de demande, l'employeur devra privilégier une solution pouvant profiter à tous les salariés, quelles que soient leurs convictions ou croyances ou intérêts liés à l'exercice d'une liberté, avant d'envisager une mesure différentialiste. Cette dernière ne saurait être justifiée dans l'entreprise que par l'existence d'une règle supérieure, à laquelle l'employeur doit se soumettre, qui créerait une différence de traitement nécessitant d'être corrigée. Ainsi, une mesure différentialiste dans l'entreprise pourrait être justifiée par le maintien dans la loi de dispositions plus favorables à une religion déterminée, comme c'est le cas pour les jours fériés légaux d'origine chrétienne. Par principe, une telle mesure se devrait donc, pour être considérée comme proportionnée, d'être temporaire, puisqu'elle aurait vocation à disparaître en cas de modification de la loi, elle ne devrait pas créer ou renforcer des discriminations, et enfin, elle devrait être appropriée au regard de l'objectif poursuivi, ce qui suppose notamment qu'elle ne participe pas au renforcement des stéréotypes pouvant affecter certains groupes de personnes.

583. Reste, dans le cadre du contrôle d'une mesure différentialiste, à déterminer la manière dont doit être apprécié l'objet des demandes. L'expérience canadienne est ici éclairante. Les juges se refusent à s'improviser théologiens en appréciant de manière objective le bien-fondé d'une demande religieuse au regard des textes ou dogmes sur lesquels elle prétend s'appuyer. Ils privilégient une approche subjective consistant à vérifier la sincérité de la demande du salarié. Une telle approche permet de pouvoir écarter toutes les demandes fantaisistes, « opportunistes ou frauduleuses » visant à l'octroi de privilèges¹⁰⁴⁶. Cette approche des juges canadiens conforte cependant le caractère individuel de l'aménagement raisonnable qui semble peu compatible avec l'approche collective privilégiée par le droit européen. En effet, si ce dernier prévoit explicitement des aménagements raisonnables en matière de handicap, il n'instaure « aucune obligation d'aménagement raisonnable entre les obligations de

¹⁰⁴⁶ E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM et I. RORIVE, préc., note 865, 345.

l'entreprise et les croyances religieuses du salarié »¹⁰⁴⁷. Au contraire, par le concept de discrimination indirecte, c'est bien la dimension collective du désavantage qui est visée par le droit communautaire, ce qui suppose, à notre sens, que la réponse devant y être apportée devrait avoir pour objectif de réduire ce désavantage collectif et non de répondre à un besoin particulier, individuel. De plus, le caractère subjectif de l'appréciation du bien-fondé de la demande d'aménagement raisonnable, tel que pratiqué par les juges canadiens, est difficilement transposable au contexte de travail. En effet, si des juges sont en mesure d'opérer ce type de contrôle, un employeur ne pourrait s'y aventurer sans porter gravement atteinte à la vie privée du salarié. On imagine mal qu'un employeur questionne son salarié pour déterminer si sa foi est réelle ou non. Une approche individuelle étant particulièrement intrusive, la solution privilégiée, y compris en droit canadien, a finalement été celle consistant à « dresser à l'avance, avec l'aide d'autorités religieuses et d'autres experts, un inventaire des croyances et pratiques religieuses considérées comme existant objectivement au sein d'une communauté de foi et des accommodements considérés comme acceptable »¹⁰⁴⁸. C'est une approche que l'on retrouve dans certains accords et conventions collectives abordant la question de la diversité religieuse¹⁰⁴⁹. Reste que cette approche est focalisée sur la religion et ne tient pas compte des autres besoins qui pourraient exister. Un salarié, non religieux, mais très investi dans une association quelconque, exerce lui aussi une liberté, celle d'association, pourquoi ne pourrait-il pas dès lors bénéficier d'aménagements comme le salarié religieux ? Une prise en compte générale permettrait de concilier toutes les libertés que pourrait avoir le salarié et obligerait ce dernier à lui-même opérer des choix afin de rendre toutes ses activités compatibles avec l'exercice de son activité professionnelle. En raisonnant de manière cloisonnée, par exemple en prévoyant des jours de congés pour l'exercice d'une religion, une organisation hebdomadaire compatible avec l'exercice d'une activité associative ou autre, le salarié qui cumule les activités est privilégié par rapport aux autres s'il obtient un emploi du temps sur mesure –au détriment potentiellement de ses collègues – alors que ce serait à lui d'établir des priorités au sein même de sa vie sociale. On en vient à un autre élément du contrôle de proportionnalité : l'aménagement ne doit pas empiéter sur les libertés d'autrui. Autrui, n'est pas seulement l'employeur, c'est également les autres salariés. Ces derniers n'ont pas à être comptables des choix individuels des autres salariés. De même, aucun aménagement ne saurait être raisonnable s'il consiste à porter atteinte à la dignité ou à la

¹⁰⁴⁷ Isabelle DESBARATS, « De la diversité religieuse en milieu de travail : Regard croisé en droit français et en droit canadien », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2010, n°3, pp.1447-1472, p. 1162.

¹⁰⁴⁸ E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM et I. RORIVE, préc., note 865, 346.

¹⁰⁴⁹ V. le guide pratique « Gérer la diversité religieuse en entreprise » du groupe Casino de décembre 2010.

liberté d'autres salariés comme se serait le cas lorsqu'un salarié refuse de travailler avec ou sous les ordres d'une femme.

B. Une liberté relative dans les entreprises intégrant volontairement une autre sphère

584. Le Professeur Jean Mouly définit les entreprises de tendance comme « celles qui ont pour objet la promotion et la défense de doctrines religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales »¹⁰⁵⁰. En raison de cet objet spécifique, « leur crédibilité suppose donc que leurs salariés soient en communion de pensée avec l'employeur ou, qu'à tout le moins, ils n'adoptent pas, y compris dans leur vie personnelle, des comportements incompatibles » avec la doctrine promue par l'entreprise. Ces entreprises et leur nature si particulière leur permettant d'échapper – en partie – au principe de non-discrimination ont donné lieu à de célèbres arrêts du droit du travail : *Dame Roy* du 19 mai 1978¹⁰⁵¹ concernant le licenciement (justifié) d'une institutrice d'un établissement catholique du fait de son remariage après un divorce, ou celui d'une salariée qui n'était pas en « communauté de pensée et de foi avec son employeur »¹⁰⁵², et à l'inverse une telle exigence est disproportionnée pour des salariés subalterne¹⁰⁵³. Progressivement les juges ont cependant de moins en moins admis la mise en retrait du principe de non-discrimination, notamment lorsque la discrimination ne portait plus seulement sur l'objet de l'entreprise de tendance. Ainsi, même une entreprise promouvant la religion doit respecter l'orientation sexuelle de ses salariés¹⁰⁵⁴ et « à l'obligation particulière de loyauté est ainsi progressivement substituée une simple obligation de discrétion, qui permet d'ailleurs elle aussi de sauvegarder la crédibilité de l'entreprise »¹⁰⁵⁵. La qualification d'entreprise de tendance conduit donc « à faire peser sur les salariés qui travaillent pour elle une obligation de loyauté particulière, permettant à l'employeur d'exiger d'eux - sous la menace d'une sanction – qu'ils adoptent un comportement en concordance avec les valeurs

¹⁰⁵⁰ Jean MOULY, « Entreprise de tendance » in D. THARAUD, C. BOYER-CAPELLE, *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, L'Harmattan, à paraître.

¹⁰⁵¹ Cass., Ass. plén., 19 mai 1978, *Dame Roy c/ Institution Sainte Marthe*, n° 76-41.211 : D., 1978, p. 541, note P. Ardant.

¹⁰⁵² Cass. Soc. 20 novembre 1986, n° 84-43.243, Publié au bulletin.

¹⁰⁵³ CE, 3 / 5 SSR, 20 juillet 1990, n° 85429, publié au recueil Lebon, D., 1992, p. 153, obs. D. Chelle et X. Prétot ; *Dr. soc.*, 1990, p. 862, concl. M. Pochard.

¹⁰⁵⁴ Cass. Soc. 17 avril 1991, *Painsecq*, n° 90-42.636, Publié au bulletin : *Bull. civ.* V n° 201 ; *Dr. ouv.*, 1991, p. 201, note P. Bouaziz ; *Dr. soc.*, 1991, p. 485, note J. Savatier ; *JCP*, 1991, G, II, 21724, note A. Sériaux.

¹⁰⁵⁵ Jean MOULY, *ibid.*

revendiquées »¹⁰⁵⁶, ce dernier n'en reste pas moins tenu de respecter la diversité et donc tous les autres motifs de discrimination mentionnés à l'article L. 1132-1 du Code du travail. En effet, la directive 2000/78 prévoit explicitement qu'il est possible que « *la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation* », mais « *cette différence de traitement doit s'exercer dans le respect des dispositions et principes constitutionnels des États membres, ainsi que des principes généraux du droit communautaire, et ne saurait justifier une discrimination fondée sur un autre motif* »¹⁰⁵⁷. La CJUE est récemment venu préciser que « *le contrôle du respect de ces critères, s'il incombait, en cas de doute quant à ce respect, non pas à une autorité indépendante, telle une juridiction nationale, mais à l'église ou à l'organisation qui entend procéder à une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions, serait privé de toute portée* »¹⁰⁵⁸. Le Défenseur des droits, de par son expertise et ses missions, serait une autorité particulièrement légitime pour contrôler le bien-fondé d'une telle exception au principe de non-discrimination.

585. Lorsqu'une entreprise intègre ou s'intègre à une autre sphère, ici la sphère religieuse, comme le font les entreprises de tendance, le salarié est beaucoup plus libre dans ce cadre à demander un aménagement pour l'exercice de la religion qui est l'objet de l'entreprise. On pourrait penser qu'il est peu probable qu'il en ressente le besoin, l'entreprise de tendance étant en principe parfaitement compatible avec ses croyances. Mais c'est sans compter sur la diversité existante au sein des pratiques de chaque culte. Lorsqu'aux États-Unis les juges considèrent qu'une « masse critique »¹⁰⁵⁹ permet de déconstruire les stéréotypes en montrant la diversité contenue en chaque groupe de personnes, c'est de cette diversité là dont il est question. Ainsi, si une entreprise de tendance vise la promotion d'une religion déterminée (chrétienne, musulmane, etc.), sans plus de précision, alors l'employeur devra respecter les formes diverses de l'expression de cette religion. Il ne saurait imposer à ses salariés une lecture particulière de la religion, à moins que ce ne soit spécifiquement l'objet de

¹⁰⁵⁶ Patrice ADAM, « Affaire Baby-Loup : vues du sommet, note sous Cass., ass. Plén., 25 juin 2014, n°13-28.369 », *RDT*, 2014, p. 607.

¹⁰⁵⁷ [Article 4, §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 du 02/12/2000 p. 0016 – 0022.

¹⁰⁵⁸ CJUE, 17 avr. 2018, *Vera Egenberger contre Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*, aff. C-414/16 : Marie Hautefort, « Entreprises de tendance : comment assurer un juste équilibre des droits ? », *Jurisprudence Sociale Lamy*, n° 454, 05 juin 2018.

¹⁰⁵⁹ V. *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1 : Le concept juridique de diversité aux États-Unis, plus précisément 2) Les motivations de l'opinion du juge Powell.

l'entreprise. Mais l'employeur ne peut pas exiger « une adhésion inconditionnelle aux dogmes qu'il défend, qui violerait la liberté de conscience »¹⁰⁶⁰.

586. À l'occasion de la décision d'assemblée plénière rendue dans le cadre de l'affaire Baby-Loup¹⁰⁶¹, la Cour a écarté la proposition du Professeur François Gaudu de consacrer la notion d'« entreprise de tendance laïque »¹⁰⁶² pour rappeler qu'une telle entreprise ne s'entend que de celles qui ont pour objet « *de promouvoir et de défendre des convictions religieuses, politiques ou philosophiques* ». L'usage d'une clause de neutralité dans un règlement intérieur afin de favoriser le « vivre-ensemble » n'est, aux yeux de la Cour de cassation, pas une fin, mais un moyen¹⁰⁶³. Elle estime en effet que l'association « *avait pour objet non de promouvoir et de défendre des convictions religieuses, politiques ou philosophique 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"* ». La Cour considère donc que la crèche avait un objet « social » et non la promotion ou la défense de convictions. La neutralité imposée aux agents ne relevait donc pas de la promotion de la philosophie laïque mais était un moyen pour parvenir à un objectif d'insertion sociale et professionnelle sans distinction d'opinion politique et confessionnelle. L'assemblée plénière valide ainsi la conception doctrinale française selon laquelle l'entreprise de tendance ou de conviction est celle dont l'objet essentiel de l'activité est la défense ou la promotion d'une doctrine ou d'une éthique. Cette position doctrinale diverge des dispositions de l'article 4, § 2, de la directive du 27 novembre 2000¹⁰⁶⁴, qui n'exigent pas que le but « *des activités professionnelles des églises et autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions* » soit la défense ou la promotion d'une religion ou de convictions particulières.

¹⁰⁶⁰ V. CE 20 juill. 1990, n° 85429, publié au recueil *Lebon* ; D. 1992. 153, obs. D. Chelle et X. Prétot ; *Dr. soc.* 1990. 862, concl. M. Pochard.

¹⁰⁶¹ Cass., Ass. Plèn., 25 juin 2014, aff. Baby-Loup, n°13-28.369, F-P+B+R+I : *Dalloz actualité* 27 juin 2014, obs. Peyronnet ; D., 2014, Actu., p. 1386 ; *AJDA*, 2014, p. 1293 ; D., 2014, p. 386 ; *ibid.*, p. 1536, entretien Radé ; *RDT*, 2014, p. 607, note Adam ; *AJCT*, 2014, p. 337, tribune de la Morena ; *JS Lamy*, 2014, n° 371-2, obs. Hautefort ; *Dr. soc.*, 2014, p. 811, étude Mouly ; *RDT*, 2014, p. 607, note Adam ; *RTD civ.*, 2014, p. 620, obs. Hauser ; *RJS*, 2014, p. 576, n° 667.

¹⁰⁶² François GAUDU, « L'entreprise de tendance laïque », *Dr. soc.* 2011, p. 1186.

¹⁰⁶³ V. L'avis du procureur général Jean-Claude Marin rendu à l'occasion de l'arrêt Cass., Ass. Plèn., 25 juin 2014, aff. Baby-Loup, n°13-28.369, F-P+B+R+I.

¹⁰⁶⁴ 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.

Conclusion

587. Le désir des employeurs de s'engager en faveur de la diversité est conditionné par les incitations formulées par le législateur. L'utilitarisme qui anime les entreprises dans leur poursuite d'un objectif de diversité n'ira pas souvent au-delà de ce qui reste avantageux pour elles, que ce soit en terme d'image, ou au regard de la sécurité juridique que procure l'évitement des contentieux pour discrimination. Inclure plus de diversité dans les entreprises ne saurait se faire à coût constant. Pour qu'une telle inclusion ait lieu, il faudrait que le travail et son organisation soient toujours adaptées aux êtres humains, à tous les êtres humains. L'ambition de refléter au sein d'un collectif de travail la diversité française exige donc un engagement fort et commun des acteurs publics et privés. Pour l'État, cela suppose de permettre d'ouvrir la formation initiale et continue à tous les niveaux de qualification, du BEP à l'ENA, et sans discriminations. Les chances de réussite devant être les mêmes que l'on soit blanc ou noir, homme ou femme, valide ou en situation de handicap. Pour les entreprises, cela suppose d'avoir des procédures de recrutement sans biais ou préjugés et de garantir un environnement adapté à l'ensemble des travailleurs. Mais on ne peut poursuivre un objectif de diversité sans connaître l'état de la diversité de l'entreprise et celle vers laquelle elle doit tendre. C'est dans un premier temps sur ces aspects que le législateur devrait se concentrer, faire un état des lieux global et continu permettant de déterminer la nature et les limites des mesures positives pouvant être adoptées pour corriger les écarts ainsi constatés. Le but n'étant pas de multiplier les règles différentialistes mais de reformuler la règle générale pour qu'elle soit plus inclusive. Si les lois demeurent faussement universelles, les acteurs de terrains se trouveront dans la situation de traiter différemment des catégories de personnes pour leur faire bénéficier de ce que la loi a prévu sans tenir compte de leur situation au lieu de formuler dès le début une norme faite pour tous. C'est le cas du traitement de la liberté religieuse, ou des congés parentaux, qui par la conception d'une multitude de normes différentialistes aboutit à de l'injustice pour ceux qui se trouvent dans les interstices et ne sont pas couverts par les règles particulières.

588. On peut donc sérieusement douter aujourd'hui de la pertinence de valoriser la diversité dans les entreprises uniquement par l'intermédiaire des conventions et accords collectifs. Défendre efficacement des besoins divers, dans le cadre d'une négociation collective, semble voué à l'échec lorsque les syndicats eux-mêmes n'ont pas nécessairement

conscience des difficultés rencontrées par les personnes discriminées. On pourrait même se demander si c'est là le rôle des syndicats que de défendre les intérêts de ceux qui sont exclus de l'emploi. En effet, *a priori*, les représentants au sein de l'entreprise auront à cœur de défendre les intérêts de ceux qui les ont élus, c'est pourquoi la négociation d'entreprise ne saurait qu'être à l'image de ce qu'est l'entreprise. Mais au niveau national, les syndicats ont un recul beaucoup plus grand sur les aspects systémiques des discriminations, ils voient plus clairement la répartition en genre, en couleur et en âge des emplois, ce qui rend leur expertise beaucoup plus intéressante qu'au niveau de l'entreprise. Ainsi, dans l'hypothèse où la recherche de diversité serait considérée comme un objectif légitime à poursuivre, les pouvoirs publics pourraient en fixer les objectifs (par le biais de la statistique publique) et les périmètres (par sphère « éducation », « emploi », « logement », etc.), agir pour la part des écarts de diversité dont ils sont comptables (accès à l'école, éducation des enfants pour lutter contre les représentations genrées et donc pour améliorer la mixité des métiers, formulations plus inclusives des lois...) et les contraintes pour y parvenir (interdictions des mesures positives favorisant ou créant des stéréotypes, inutilement différentialistes...). Les conventions de branche pourraient formuler des clauses de mesures positives pouvant être utilisées au sein des entreprises, charge pour ces dernières de sélectionner les mesures utiles au contexte et aux besoins de diversité qui sont les leurs. La plupart des accords collectifs portant sur la diversité sont, pour l'heure, des coquilles vides, c'est donc du contenu efficace et non stéréotypé qu'il convient de leur proposer. Un [décret n°2018-1002 du 19 novembre 2018](#) va dans cette direction avec la création d'un « Conseil pour l'inclusion dans l'emploi » mis en place auprès du ministre chargé de l'emploi. Cette initiative permettra de sélectionner et diffuser les « bonnes pratiques » des partenaires sociaux et ainsi proposer des mesures répondant à un certain degré d'exigences et de compatibilité à l'égard des principes de non-discrimination et d'égalité. Cependant, plus globalement, pour que la loi soit conçue de manière non stéréotypée, pour qu'elle prenne en considération les besoins de tous, il faut qu'elle soit conçue par des personnes qui soient à l'image de la société. Cela suppose une promotion de la diversité dans la sphère politique pour que les décideurs soient à l'image de la population. Le changement de sphère permet d'intégrer d'autres composantes de la diversité aux règles de protection. Il serait par exemple pertinent, au sein de la sphère politique, d'assurer une juste représentation de l'ensemble des catégories socioprofessionnelles, en plus de celles relevant de ce que les gens *sont* qui ont pu être identifiées pour la sphère du travail.

BIBLIOGRAPHIE

I – Ouvrages généraux

- AUZERO Gilles, BAUGARD Dirk et DOCKES Emmanuel,
– *Droit du travail 2019*, 32ème éd., Précis, Paris, Dalloz, 2018.
- BLOCH Oscar, WARTBURG Walther von (dir.),
– *Dictionnaire étymologique de la langue française*, 3. éd, coll. Quadrige Dicos poche, Paris, Presses Univ. de France, 2008.
- CARCASSONNE Guy, GUILLAUME Marc
– *La Constitution*, Préface de George Vedel, Paris, Seuil, 2017.
- CASTEL Robert,
– *La montée des incertitudes travail, protections, statut de l'individu*, Paris, Éditions du Seuil, 2009.
- CHAGNOLLAUD Dominique, DRAGO Guillaume et ANCEL Jean-Pierre (dir.),
– *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2010.
- FAVOREU Louis, TREMEAU Jérôme, GAÏA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PFERSMANN Otto, PINI Joseph, ROUX André, PENA Annabelle et SOFFONI Guy,
– *Droit des libertés fondamentales*, 7ème éd., Précis, Paris, Dalloz, 2015.
- GADRAT Magali, RADÉ Christophe, DECHRISTÉ Caroline,
– *Mégacode du travail (version numérique)*, Dalloz, 2018.
- GREWE Constance, RUIZ FABRI Hélène,
– *Droits constitutionnels européens*, 1^{ère} éd., Collection Droit fondamental. Droit politique et théorique, Paris, PUF, 1995.
- HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie et ROMAN Diane,
– *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 3ème éd., Hypercours, Paris, Dalloz, 2017.
- LOKIEC Pascal,
– *Il faut sauver le droit du travail*, coll. Collection Corpus, Paris, Odile Jacob, 2015, 176p.
- MINÉ Michel, MARCHAND Daniel,
– *Le droit du travail en pratique*, Paris, 29^{ème} éd., Eyrolles, 2018.
- NOIRIEL Gérard,
– *Une histoire populaire de la France : de la guerre de Cent Ans à nos jours*, coll. Mémoires sociales, Agone, 2018, 830p.
- PORCHER Thomas,
– *Traité d'économie hérétique: en finir avec le discours dominant*, Paris, Fayard, 2018.
- ROBIN-OLIVIER Sophie,
– *Manuel de droit européen du travail*, Bruylant, 2016.
- ROUBINEAU Jean-Manuel,
– *Les cités grecques, essai d'histoire sociale*, PUF, 2015.
- SUDRE Frédéric, MARGUENAUD Jean.-Pierre, ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GONZALEZ Gérard, GOUTTENOIRE Adeline, MILANO Laure et SURREL Hélène,
– *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 8ème éd., coll. Thémis Droit, Paris, PUF, 2017.

WAQUET Philippe,

- *L'entreprise et les libertés du salarié*, Paris, Editions Liaisons, 2003.

ZOLLER Élisabeth,

- *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010.

II – Ouvrages spéciaux, Thèses, Essais

ADAM Patrice,

- *L'individualisation du droit du travail: essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social, t. 39, Paris, 2005, p. 416.

AKANDJI-KOMBÉ Jean-François,

- *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme*, Editions du Conseil de l'Europe, coll. « Précis sur les droits de l'homme », n° 7, 2006.

AMSELLE Jean-Loup, FRANÇOIS Julien, GUIRLINGER Lucien, HÉRITIER Françoise, KHERAD Rahim et LE BLANC Guillaume,

- *Diversité culturelle et universalité des droits de l'homme*, Ed. Cécile Defaut, 2010.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUENAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane et SUDRE Frédéric,

- *Dictionnaire des droits de l'homme*, 1ère éd, Paris, PUF, 2008.

ARISTOTE

- *Éthique à Nicomaque, Livre V Sur la justice*, traduction par Richard Bodéüs, Présentation et notes par Daniel Agacinski, Paris, Flammarion, GF 1380, 2008.

ATTAL-GALY Yaël,

- *Droits de l'homme et catégories d'individus*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 237, 2003.

BADINTER Elisabeth,

- *Le conflit: la femme et la mère*, Paris, Librairie générale française, 2015.

BARD Christine, BAUDELLOT Christian et MOSSUZ-LAVAU Janine,

- *Quand les femmes s'en mêlent : genre et pouvoir*, Paris, Ed. de la Martinière, 2004.

BARTH Isabelle,

- *Manager la diversité: de la lutte contre les discriminations au leadership inclusif*, coll. Stratégie d'entreprise, Dunod, 2018.

BARTH Isabelle, FALCOZ Christophe,

- *Nouvelles perspectives en management de la diversité égalité, discrimination et diversité dans l'emploi*, Cormelles-le-Royal, EMS, Management & société, 2010.
- *Le management de la diversité : enjeux, fondements et pratiques*, Paris, L'Harmattan, 2007.

BASDEVANT Adrien, MIGNARD Jean-Pierre,

- *L'empire des données: essai sur la société, les algorithmes et la loi*, Paris, Don Quichotte éditions, 2018.

BAUDELLOT Christian, ESTABLET Roger,

- *Quoi de neuf chez les filles ? : entre stéréotypes et libertés*, Nathan, coll. L'enfance en question, Paris, 2007.

BENTOUHAMI Hourya, MÖSCHEL Matthias,

- *Critical race theory: une introduction aux grands textes fondateurs*, A droit ouvert, Paris, Dalloz, 2017.

- BERENI Laure (dir.),
 – *Discrimination positive*, coll. Pouvoirs, n° 111, Paris, Seuil, 2004.
- BERREY Ellen,
 – *The Enigma of Diversity : The Language of Race and the Limits of Racial Justice*, University of Chicago Press, 2015.
- BIDAULT Mylène,
 – *Le comité pour l'élimination de la discrimination raciale : analyse d'une dynamique institutionnelle*, Paris, Montchrestien, 1997.
- BLATMAN Michel, VERKINDT Pierre-Yves et BOURGEOT Sylvie,
 – *L'état de santé du salarié : de la préservation de la santé à la protection de l'emploi*, Ed. Liaisons, 2^{ème} éd., 2009, et 3^{ème} éd., 2014.
- BORGETTO Michel,
 – *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, LGDJ, 1993.
- BORRILLO Daniel. (dir),
 – *Lutter contre les discriminations*, Paris, coll. Recherches, Ed. La Découverte, 2003.
- BRAIBANT Guy,
 – *La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Editions du Seuil, 2001.
- BUI-XUAN Olivia,
 – *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Thèse dirigée par le Professeur Jacques CHEVALIER et soutenue à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) le 18 décembre 2003, coll. Corpus Essais, éd. Economica, 2004.
- CAILLET Marie-Caroline,
 – *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : étude à partir des entreprises transnationales*, thèse, Université de Bordeaux, 2014.
- CALVÈS Gwénaële,
 – *La discrimination positive*, 4^{ème}, coll. Que sais-je ?, n°3712, PUF, 2016.
 – *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis. Le problème de la discrimination positive*, Paris, LGDJ, 1998.
- CLUZEL-METAYER Lucie et MERCAT-BRUNS Marie,
 – *Discriminations dans l'emploi : analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 2011.
- COTTA Michèle,
 – *Femmes dans les lieux de décision*, Les éditions des Journaux officiels, Paris, 2000.
- CUSACK Carole M.,
 – *Invented Religions: Imagination, Fiction and Faith*, Farnham : Ashgate, 2010.
- DAUGAREILH Isabelle,
 – *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2005.
 – *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant, Bruxelles, 2010.
- DESPAX Michel,
 – *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1956.
- DJABI Anissa,
 – *Le label diversité. Un levier pour la prévention et la lutte contre les discriminations*, AFMD et Fondation FACE, 2011.
- DOBBIN Frank,
 – *Inventing Equal Opportunity*, Princeton, PUP, 2009.

- DOCKÈS Emmanuel (dir) et a.
- *Proposition de code du travail*, Paris, Dalloz, 2017.
- DOYTCHEVA Milena,
- *Politiques de La diversité - Sociologie des discriminations et des politiques antidiscriminatoires au travail*, coll. Travail et société. Vol. 80, Bruxelles, Peter Lang Pub Inc, 2015.
 - *Diversité et lutte contre les discriminations au travail : catégorisations et usages du droit*, 2018.
- DUBET François,
- *Ce qui nous unit. Discriminations, égalité et reconnaissance*, Paris, Le Seuil, 2016, 128p.
- DUPRE DE BOULOIS Xavier et BIOY Xavier (dir.),
- *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales*, coll. Grands arrêts, Paris, Dalloz, 2017.
- DURKHEIM Émile,
- *De la division du travail social (1977)*, 11ème éd., coll. Quadrige, Paris, PUF, 2013.
- EMCKE Carolin,
- *Contre la haine : plaidoyer pour l'impur*, Le Seuil, 2017.
- FENET, Alain et SOULIER Gérard,
- *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, Éd. L'Harmattan, 1989.
- FRASER Nancy ET FERRARESE Estelle,
- *Qu'est-ce que la justice sociale ? reconnaissance et redistribution*, Paris, Éd. la Découverte, 2011.
- GOGOS-GINTRAND Amélie,
- *Les statuts des personnes : Etude de la différenciation des personnes en Droit*, IRJS Editions, coll. André Tunc, Tome 30, 2011.
- GROUPE D'ETUDES ET DE RECHERCHES SUR LES MONDIALISATIONS,
- *Europe, diversité culturelle et mondialisations: actes I de l'Université des mondialisations du GERM, Parc de la Villette, juin 2003*, coll. « La philosophie en commun », Paris, France, L'Harmattan, 2005.
- GUIGUE Marion,
- *La personne handicapée. Contribution à l'étude de l'utilité de son statut*, Thèse dirigée par la Professeur Anne D'HAUTEVILLE et soutenue à Montpellier le 5 décembre 2011.
- GUIOMARD Frédéric, ROBIN-OLIVIER Sophie,
- *Diversité et discriminations raciales : une perspective transatlantique*, Coll. Thèmes et commentaires (Actes), Paris, Dalloz, 2009.
- HAUTE AUTORITE DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS ET POUR L'EGALITE,
- *Abécédaire des discriminations : six ans de délibérations de la HALDE*, Paris, la Documentation française, 2011.
- HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie, MÖSCHEL Matthias et ROMAN Diane,
- *Ce que le genre fait au droit*, coll. À droit ouvert, Paris, Dalloz, 2013.
- HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, (dir.),
- *La loi et le genre : études critiques de droit français*, Paris, CNRS Éditions, 2014.
- HULL Gloria T., et al,
- *All the Women Are White ; All the Blacks Are Men, But Some of Us are Brave*, éd. The Feminist Press, 1982.

- ICARD Philippe et OLIVIER LEPRINCE Juliette,
- *Le concept de diversité en droit de l'Union européenne*, Centre de recherche et d'étude en droit et science politique (Dijon), Bruxelles, Bruylant, 2015.
- JOLY Laurène,
- *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, t. 147, Paris, Dalloz, 2015.
- JOURNEES D'ETUDES DU POLE EUROPEEN JEAN MONNET, Laurence POTVIN-SOLIS (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, 27, 28 et 29 novembre 2006*, coll. Collection Colloques Jean Monnet, Bruxelles, Bruylant, 2010.
- KELSEN Hans,
- « Justice et droit naturel », *Annales de Philosophie Politique*, 1959.
- KESLASSY Éric,
- *De la discrimination positive*, Paris, Ed. Bréal, 2004.
- KOUBY Geneviève et GUGLIELMI Gilles-J. (dir)
- *L'égalité des chances, Analyses, évolutions, perspectives*, Coll. Recherches, Paris, Ed. La Découverte, 2000.
- KYMLICKA Will,
- *Les théories de la justice: une introduction: libéraux, utilitaristes, libertariens, marxistes, communautariens, féministes*, traduit par Marc SAINT-UPERY, coll. La Découverte / poche Sciences humaines et sociales, n° 159, Paris, La Découverte, 2003.
- LAMBERT Thierry (dir),
- *Égalité et Équité : antagonisme ou complémentarité*, Paris, Economica, 1999.
- LECOINTRE Guillaume et LE GUYADER Hervé,
- *Classification phylogénétique du vivant*, 4^{ème} éd., Paris, Belin, 2017.
- LEJEUNE Aude, HUBIN Joël, RINGELHEIM Julie, ROBIN-OLIVIER Sophie, SCHOENAERS Frédéric et YAZDANPANAH Héléna,
- *Handicap et aménagements raisonnables au travail: Importation et usages d'une catégorie juridique en France et en Belgique*, Mission de recherche Droit et Justice, CERAPS, Université de Lille, 2017.
- LE TREHONDAT Patrick et SILBERSTEIN, Patrick,
- *Vive la discrimination positive*, Paris, Ed. Syllepse, 2004.
- LEVISON Sanford,
- *Wrestling with Diversity*, Durham, Duke University Press, 2003.
- LOCHAK Danièle,
- *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Coll. Les voies du Droit, Paris, PUF, 2010.
- LYON-CAEN Antoine et MERCAT-BRUNS Marie,
- *Personne et discrimination: perspectives historiques et comparées*, Thèmes et Commentaires, Paris, Dalloz, 2006.
- MASQUÉFA-NEAU-LEDUC Christine,
- *La restructuration*, préf. B. Teyssié, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, tome 342, 2000.
- MEDARD Robin,
- *La République face aux droits des minorités : lire l'ordre juridique français à partir de la théorie libérale de Will Kymlicka*, coll. Questions contemporaines, Paris, Harmattan, 2015.

MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand,

- *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Aix-en-Provence, PUAM, Economica, coll. « Droit public positif », 1997.

MERCAT-BRUNS Marie,

- *Discrimination at work : comparing European, French, and American law*, Oakland, California, University of California Press, 2016.
- *Discriminations en droit du travail : dialogue avec la doctrine américaine*, Paris, Dalloz, 2013.

MICHAELS Walter Benn,

- *La diversité contre l'égalité*, Paris, Raisons d'agir, 2009.

MINE Michel,

- *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, coll. Paradigme, Bruxelles, Larcier, 2016.

MINE Michel et ALLEMANT Sylvain,,

- *Siffler en travaillant: les droits de l'homme au travail, un état des lieux*, coll. Libertés plurielles, Paris, Cavalier bleu, 2006.

NDIAYE Pap,

- *La condition noire*, Paris, Calmann-Lévy, 2008

OGIER-BERNAUD Valérie,

- *Les droits constitutionnels des travailleurs*, coll. Droit public positif. Thèses et travaux universitaires, Paris : Aix-en-Provence, Economica ; Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003

PERETTI Jean-Marie et ABORD DE CHATILLON Emmanuel,

- *Tous différents : gérer la diversité dans l'entreprise*, Paris, Eyrolles : Éditions d'Organisation, 2006.

POSSAMAI Adam,

- *Religion and popular culture: a hyper-real testament*, coll. Gods, humans, and religions, n° 7, New York, P.I.E.-Peter Lang, 2005.

QUENAUDON DE René et MARTIN-CHENUT Kathia (dir.),

- *La RSE saisie par le droit*, Pedone, Paris, 2016.

RADÉ Christophe,

- *Discriminations et inégalités de traitement dans l'entreprise*, Paris, Liaisons, coll. Droit vivant, 2011.

RAWLS John,

- *Théorie de la Justice*, Paris, Ed. du Seuil, 1987.

RENAUT Alain,

- *Un humanisme de la diversité. Essai sur la décolonisation des identités*, Flammarion, 2009.
- *Égalité et discriminations : un essai de philosophie politique appliquée*, Coll. La couleur des idées, Paris, Ed. du Seuil, 2007.

RINGELHEIM Julie,

- *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

RINGELHEIM Julie, HERMAN Ginette et REA Andréa (dir.),

- *Politiques antidiscriminatoires*, coll. Ouvertures politiques, Bruxelles, De Boeck Université, 2015.

ROBIN-OLIVIER Sophie,

- *Le principe d'égalité en droit communautaire : étude à partir des libertés économiques*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999, 552p.

SABBAGH Daniel,

- *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, Coll. Etudes politiques, Paris, Economica, 2003.

SABEG Yazid Et CHARLOTIN Christine,

- *La diversité dans l'entreprise, comment la réaliser?*, Paris, Editions d'Organisation, 2006.

SAFI Mirna,

- *Les inégalités ethno-raciales*, Paris, La Découverte, 2013.

SALMON Anne,

- *Moraliser le capitalisme ?*, coll. Société, Paris, CNRS éditions, 2009.

SCHNAPPER Dominique,

- *La démocratie providentielle. Essai sur l'égalité contemporaine*, Paris, Gallimard, 2010.

DE SCHUTTER Olivier,

- *Discriminations et marché du travail : liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, coll. Travail & société, n° 28, Bruxelles, P.I.E. : Peter Lang, 2001.

SEN Amartya,

- *The Idea of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2009, 497p.

SÉNAC Réjane,

- *Les non frères au pays de l'égalité*, coll. Nouveaux débats, Paris, Presses de Sciences Po, 2017.
- *L'égalité sous conditions: genre, parité, diversité*, coll. Domaine fait politique, Paris, Presses de Sciences Po, 2015.
- *L'invention de la diversité*, coll. Le lien social, Paris, PUF, 2012.

SLAMA Serge,

- *Les discriminations selon l'origine*, coll. Problèmes politiques et sociaux, n° 966, Paris, La Documentation française, 2009.

SUPIOT Alain (dir.),

- *La gouvernance par les nombres: cours au Collège de France (2012-2014)*, Nantes ; Paris, Institut d'études avancées de Nantes ; Fayard, 2015.
- *Au-delà de l'emploi : Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Paris, Flammarion, 2016.

SWEENEY Morgan,

- *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, thèse de doctorat réalisée sous la direction du Pr. Antoine Lyon-Caen, Université Paris Ouest Nanterre La défense, 2010.

THARAUD Delphine, BOYER-CAPELLE Caroline,

- *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, L'Harmattan, à paraître.

THARAUD Delphine, MARGUÉNAUD Jean-Pierre (dir),

- *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, coll. Laboratoire de droit privé & de sciences criminelles, Aix-en-Provence, PUAM, 2013.

TOCQUEVILLE (de) Alexis,

- *De la démocratie en Amérique*, Pagnerre, 1848, tome 2.

TSUJIMURA Miyoko, LOCHAK Danièle, TOHOKU DAIGAKU et SOCIETE DE LEGISLATION COMPAREE (dir.),

- *Egalité des sexes: la discrimination positive en question: une analyse comparative: France, Japon, Union européenne et Etats-Unis*, Paris, Société de législation comparée, 2006.

VERGÈS Françoise,

- *Le ventre des femmes : capitalisme, racialisation, féminisme*, coll. Coll. « Bibliothèque Albin Michel idées », Paris, Albin Michel, 2017.

WALZER Michaël,

- *Sphères de justice: une défense du pluralisme et de l'égalité*, Paris, Seuil, 2013.

WAQUET Philippe,

- *L'entreprise et les libertés du salarié: du salarié-citoyen au citoyen-salarié*, Collection droit vivant, Paris, Ed. Liaisons, 2003.

WEIL Simone,

- *Attente de Dieu*, Paris, Fayard, 1977.

WIEVIORKA Michel, LE BRAS Hervé, LEMOS IGREJA Rebecca, GUERIN-PACE France et I. FILIPPOVA Elena,

- *Diviser pour unir ? : France, Russie, Brésil, États-Unis face aux comptages ethniques*, 2018.

WILSON William Julius,

- *The Truly Disadvantaged : The Inner City, the Underclass, and Public Policy*. Chicago, University of Chicago Press, 1987.
- *The Declining Significance of Race : Blacks and Changing American Institutions*, 2nd Edition, Chicago, University of Chicago Press, 1980.

ZOLLER Élisabeth,

- *L'autre: études réunies pour Alfred Grosser*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1996.
- *Quand les femmes s'en mêlent: genre et pouvoir*, Paris, Éditions de la Martinière, 2004.

III – Rapports, Guides

ADECCO,

- LANVINET Bruno et EVANS Paul, *Index mondial sur la compétitivité et les talents 2018 - La diversité : Un levier de compétitivité*, INSEAD, Adecco Group, Tata communications, 2018.

AFNOR,

- *Label « Diversité »*, NF X50-784, Mai 2016.

ASSEMBLÉE NATIONALE

- JACQUAT Denis, *Assurance vieillesse, Tome III, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi de financement de la Sécurité sociale pour 2010 pour l'Assemblée nationale*, n° 1994, 2009.

ASSOCIATION FRANCAISE DES MANAGERS DE LA DIVERSITE (AFMD),

- STONE Pete et ZANNAD Hédia, « Mesurer la discrimination et la diversité - Eléments de réponse », Paris, 2009.
- CORNET Annie, *Le dialogue social et la gestion de la diversité*, AFMD et ORSE, 2014.

- GARNIER-MOYER Hélène, *Réflexions autour du concept de diversité - Éclairer pour mieux agir*, AFMD et Univ. Paris 1, 2012.
- CENTRE DE RECHERCHE EN ÉCONOMIE ET STATISTIQUE (CREST),
- BEHAGHEL Luc, CREPON Bruno, LE BARBANCHON Thomas, *Évaluation de l'impact du CV anonyme*, Rapport final, CREST, 31 mars 2011.
- CNIL,
- « Mesure de la diversité, statistiques ethniques, égalité des chances : les 10 recommandations pour mieux lutter contre les discriminations », 16 mai 2007.
 - DEBET Anne (rapporteur), « Mesure de la diversité et protection des données personnelles », Rapport présenté en séance plénière le 15 mai 2007, 41p.
- COMITÉ POUR LA MESURE ET L'ÉVALUATION DE LA DIVERSITÉ ET DES DISCRIMINATIONS (COMEDD),
- HÉRAN François, *Inégalités et discriminations : Pour un usage critique et responsable de l'outil statistique*, Rapport au Commissaire à la diversité et à l'égalité des chances, Paris, La documentation française, 2010.
- COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE,
- BOSSET Pierre, *Réflexions sur la portée et les limites de l'obligation d'accommodement raisonnable en matière religieuse*, Document adopté à la 497e séance de la Commission, tenue le 10 septembre 2004, par sa résolution COM-497-5.1.2 et révisé à la 502e séance tenue le 4 février 2005 par sa résolution COM-502-5.1.5.
- COMMISSION EUROPEENNE,
- ÓLAFSSON Stefan « Iceland: Equal pay certification legalised, ESPN Flash Report 2017/55 », *Commission européenne*, European Social Policy Network, juillet 2017.
 - DE VOS Marc, *Au-delà de l'égalité formelle: l'action positive au titre des directives 2000/43/CE and 2000/78/CE*, Rapport thématique, Luxembourg, EUR-OP, 2008.
 - *Livre vert - Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, 0366 final, 2001.
- COMMISSARIAT GÉNÉRAL À LA STRATÉGIE ET À LA PROSPECTIVE
- NAVES Marie-Cécile et WISNIA-WEILL Vanessa, *Lutter contre les stéréotypes « filles/garçons »*, Commissariat général à la stratégie et à la prospective, janvier 2014.
- COMMISSARIAT GÉNÉRAL DU PLAN,
- CHARVET Dominique, *Jeunesse, le devoir d'avenir*, Rapport de la Commission « Jeunes et politiques publiques », Paris, La documentation française, 2001.
- CONSEIL D'ANALYSE ÉCONOMIQUE,
- FITOUSSI Jean-Paul, LAURENT Eloi, MAURICE Joël, *Ségrégation urbaine et intégration sociale*, Rapport du Conseil d'analyse économique, La documentation française, fev. 2004, 327p.
- CONSEIL DE L'EUROPE,
- *Aperçu de la jurisprudence de la Cour en matière de liberté de religion*, Division de la recherche de la Cour européenne des droits de l'homme, 31 octobre 2013, 27p.
 - Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, *Guide sur l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, Liberté de pensée, de conscience et de religion*, 31 mai 2018, 99p.
- CONSEIL D'ÉTAT,
- *La citoyenneté - Être citoyen aujourd'hui*, Rapport annuel 2018, n° 69, coll. Les Études du Conseil D'État, La documentation française, 2018.
 - STASSE François, *Sur le principe d'égalité*, Rapport public 1996, Paris, La documentation française, 1998, 245p.

CONSEIL ÉCONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL

- LIÉBUS Patrick, *Agir pour la mixité des métiers*, Avis du CESE, Section travail et de l'emploi, 26 novembre 2014.

CONSEIL SUPÉRIEUR DE L'ÉGALITÉ PROFESSIONNELLE ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES,

- GRÉSY Brigitte, BECKER Marie, « Guide pour la prise en compte de l'égalité entre les femmes et les hommes dans les systèmes de classification - Un levier de réduction des inégalités salariales entre les femmes et les hommes et de promotion de la mixité », travaux du groupe paritaire sur les classifications réalisées à la demande de Marisol Touraine, ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes, novembre 2016, 124p.

COUR DE CASSATION,

- « Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation », 3^{ème} partie du rapport annuel 2008, Paris, La documentation française, 2009.
- RICHARD DE LA TOUR Jean, *La vie personnelle du salarié*, Étude sur la jurisprudence récente de la chambre sociale de la Cour de cassation, 1999.

DARES,

- GARNER Hélène, RECOULES Magali, *Égalité, diversité, discrimination. Etude de 80 accords d'entreprise sur la diversité*, 182, DARES, 2014.

DÉFENSEUR DES DROITS,

- *11e Baromètre de la perception des discriminations dans l'emploi*, coll. Études et résultats, Défenseur des Droits et OIT, sept. 2018.
- Avis n° 18-20 portant sur l'article 61 du projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises (PACTE) visant à encadrer les enjeux sociaux et environnementaux au sein de l'entreprise, 30 août 2018.
- *Guide : « Emploi des personnes en situation de handicap et aménagement raisonnable »*, 2017.
- *Accès à l'emploi et discriminations liées aux origines*, Études et résultats, sept. 2016, 18p.
- *Guide « Un salaire égal pour un travail de valeur égale Pour une évaluation non discriminante des emplois à prédominance féminine »*, 1^{er} mars 2013, 18p.

DIRECTION DE LA RECHERCHE, DES ÉTUDES ET DE L'ÉVALUATION STATISTIQUES (DREES)

- Laurent LEQUIEN et Virgine ANDRIEUX, *Les retraités et les retraites*, DREES, coll. études et statistiques, 2013, 154p.

FRANCE STRATÉGIE,

- BON-MAURY Gilles, BRUNEAU Catherine, DHERBECOURT Clément, DIALLO Adama, FLAMAND Jean, GILLES Christel et TRANNOY Alain, *Le coût économique des discriminations*, Rapport à la ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle et du Dialogue social et au ministre de la Ville, de la Jeunesse et des Sports, France Stratégie, sept. 2016.

FONDATION BIODIVERSITÉ,

- « Quels indicateurs pour la gestion de la biodiversité ? », *Cahier de l'IFB*, 2007.

GROUPE D'ÉTUDE ET DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS,

- SIMON Patrick, CHAFI Malika et KIRSZBAUM Thomas, *Les discriminations raciales et ethniques dans l'accès au logement social*, La Documentation française, mai 2001, 83p.

HAUT CONSEIL À L'ÉGALITÉ ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES,

- *Guide de la Parité - Des lois pour le partage à égalité des responsabilités politiques, professionnelles et sociales*, éd. 2016.

HAUTE AUTORITÉ DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS ET POUR L'ÉGALITÉ (HALDE),

- *Abécédaire des discriminations : six ans de délibérations de la HALDE*, Paris, La documentation française, 2011.
- MOLINIÉ Éric, *Rapport annuel d'activité 2010*, Halde, avril 2011, 92p.
- *Des pratiques pour l'égalité des chances : Que répondent les entreprises à la HALDE ?*, Guide n° 5 2009/2010, halde.fr, rubrique Guide.
- FALCOZ Christophe, *Homophobie dans l'entreprise*, Paris, La documentation française, halde.fr, Etudes & recherches, 2008.
- *Rapport annuel 2006*, janvier 2007, 235p.
- *Rapport annuel 2005*, avril 2006, 104p.

IGAS,

- Grésy Brigitte, rapport de l'IGAS sur l'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles et familiales dans le monde du travail, *La Documentation française*, juin 2011, 231p.

INED,

- BEAUCHEMIN Cris, HAMEL Christelle, SIMON Patrick et HÉRAN François, *Trajectoires et origines : enquête sur la diversité des populations en France*, coll. Grandes enquêtes, Paris, Ined éditions, 2016.

INSTITUT DIDEROT

- KESLASSY Eric, *Une Assemblée nationale plus représentative ?*, Mandature 2017-2022, Sexe, âge, catégories socioprofessionnelles et « pluralité visible », Institut Diderot, 2017.

INSTITUT MONTAIGNE,

- SABEG Yazid, MEHAIHNERIE Laurence, *Les oubliés de l'égalité des chances*, Institut Montaigne, 2004.

MINISTÈRE DU TRAVAIL

- NOTAT Nicole et SENARD Jean-Dominique, *L'entreprise, objet d'intérêt collectif*, Rapport remis aux ministres de l'économie et des finances, du travail et de la transition écologique et solidaire, La Documentation Française, 9 mars 2018.
- BORELLO Jean-Marc et BARFETY Jean-Baptiste, *Donnons-nous les moyens de l'inclusion*, Rapport sur l'inclusion par l'emploi, la formation et l'accompagnement, remis à la ministre du Travail, le 16 janvier 2018.
- PÉCAUT-RIVOLIER Laurence, *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, Rapport sur les discriminations collectives en entreprise pour les ministères du travail, de la justice et du droit des femmes, La documentation française, 17 décembre 2013.

MINISTÈRES (AUTRES)

- MACHELON Jean-Pierre, *Les relations des cultes avec les pouvoirs publics*, Rapport au Ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire, La documentation française, 2006.

OBSERVATOIRE DE LA RESPONSABILITÉ SOCIÉTALE DES ENTREPRISES (ORSE)

- *Le poids des normes dites masculines sur la vie professionnelle et personnelle d'hommes du monde de l'entreprise*, Rapport de Sylviane Giampino et Brigitte Grésy, mai 2012.

OCDE,

- *Rapport 2017 « Atteindre l'égalité femmes-hommes : Un combat difficile »*, éd. OCDE, Paris, 2017.
- *L'enseignement supérieur à l'horizon 2030, Volume 1, Démographie*, Paris, OECD Publishing, 2008.

PREMIER MINISTRE,

- L'HORTY Yannick, *Les discriminations dans l'accès à l'emploi public*, Rapport au Premier Ministre, 2016.
- BAILLY Jean-Paul, *Rapport sur la question des exceptions au repos dominical dans les commerces : vers une société qui s'adapte en gardant ses valeurs*, La documentation française, 2 décembre 2013, 100p.
- SCHWARTZ Bertrand, *L'insertion professionnelle et sociale des jeunes*, Rapport au Premier ministre, Paris, La documentation française, 1981.

PRÉSIDENTE DE LA RÉPUBLIQUE,

- STASI Bernard, *Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République : rapport au Président de la République*, La Documentation Française, Décembre 2003.
- VEIL Simone et COMITE DE REFLEXION SUR LE PREAMBULE DE LA CONSTITUTION, *Redécouvrir le Préambule de la Constitution - Rapport au Président de la République*, coll. Collection des rapports officiels, La Documentation française, 2008.

STASSE François,

- *Égalité et discriminations positives*, Regards sur l'actualité, La documentation française, 1997.

SÉNAT

- *Les congés liés à la naissance d'un enfant*, Étude de législation comparée n° 200, Service des études juridiques, octobre 2009.
- MAUREY Hervé, Rapport d'information n° 345 (2014-2015), fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales, déposé à la présidence du Sénat le 17 mars 2015.
- Serge VINÇON, *L'avenir du service national*, rapport d'information du Sénat, fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées, n° 349 (1995-1996), 9 mai 1996.
- *L'Inde contemporaine : quelques points de repère*, Rapport de groupes d'amitiés France-Inde, Sénat.

U.S. DEPARTMENT OF EDUCATION OFFICE

- CARNEVALE Anthony et ROSE Stephen, « Socioeconomic Status, Race/Ethnicity, and Selective College Admissions », Research Report, *Century Foundation*, New York, 2003.

IV – Articles de doctrine

ABOUNA Marie-Stéphanie et BRUNO Pierre,

- « Réception et représentation de la notion de diversité : perspective », in *Le concept de diversité en droit de l'Union européenne*, Centre de recherche et d'étude en droit et science politique (Dijon), Bruxelles, Bruylant, 2015.

ACHIN Catherine,

- « "Représentation miroir" vs parité. Les débats parlementaires relatifs à la parité revus à la lumière des théories politiques de la représentation », *Droit et société*, 2001, vol. 47, n° 1, p. 237.

ADAM Patrice,

- Rép. Trav., Harcèlement moral, dalloz, .
- « Réformer et re-former », *Dr. Soc.*, 2016, p. 489.
- « Les laïcités et l'entreprise privée : Représentation(s) dans un théâtre d'ombres », *Dr. Soc.*, 2015, p.708.
- « La figure juridique du harcèlement moral managérial », *Sem. soc. Lamy*, 7 mars 2011, n° 1482, p. 4.

ANDRES Hervé,

- « Droit de vote : de l'exclusion des indigènes colonisés à celle des immigrés », *Asylon(s)*, n° 4, mai 2008.

ANTONIUS Rachad,

- « La mesure de la diversité au Canada : Le lien entre la mesure et l'action », *Communication présentée au colloque Discrimination raciale et diversité : l'essor d'une question sociale*, Université Paris-X Nanterre, 22 juin 2007.

ARDANT Philippe,

- « L'égalité des personnes en droit public ou la poursuite de l'insaisissable égalité réelle », dans *La personne humaine, sujet de droit*, coll. Publication de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, t. 24, Paris, PUF, 1994, p. 143.

ARGOUARC'H Julie et CALAVREZO Oana,

- « La répartition des hommes et des femmes par métier », *DARES Analyse*, n° 079, Décembre 2013.

ARTUS-JEGOU Christine et BEATRIX Yvette,

- « La lutte contre les discriminations », *JCP S*, n° 42, 16 Octobre 2007, 1776.

AUBERT-MONPEYSSSEN Thérèse,

- « Les libertés et droits fondamentaux dans l'entreprise : Brèves remarques sur quelques évolutions récentes », *Mélanges dédiés au président Michel Despax*, 2002, Presse Universitaire de Sciences Sociales de Toulouse, p. 261.

AUVERGNON Philippe,

- « L'obligation d'emploi des handicapés », *Dr. Soc.*, 1991, p. 596.

AUZERO Gilles,

- « Mesures relatives à l'égalité entre les hommes et les femmes (article 98 à 102 de la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010, portant réforme des retraites », *Lexbase hebdo éd. Soc.*, 2010, n° 419. N° N7021BQ4.
- « Précisions autour de l'exigence d'une représentation équilibrée des femmes et des hommes lors des élections professionnelles », *Lexbase*, La lettre juridique n° 743 du 31 mai 2018, N° N4206BX3.
- « Constitutionnalité des dispositions assurant une représentation équilibrée des femmes et des hommes aux élections professionnelles dans l'entreprise », *Lexbase Hebdo éd. Soc.*, n° 729, 1^{er} février 2018.

BACH-IGNASSE Gérard,

- « Le couple homosexuel face au bailleur, aux créanciers, à la sécurité sociale et à l'administration fiscale », *LPA* 10 août 1994, n° 95, p. 29.

BADEL Maryse,

- « La Sécurité sociale a 70 ans. Vive l'universalisation ! », *Dr. soc.*, 2016, p. 263.

- « Les congés familiaux dans l'Union européenne : singularités et convergences », *RDSS*, 2011, p. 881.
- BADINTER Robert,
- « Les discriminations positives dans l'Union européenne », in *Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 37.
- BAILLY Pierre, LHERNOULD Jean-Philippe,
- « Discrimination en raison de l'âge : sources européennes et mise en œuvre en droit interne », *Dr. soc.*, 2012, p. 223.
- BARBATO Jean-Christophe, LANG Jack,
- Rubrique « culture », Répertoire Dalloz de droit communautaire, septembre 2013, n° 178.
- BELRHALI-BERNARD Hafida,
- « "Autant qu'il est possible" de tourner une page d'histoire... Sur les demandes indemnitaires des enfants de harkis », *AJDA*, 2015, p. 114.
- BENETULLIÈRE Sébastien,
- « Justice sociale et espace public : l'exemple de l'affirmative action », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 69-1 2007, p. 57.
- BERENI Laure,
- « La diversité en discours et en pratiques », *La Vie des idées*, 2016.
- BERNARD Alain,
- « L'identité des personnes physiques en droit privé », in *L'identité politique*, Centre de relations internationales et de sciences politique d'Amiens, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, éd. PUF, 1994, p. 127.
- BERTHOU Katell,
- « La preuve des discriminations à l'embauche en raison de l'origine » *RDT*, 2010, p. 635.
 - « Différences de traitement : esquisse des "exigences professionnelles essentielles" après la loi du 27 mai 2008 », *Dr. Soc.*, 2009, p. 410.
 - « Sur les discriminations positives », *Dr. Soc.*, 2000, p. 901.
- BIANCO Jean-Louis, CADENE NICOLAS et WOLMARK Cyril,
- « Peut-on concevoir la neutralité dans l'entreprise ? », *RDT*, 2017, p. 235.
- BICHOT Jacques,
- « L'effet Matthieu revisité », *Dr. soc.*, 2002, p. 577.
- BILON Jean-Louis,
- « L'absence au travail pour motifs religieux », *Cahier Sociaux du Barreau de Paris*, 2003, p. 55.
- BONNARD-PLANCKE Laetitia, VERKINDT Pierre-Yves,
- « Égalité et diversité : quelles solutions ? », *Dr. soc.*, 2006, p. 968.
 - « La lutte contre la discrimination syndicale Millésime 2005 », *Dr. soc.*, 2006, p. 393.
- BORENFREUND Georges,
- « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », *RDT*, 2008, p. 712.
- BORGETTO Michel,
- « Égalité, différenciation et discrimination : ce que dit le droit », *Informations sociales*, 2008/4, n° 148, p. 14.
- BORRILLO Daniel,
- « Apport philosophique et contribution pratique du droit européen en matière de lutte contre les discriminations », in Eric FASSIN et Jean-Louis HALPÉRIN, *Discriminations : pratiques, savoirs, politiques*, Paris, La Documentation française, 2008, p. 33-48.

BOSSET Pierre,

- « Droit de la personne et accommodements raisonnables : le droit est-il mondialisé ? », *RIEJ*, 2009, vol. 62, n° 1, p. 1.
- « Limites de l'accommodement : le droit a-t-il tout dit ? », *Ethique publique*, 2007, vol. 9, n° 1, 2007, p. 165.

BOURDIEU Pierre,

- « L'illusion biographique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, juin 1986, p. 69.

BOUSEZ Françoise, MARTINON Arnaud,

- « Le dédale des contrats aidés », *RDSS*, 2006, p. 595.

BOUSSARD-VERRECCHIA Emmanuelle,

- « De l'écoute de la personne à la qualification des faits et à la stratégie judiciaire », colloque organisé par le Défenseur des droits les 18 et 19 janvier 2018 : « Multiplication des critères de discrimination : enjeux, effets et perspectives ».
- interrogée par Bernard DOMERGUE, « En multipliant les motifs, le législateur affaiblit l'idée même de discrimination », *actuEL CE*, Editions législatives, 2 mars 2017.

BRIBOSIA Emmanuelle, RINGELHEIM Julie et RORIVE Isabelle,

- « Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse », *RTDH*, 2009, n° 78, p. 319.

BRISSEAU Claire,

- « La religion du salarié », *Dr. soc.*, 2008, p. 969.

BRUNEAU Catherine, DHERBÉCOURT Clément, FLAMAND Jean et GILLES Christel,

- « Marché du travail : un long chemin vers l'égalité », *France Stratégie*, 2016.

BRUNEEL Emmanuelle,

- « Quand montrer c'est ne pas dire : analyse sémiotique comparée de deux campagnes gouvernementales de sensibilisation aux préjugés », *Les cahiers de la LCD*, n° 6-1, 2018, p. 77.

BULMAN-POZEN Jessica,

- « Note : Grutter at Work : A Title VII Critique of Constitutional Affirmative Action », *Yale Law Journal*, 2006, n° 115, p. 1408-1448.

CAHEN Fabrice,

- « Le gouvernement des grossesses en France (1920-1970) », *Revue d'histoire de la protection sociale*, n° 7-1, 2014, p. 34, DOI : 10.3917/rhps.007.0034.

CALVÈS Gwénaële,

- « "Sanctionner ou réguler" L'hésitation des politiques de lutte contre les discriminations », *Informations sociales*, 2008/4 n° 148, p. 34-45.
- « Au service de la connaissance et du droit : le testing », *Horizons stratégiques*, 2007/3 n° 5, p. 8-16.
- « Qu'est ce que la discrimination positive ? », *Alternatives économiques*, n° 232-2005.
- « Réfléter la diversité de la population française » : naissance et développement d'un objectif flou », *Revue internationale des sciences sociales*, 2005/1 n° 183, p. 177-186. DOI : 10.3917/riss.183.0177.
- « Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », 2004, *Pouvoirs*, n° 111-4, p. 29 - 40.
- « "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. DOI : 10.3917/cii.017.0173.
- « Pour une analyse (vraiment) critique de la discrimination positive », *Le débat*, n° 117, nov.-déc. 2001, p. 163-174.

- « Les politiques de discrimination positive » in *Problèmes politiques et sociaux*, Paris, La documentation française, 1999.
- CANADAS-BLANC Sophie,
- « L'égalité salariale et professionnelle : les femmes y parviendront-elles ? à propos de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 », *JCP G*, 2006, p. 887.
- CARO Marjorie, CHAMPEAUX Françoise,
- « La première action de groupe devant le TGI de Paris », *Semaine Sociale Lamy*, n° 1809, 29 mars 2018.
- CARON Mathilde, VERKINDT Pierre-Yves,
- « Inaptitude, invalidité, handicap : l'image du "manque" en droit social », *RDSS*, 2011, p. 862.
- CÉSARINI Jean-Pierre, GUÉDON Isabelle,
- « Possible contrôle de la pigmentation cutanée chez l'Homme par des loci non homologues des loci de coloration classiques des Mammifères », *Annales de Génétique et de Sélection Animale*, France, Institut national de la recherche agronomique, EDP Sciences, vol. 13, no 1, 1981, p. 43–56.
- CÉSARO Jean-François,
- « Le Code du travail est pavé de bonnes intentions », *JCP-S*, 2006, p. 1273.
- CHAMBELLAND-LIEBAULT, Nathalie,
- « Les bébés dans le code du travail », *Cahiers Jaurès*, vol. 3-4, n°165-166, 2002, p. 23-38.
- CHAMBERS David, CLYDESDALE Timothy, KIDDER William et LEMPERS Richard,
- « The Real Impact of Eliminating Affirmative Action in American Law Schools », *Stanford Law Review*, 2005, n° 57, p. 1855-1898.
- CHAMPAGNE Clara, PAILHÉ Ariane et SOLAZ Anne,
- « Le temps domestique et parental des hommes et des femmes : quels facteurs d'évolutions en 25 ans ? », *Économie et Statistique*, n° 478-479-480, 29 octobre 2015.
- CHAMPEAUX Françoise, EL YACOUBI Myriam,
- « La première action de groupe est lancée », *Semaine sociale Lamy*, 2017, n° 1771, p. 2.
- CHAPIREAU François,
- « La classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé », *Gérontologie et société*, 24/99-4, 2001, p. 37-56, DOI : [10.3917/g.s.099.0037](https://doi.org/10.3917/g.s.099.0037).
- CHAPPE Vincent-Arnaud,
- « François Dubet, *Ce qui nous unit. Discriminations, égalité et reconnaissance* », *Sociologie du travail*, vol. 60, n° 2, Avril-Juin 2018, mis en ligne le 24 mai 2018.
 - « L'agentivité d'un outil de quantification des inégalités sexuées en entreprise. Les controverses autour du rapport de situation comparée (1967-2015) », *i3 Working Papers Series*, 16-CSI-02, décembre 2017.
 - « La preuve par la comparaison : méthode des panels et droit de la non-discrimination », *Sociologies pratiques*, n° 23-2, 2011, p. 45-55, DOI : [10.3917/sopr.023.0045](https://doi.org/10.3917/sopr.023.0045).
- CHARPENTIER Louis,
- « L'arrêt Kalanke : Expression du discours dualiste de l'égalité », *RTD eur.*, 1996, p. 281.
- CHEVALLIER Jacques,
- « Réflexions sur la notion de discrimination positive », *Libertés, Justice, Tolérance – Mélanges Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 415-428.
 - « Les transformations de la citoyenneté », *Regards sur l'actualité*, avril 1999.

- CLERC Christophe,
- « Sur la réforme de l'entreprise : l'objet social, objet de réforme sociale », *RDT*, 2018, p. 107.
- COLLET Marc, RIOUX Laurence,
- « [Scolarité, vie familiale, vie professionnelle, retraite : parcours et inégalités entre femmes et hommes aux différents âges de la vie](#) », in *Insee Références, Femmes et hommes, l'égalité en question*, 7 mars 2017.
- COUFFIN-KHAN Mailys,
- « La place des convictions religieuses du salariés lors de l'exécution de son contrat de travail », *Dr. Ouv.*, juin 1999, p. 228.
- COUSTET Thomas,
- « [La "procédure de l'arrêt pilote" entre les mains de la garde des Sceaux](#) », *Dalloz actualité*, 26 mars 2018.
- COVA Anne,
- « [Où en est l'histoire de la maternité ?](#) », *Clio*, n° 21-1, 2005, p. 13.
- CRENSHAW Kimberlé,
- [Demarginalizing the Intersection Between Race and Sex. A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist politics](#), University of Chicago Law Forum 1989, p. 139.
- CRESP Marie,
- « La coparentalité ou pluriparentalité : entre réalité sociologique et inexistance juridique », *AJ fam.*, 2018.
- DAUGAREILH Isabelle,
- « La responsabilité sociale des entreprises en quête d'opposabilité », in Alain Supiot, *Prendre la responsabilité au sérieux*, Hors collection, Paris, PUF, 2015, p. 183 - 199.
- DESBARATS Isabelle,
- « Entre exigences professionnelles et liberté religieuse : quel compromis pour quels enjeux ? », *JCP S*, n° 26, 28 juin 2011, 1307.
 - « De la diversité religieuse en milieu de travail : Regard croisé en droit français et en droit canadien », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, n° 3, décembre 2010, p. 1447-1472.
- DE SCHUTTER Olivier,
- « Égalité et différence : le débat constitutionnel sur la discrimination positive aux États-Unis », *RTDH*, 1991, p. 347.
- DESROSIERES Alain,
- « [Enquêtes versus registres administratifs : réflexions sur la dualité des sources statistiques](#) », *Courrier des statistiques (1977-2011)*, 2014, p. 111.
- DEWITTE Philippe,
- « [La citoyenneté multiculturelle, Will Kymlicka](#) », *Sciences humaines*, vol. 255, n°1, 2014, p. 17.
- DICKSON Lisa M.,
- « Does Ending Affirmative Action in College Admissions Lower the Percent of Minority Students Applying to College ? », *Economics of Education Review*, 2006, n° 25, 2006, p. 109-119.
- DOYTCHEVA Milena,
- « [Usages français de la notion de diversité : permanence et actualité d'un débat](#) », *Sociologie*, vol. 1, 2010/4, p. 423-438.
 - « [Réinterprétations et usages sélectifs de la diversité dans les politiques des entreprises](#) », *Raisons Politiques*, n° 35, 2009, p. 107-123.

- DUBET François,
- « [Égalité des places, égalité des chances](#) », *Études*, n°414-1, 2011, pp. 31-41.
- DURU-BELLAT Marie,
- « [La diversité : esquisse de critique sociologique](#) », *Notes & Documents*, 2011-03, Paris, OSC, SciencesPo/CNRS.
- ESTLUND Cynthia,
- « [Putting Grutter to Work : Diversity, Integration, and Affirmative Action in the Workplace](#) », *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, 2005, n° 26, p. 1-39.
- EVERAERT-DUMONT Dominique,
- « [Discrimination dans l'attribution de jours de congés supplémentaires](#) », *JCP S*, 2011, p. 1323.
- FAUSTO-STERLING Anne,
- « [How sexually dimorphic are we? Review and synthesis](#) », *American Journal of Human Biology*, 2000, p. 151-166.
- FAVENNEC-HÉRY Françoise,
- « [Non discrimination, égalité, diversité, la France au milieu du gué](#) », *Dr. soc.*, 2007, p. 3.
 - « [Vers un accord national interprofessionnel sur la diversité dans l'entreprise](#) », *JCP S*, n° 47, 21 Novembre 2006, 1914.
- FAYOLLE Jacky,
- « [À propos de la gouvernance par les nombres, pour une articulation de la raison juridique et de la raison statistique](#) », *Droit et société*, 98-1, 2018, p. 203-226.
- FILIPPOVA Elena et GUERIN-PACE France,
- « [Le recensement : miroir ou prescripteur ?](#) », n° 2, *Socio*, 2013, p. 229-272.
- FLAUSS Jean-François,
- « [Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'homme](#) », in *Pouvoir et liberté : Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 467-478.
 - « [L'action de l'Union européenne dans le domaine de la lutte contre le racisme et la xénophobie](#) », *RTDH*, n° 36, 2001, p. 514.
- FOHLEN Claude, SABBAGH Daniel,
- « [Noirs américains](#) », *Encyclopædia Universalis*.
- FORSÉ Michel,
- « [Une comparaison internationale à propos des principes de justice sociale](#) », *Inégalités et justice sociale*, La Découverte, 2014, pp. 108-129.
- FRANÇOIS Bénédicte,
- « [Mixité au sein des conseils : lancement de l'indice Zimmermann](#) », *Rev. sociétés*, 2017, p. 260.
 - « [Quota de femmes dans les conseils d'administration : premier bilan négatif](#) », *Rev. sociétés*, 2017, p. 606.
- FRANKENBERG Erica, LEE Chungmei et ORFIELD Gary,
- « [A Multiracial Society with Segregated. Schools: Are We Losing the Dream?](#) », *Civil Rights Project*, janvier 2003.
- FREDMAN Sandra,
- « [Créer une différence promesses et périls des obligations positives dans le domaine de l'égalité](#) », *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination*, n° 6/7, 2008, p. 49.
- FRISON-ROCHE Marie-Anne,
- « [Le droit de la compliance](#) », *D.*, 2016, p. 1871.

- GASPARD Françoise,
- « Du patriarcat au fratriarcat. La parité comme nouvel horizon du féminisme », *Cahiers du genre*, hors-série, n° 2, 2011/3.
- GAUDU François,
- « L'entreprise de tendance laïque », *Dr. soc.*, 2011, p. 1186.
 - « La religion dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 2010, p. 65.
 - « Droit du travail et religion », *Dr. soc.*, 2008, p. 959.
- GAURIAU Bernard,
- « Les accords collectifs relatifs à la diversité », *Dr. soc.*, 2008, p. 1060.
- GESHEKTER Charles L.,
- [The Effects of Proposition 209 on California: Higher Education, Public Employment, and Contracting](#), 25 sept. 2008.
- GOSSERIES Axel,
- « Le labyrinthe des égalitarismes », *Le Banquet*, n° 15, 2000, p. 57.
- GRARD Loïc,
- « La continuité territoriale entre l'Hexagone et les outre-mer », *AJDA*, 2018, p. 97.
- GRÜNDLER Tatiana,
- « Tous discriminés ? » *in* dossier : « Le droit des libertés en question(s) - Colloque des 5 ans de la RDLF », *RDLF*, 2017, chron. n°33.
- GUERRERO ANDREA, CARBAO Devon (rev.), GULATI Mitu (rev.),
- « What Exactly is Racial Diversity ? », *California Law Review*, 2003, vol. 91, n° 4, p. 1159-1165.
- GUIOMARD Frédéric
- « La situation de la mère après la période de protection légale », *Dr. ouv.*, n°839, juin 2018.
- GUYOT Henry,
- « Licenciement pour motif économique - La revitalisation des bassins d'emplois », *JCP sociale*, n°27, 2 juillet 2013, p. 1276.
 - « La diversité dans l'entreprise », *JCP sociale*, n° 16, 17 avril 2012, p. 13.
- HALPERIN Catherine,
- « Communautarisme, une notion équivoque », *Sciences Humaines*, 1^{er} avril 2004.
- HANNER WHITE Rebecca,
- « Affirmative Action in the Workplace : The Significance of Grutter ? », *Kentucky Law Journal*, 2003, n° 92, p. 263-278.
- HANNETT Sarah,
- « Equality at the Intersections : the Legislative and Judicial Failure to tackle multiple discrimination », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2003, n° 23, p. 65.
- HAUSER-COSTA Natacha,
- « La promesse d'embauche », *RJS*, 1997, p. 331-340.
- HÉAS Franck
- « État de santé, handicap et discrimination en droit du travail », *JCP S*, n° 24, 14 Juin 2011, 1279.
 - « Discrimination et admission de différences de traitement entre salariés », *JCP S*, n° 12, 20 mars 2007, 1179.
- HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie,
- « Pour une lecture dialogique du droit international des droits humains. Remarques sur les constatations du Comité des droits de l'Homme dans l'affaire Baby Loup, et quelques réactions qu'elles ont suscitées », *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 05 septembre 2018.

HERNU Rémi,

- « Égalité et non-discrimination », in Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Stéphane RIALS et Frédéric SUDRE, *Dictionnaire des droits de l'homme*, 1. éd, Paris, Presses Univ. de France, 2008, p. 284.

JAOUL Mélanie,

- « Contrat aidé » in *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination* (dir. Delphine THARAUD et Caroline BOYER-CAPELLE), Paris, L'Harmattan, à paraître.

JOHNSON Lyndon,

- « Commencement Address at Howard University : "To Fulfil These Rights", 4 juin 1965 », in *Public Papers of the President of the United States : Lyndon B. Johnson*, 1965, Washington DC, Government Printing Office, 1966, livre 2 ; reproduit dans l'anthologie *Eyes on the Prize : A Civil Rights Reader*, New York, Penguin Books, 1991.

JOURDAN Dominique,

- « L'emploi des travailleurs handicapés », *JCP S*, n° 13, 30 mars 2006, 1541.

JULIUS WILSON William,

- « Classe, race, pauvreté aux Etats-Unis », *Revue Quart Monde*, 1997, n° 161 – « Travaillés par le travail ».

JUNTER Annie, LANQUETIN Marie-Thérèse,

- « L'égalité professionnelle peut-elle passer par des quotas ? », *RDT*, 2006, p. 72.

JUNTER Annie, SENAC-SLAWINSKI Réjane,

- « La diversité : sans droit ni obligation », n° 114-3, *Revue de l'OFCE*, 2010, p. 167-195, DOI : [10.3917/reof.114.0167](https://doi.org/10.3917/reof.114.0167).

KIRSZBAUM Thomas,

- « La discrimination positive territoriale : de l'égalité des chances à la mixité urbaine », 2004, *Pouvoirs*, n° 111-4, p. 101-118.

KRONMAN Anthony,

- « Is Diversity a Value in American Higher Education ? », *Florida Law Review*, 2000, vol. 52, p. 879-885.

KOUBI Geneviève

- « Droit, droit à la différence, droit à l'indifférence, en France... », *RTDH*, 1993, n° 14, p. 243.
- « Le droit à la différence, un droit à l'indifférence », *RRJ*, 1993, p. 451.
- « Réflexions sur les distinctions entre droits individuels, droits collectifs et "droits de groupe" », dans *Du droit interne au droit international. Le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme*, Mélanges Raymond Goy, Presse de l'Université de Rouen, 1998, p. 105.

LABACHE Lucette,

- « L'ethnicité chez les Réunionnais en migration », *Hermès, La Revue*, 2002, n° 32-33, p. 457 - 469.

LANQUETIN Marie-Thérèse,

- « Égalité, diversité et ... discriminations multiples », *Travail, genre et sociétés* n° 21, *La découverte*, 2009, p. 91-106.

LARONZE Fleur,

- « Affaire Baby Loup : L'épuisement du droit dans sa recherche d'une vision apolitisée de la religion », *Dr. soc.*, 2014, p. 100.

LAUFER Jacqueline,

- « L'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes est-elle soluble dans la diversité ? », *Travail, genre et sociétés*, avril 2009, n° 21, p. 35.

LAUFER Jacqueline, MARUANI Margaret, SILVERA Rachel, ZYLBERBERG-HOCQUARD Marie-Hélène, LANQUETIN Marie-Thérèse, BUE Jennifer, ROUX-ROSSI Dominique, XIMENES Georgette et BOUTROUE Marie-France,

- « Le travail de nuit des femmes », *Travail, genre et sociétés*, n° 5-1, 2001, p. 135-160, DOI : 10.3917/tgs.005.0135.

LAVERGNE Guy,

- « La discrimination systémique sous la Charte québécoise. En marge des arrêts O'Malley et Bhinder », *Les Cahiers de droit*, vol. 27, n° 4, 1986, spéc. p. 901-938.

LAZZERI Christian,

- « Qu'est-ce qu'une "sphère" éducative ? Justice et éducation chez Michael Walzer », *Le Télémaque*, n° 20-2, 2001 p. 65-73, DOI : 10.3917/tele.020.0065.

LEBRETON Gilles,

- « Critique de la Déclaration universelle des Droits de l'homme », *CRDF*, n° 7, 2009.

LEMAIRE Félicien,

- « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *RFDA*, 2010, p. 301.

LE POURHIET Anne-Marie,

- « Pour une analyse critique de la discrimination positive », *Le Débat*, n° 114, mars-avril 2001, p. 168.
- « Discriminations positives ou injustice », *Revue Française de Droit administratif*, mai-juin 1998, p. 519-523.

LEVADE Anne,

- « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, vol. 111, n° 4, 2004, p. 55-71.

LOCHAK Danièle,

- « Penser les droits catégoriels dans leur rapport à l'universalité », *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux* 3/2013. DOI : 10.4000/revdh.187.
- « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », in Mélanges André Lajoie, Montréal, *Thémis*, Univ. De Montréal, 2008, p. 659-689.
- « L'autre saisi par le droit », in Badie B., Sadoun M.(dir), *L'autre : études réunies pour Alfred Grosser*, Paris, PFNSP, 1996, p. 179.
- « La race : une catégorie juridique ? », in Actes du colloque *Sans distinction de... race* (27 et 28 mars 1992) publiés par les Presses de la FNSP, revue *Mots* n° 33.
- « Les Discriminations frappant les étrangers sont-elles licites ? », Paris, *Ed. Techniques et Economiques*, 1990, p. 76-82.
- « Les minorités et le droit public français. Du refus des différences à la gestion des différences », in FENET Alain et SOULIER Gérard, *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, L'Harmattan, 1989, p.111-189.
- « Mutation des droits de l'homme et mutation du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, éd. n° 13, 1984, p. 49-88.

LONG Mark C.,

- « Is There a "Workable" Race-Neutral Alternative to Affirmative Action », *Journal of Policy Analysis and Management*, Vol. 34, n° 1, 2015, p. 162–183.

LYON-CAEN Antoine,

- « À travail égal, salaire égal : une règle en quête de sens », *Dalloz*, 2006, p. 16-19
- « L'égalité et la loi en droit du travail », Paris, *Ed. Techniques et Economiques*, 1990, p. 68-75.

LYON-CAEN Gérard,

- « Différence de traitement ou discrimination selon l'âge », *Dr. soc.*, 2003, p. 1047.
- « Que sait-on de plus sur l'entreprise? », in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 37-53.

MARDINE Gérard, PAVAGEAU Pascal,

- « Que peut-on attendre en droit du travail d'une modification de « l'objet social de l'entreprise » ? », *RDT*, 2018, p. 101.

MARTIN Philippe,

- « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *Revue Internationale de Droit Comparé*, n° 3, 2011, p. 585.

MARTINON Arnaud,

- « La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences », *Dr. Soc.*, 2011, p. 613

MARZO Claire,

- « La citoyenneté européenne, instrument de la réception du concept de diversité en droit de l'Union européenne » in Philippe ICARD et Juliette OLIVIER LEPRINCE, *Le concept de diversité en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 149.

MATHIEU Bertrand,

- « Le recours aux tests génétiques en matière d'emploi : un droit en construction », *Dr. soc.*, 2004, p. 257.

MATHIEU Chantal,

- « Le respect de la liberté religieuse dans l'entreprise », *RDT*, 2012, p. 17.

MAZUYER Emmanuelle,

- « La force normative des instruments adoptés dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise », in Catherine Thibierge : *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruylant ; LGDJ, Paris, 2009, p. 577 – 589.

MEHREZ Florence,

- « Les discriminations linguistiques font leur entrée dans le Code du travail », *actuEL RH*, Éditions législatives, 13 janv. 2017.
- « Discriminations au travail : "Il faut travailler sur ce qui nous échappe et sur la prise de conscience des stéréotypes" », *actuEL RH*, Éditions Législatives, 7 mars 2017.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand,

- « La parité n'est pas l'égalité... (brèves remarques sur les limites aux discriminations positives) », *Dalloz*, 2006, p. 873.

MERCAT-BRUN Marie,

- « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ? », *La Revue des droits de l'homme*, 2018, p. 14.
- « Les discriminations multiples et l'identité au travail au croisement des questions d'égalité et de libertés », *RDT*, 2015, p. 28.
- « Égalité salariale, discriminations individuelles et systémiques », *Revue de l'OFCE*, n° 114-3, 2010, p. 95-112, DOI : 10.3917/reof.114.0095.
- « La diversité dans tous ses états : l'apport de la doctrine américaine », in Frédéric GUIOMARD et Sophie ROBIN-OLIVIER, *Diversité et discriminations raciales : une perspective transatlantique*, coll. Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2009, pp. 63-72.
- « La discrimination fondée sur l'âge : un exemple d'une nouvelle génération de critères discriminatoires ? », *RDT*, 2007, p. 360.

- MILANO Serge,
- « L'obligation d'emploi en échec : pour une refonte de la loi de 1987 », *RDSS* 2017.545.
- MONÉGER Françoise,
- « Ayant droit. Personne à charge vivant avec l'assuré social », *RDSS*, 1993, p. 343.
- MONTEIL Christian, RALLU Jean-Louis,
- « Des différences de qualification et d'intégration économique selon l'origine », *Économie de La Réunion (Insee statistique)*, n°136, mai 2010, p.20-22.
- MOREAU Marie-Ange,
- « Les justifications des discriminations », *Dr. soc.*, 2002, p. 1112.
- MORIN Claire,
- « Le salarié et la religion : les solutions du droit du travail », *JCP Administration et collectivités territoriales*, n° 12, 2005, 1145.
- MORNING Ann, SABBAGH Daniel,
- « De l'épée au bouclier : des usages discriminatoires et antidiscriminatoires de la race aux États-Unis », *Revue internationale des sciences sociales*, n° 183, 1/ 2005, p. 63-81. DOI : 10.3917/riss.183.0063.
- MORRI Johann,
- « Cour suprême des Etats-Unis : Fin de partie pour la discrimination positive à l'Université ? » [PDF] in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 27 octobre 2012.
 - « La Cour suprême des États-Unis souffle le chaud et le froid sur le traitement juridique de la discrimination raciale » [PDF] dans *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 14 septembre 2013.
- MORVAN Patrick,
- « Congé de paternité et Pacs homosexuel féminin », *JCP S*, n° 50, 12 Décembre 2006, 1993.
- MÖSCHEL Mathias,
- « L'intersectionnalité dans le contentieux de la non-discrimination relatif au domaine de l'emploi en France » in HENNETTE-VAUCHEZ, S., M. PICHARD et D. ROMAN (dir.), *La loi et le genre : études critiques de droit français*, Paris, CNRS Éditions, 2014.
- MOUFFE Chantal, WALZER Michaël,
- « Éloge du pluralisme démocratique (discussion) », in *Quels droits pour l'enfant ?*, *Esprit*, n°675, mars/avril 1992.
- N'DIAYE Pap,
- « Questions de couleur. Histoire, idéologie et pratiques du colorisme », dans LAURENT Sylvie et LECLERE Thierry (dir.) : *De la question sociale à la question raciale ?*, coll. Cahiers libres, Paris, La Découverte, 2006, p. 37-54.
- NEAU-LEDUC Christine,
- « La responsabilité sociale de l'entreprise : quels enjeux juridiques ? », *Dr. Soc.*, 2006, p. 952.
- NICOLET Sylvie,
- « Diversité religieuse : s'adapter, mais jusqu'où ? », *Les cahiers du DRH*, n° 148, Novembre 2008, p. 44.
- PAGNERRE Yannick, DOUGADOS Sabrina
- « Chronique de droit de la formation professionnelle » ; *Dr. soc.*, 2018, p. 97.
- PATEMAN Carole,
- « The Fraternal Social Contract », in John Keane (ed.), *Civil Society and the State : New European Perspectives*, Londres, Verso, 1988.

PAUWELS Marie-Christine,

- « L'évolution de l'affirmative action aux États-Unis sous la présidence de George W. Bush », *Revue LISA/LISA e-journal* [DOI : 10.4000/lisa.3385], Vol. VIII - n° 1, 2010, document 6, mis en ligne le 04 mars 2010.

PELABAY Janie,

- « Chapitre 3 - Personne et citoyen, deux identités ? Réflexions à partir de John Rawls », dans *Temps et politique*, coll. Académique, Paris, Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.), 2016, p. 63-86.

PERREAU Bruno,

- « L'invention républicaine. Éléments d'une herméneutique minoritaire », (2004) 111-4 *Pouvoirs* 41-53, DOI : 10.3917/pouv.111.0041.

PERRIN-HAYNES Jacqueline,

- « L'activité des immigrés en 2007 », Cellule Statistiques et études sur l'immigration, Insee Première, n° 1212, 31 octobre 2008.

PETIT Franck,

- « Le bénéfice de l'âge – Quand l'âge devient source de bonification, non plus de discrimination », *Dr. soc.*, n° 3, 2012, p. 252.
- « L'influence du droit électoral politique sur les élections professionnelles dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 2000, p. 603.

PETIT Yves,

- « La reconnaissance de la diversité en droit de l'Union européenne » dans *Id.*, p. 21.

PICQ Marielle,

- « Justification d'une différence de traitement fondée sur la nationalité », *JCP S*, n° 14, 4 avril 2006, 1276.

PIGENET Michel, TARTAKOWSKY Danielle,

- « Les marches en France aux XIXe et XXe siècles : récurrence et métamorphose d'une démonstration collective », *Le Mouvement Social*, n° 202-1, 2003, p. 69-94, DOI : 10.3917/lms.202.0069.

PIGNARRE Geneviève, PIGNARRE Louis-Frédéric,

- « La prévention : pierre angulaire ou/et maillon faible de l'obligation de santé et sécurité au travail de l'employeur ? Réflexions suscitées par deux arrêts remarquables de la Chambre sociale », *RDT*, 2016, p. 151.

POINT Sébastien,

- « La diversité des définitions de la diversité : comparaisons européennes », in I. BARTH et C. FALCOZ, *Le management de la diversité : enjeux, fondements et pratiques*, Paris, L'Harmattan, 2007.

PORTA Jérôme,

- « Non-discrimination, égalité et égalité de traitement – À propos des sens de l'égalité », in *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, dir. G. Borenfreund et I. Vacarie, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2013, p. 9-38.

POUSSON Alain,

- « Convictions religieuses et activité salariée », *Mélanges dédiés au président Michel Despax*, 2002, Presse Universitaire de Sciences Sociales de Toulouse, p. 285.

PRIOLLAUD François-Xavier et SIRITZKY David,

- *La Constitution européenne. Texte et commentaires*, Paris, La Documentation française, 2005.

OTTAN Alain,

- « La discrimination religieuse à l'embauche », *Cahiers Sociaux du Barreau de Paris*, août 2003, p. 49.

RABAUD DE SAINT-ETIENNE Jean- Paul,

- « [Réflexions sur la nouvelle division du royaume par M. Rabaud de Saint-Etienne](#) », en annexe de la séance du 12 novembre 1789 *in Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787-1799)* sous la direction d'Emile Laurent et Jérôme Mavidal, Tome X - Du 12 novembre au 24 décembre 1789, Paris, Librairie Administrative P. Dupont, 1878. p. 37-40.

RADÉ Christophe,

- « Publication du rapport Pécaut-Rivolier sur les discriminations collectives en entreprise – Synthèse générale du rapport », *Dr. soc.*, 2014, p. 106.
- « Discrimination. Preuve. Appréciation. Faits pertinents. Harcèlement. Preuve. Indices pertinents », *Dr. soc.*, 2010, p. 111.
- « Avantage catégoriel d'origine conventionnelle et principe d'égalité de traitement : évitons la tempête ! », *Dr. soc.*, 2009, p. 1169.

RÉGENT Frédéric,

- « La fabrication des Blancs dans les colonies françaises », dans LAURENT Sylvie et LECLERE Thierry (dir.) : *De quelle couleur sont les blancs ?*, coll. Cahiers libres, Paris, La Découverte, 2013, p. 65-75.

REGNIER-LOILIER Arnaud,

- « [L'arrivée d'un enfant modifie-t-elle la répartition des tâches domestiques au sein du couple ?](#) », *Population & Sociétés*, n° 461, novembre 2009.

RENAULT Bernadette,

- « Les discriminations positives. Plus ou moins d'égalité ? », *RTDH*, 1997, p. 425-460.

REY Marie,

- « [Les dispositifs spécifiques d'emploi aidé et de formation au 1er trimestre 2017 - Baisse des contrats aidés et de la formation](#) », *Dares Indicateurs*, n° 39, juin 2017.

RINGELHEIM Julie,

- « Adapter l'entreprise à la diversité des travailleurs : la portée transformatrice de la non-discrimination », *Journal européen des droits de l'homme*, 2013/1, p. 57-82.

RIVERO Jean,

- « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français » *in Travaux de l'Association Henri Capitant*, tome XIV, années 1961-1962, Dalloz, 1965.
- « La notion juridique de laïcité », *D.*, 1949, chr. XXXIII, p. 137-140.

RODOPOULOS Ioannis,

- « [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, mis en ligne le 07 mars 2016.

ROMAN Diane,

- « La discrimination fondée sur la condition sociale, une catégorie manquante du droit français », *D.*, 2013, p. 1911.
- « La discrimination fondée sur la précarité sociale, un nouvel outil en faveur de l'effectivité des droits ? (CNCDDH, avis, 26 sept. 2013) », *in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 8 octobre 2013.

ROSSIGNOL Sophie,

- « Race » *in Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination* (dir. Delphine THARAUD et Caroline BOYER-CAPELLE), Paris, L'Harmattan, à paraître.

ROUBAN Luc,

- « [Les députés de 2012 : quelle diversité ?](#), Élections 2012 », *Les électors politiques*, CEVIPOF, note, n° 8, juillet 2012.

ROULAND Norbert,

- « La tradition juridique française et la diversité culturelle », 1994, 27-1, *Droit et société*, p. 381-419.

ROUSSILLE Myriam,

- « Projet de loi PACTE : quel impact ? – Réflexion sur la consécration de l'intérêt social et de la raison d'être de la société », *Dr. des sociétés*, 2018, n° 8-9, étude 10.

RUSCIO Alain,

- « Blanc, couleur de l'empire », dans LAURENT Sylvie et LECLERE Thierry (dir.) : *De quelle couleur sont les blancs ?*, coll. Cahiers libres, Paris, La Découverte, 2013, p. 88-97.

SABBAGH Daniel,

- « Au delà de la discrimination positive À propos de : John D. Skrentny, *After Civil Rights. Racial Realism in the New American Workplace*, Princeton University Press », *La Vie des idées*, 2016.
- « Mort ou transfiguration ? Le destin juridique de la discrimination positive », *Informations sociales*, 2013/3 n° 177, p. 58-67.
- « La discrimination positive : une « politique de l'exception » ? », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, n° 20, 2011, mis en ligne le 16 mai 2013. DOI : 10.4000/traces.5073.
- « Promouvoir la « diversité » dans les filières d'élite de l'enseignement supérieur : le cas de Sciences Po », *Informations sociales*, n° 161, 5/ 2010, p. 103-107.
- « Une discrimination positive indirecte ? », *Sociétés contemporaines*, n° 79, 3/ 2010, p. 41-67. DOI : 10.3917/soco.079.0041.
- « Les ravages de la pensée moniste : à propos de *La Diversité contre l'égalité* de Walter Benn Michaels, *Raisons d'agir*, 2009 », *Mouvements*, n° 61, 1/ 2010, p. 172-180. DOI : 10.3917/mouv.061.0172.
- « L'itinéraire contemporain de la « diversité » aux Etats-Unis : de l'instrumentalisation à l'institutionnalisation ? », *Raisons politiques*, n° 35, 3/ 2009, p. 31-47. DOI : 10.3917/rai.035.0031.
- « Vertus et limites de la discrimination positive indirecte dans l'enseignement supérieur : l'expérience du Texas et de la Californie », *Mouvements*, n° 55-56, 3/ 2008, p. 102-111. DOI : 10.3917/mouv.055.0102.
- « Une convergence problématique » Les stratégies de légitimation de la « discrimination positive » dans l'enseignement supérieur aux États-Unis et en France, *Politix*, 2006/1 n° 73 , p. 211-229. DOI :10.3917/pox.073.0211.
- « La tentation de l'opacité : le juge américain et l'*affirmative action* dans l'enseignement supérieur », *Pouvoirs*, n° 111, 4/2004, p. 5-18.
- DOI : 10.3917/pouv.111.0005.
- « Nationalisme et multiculturalisme », *Critique internationale*, n° 23, 2/2004, p. 113-124. DOI : 10.3917/cii.023.0113.
- « Discrimination positive et déségrégation les catégories opératoires des politiques d'intégration aux Etats-Unis », *Sociétés contemporaines*, n° 53, 1/ 2004, p. 85-99. DOI : 10.3917/soco.053.0085.
- « Le statut des "Asiatiques" aux États-Unis », *Critique internationale*, 3/ 2003 (n° 20), p. 69-92. DOI : 10.3917/cii.020.0069.
- « Universités américaines : la fin des préférences raciales ? », *Critique internationale*, n° 17, 4/ 2002, p. 159-171. DOI : 10.3917/cii.017.0159.
- « Les discriminations positives », *Critique internationale*, n°17, 4/ 2002, p. 128-130. DOI : 10.3917/cii.017.0128.

SABBAGH Daniel et OUDGHIRI Rémy.

- Des usages de la « diversité » : éléments pour une généalogie du multiculturalisme américain. In: *Revue française de science politique*, 49e année, n° 3, 1999. p. 443-468. doi : 10.3406/rfsp.1999.395385.

SAINT-DIDIER Claude,

- « L'encadrement juridique des langues de travail », *Dr. soc.*, 2014, p. 120.

SAINT-JOURS Yves,

- « Le statut social du concubinage », *Dr. soc.*, 1993, p. 138.

SAMSON Rémi,

- « Oser dire l'homosexualité en droit ... et la rendre intelligible », *McGill L.J.*, n° 49, 2004.

SAVATIER Jean,

- « Liberté religieuse et relations de travail », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2001.

SCALIA Antonin,

- « The Disease as Cure: "In Order to Get beyond Racism, We Must First Take Account of Race" », *Washington University Law Quarterly*, 1979, p. 147.

DE SCHUTTER Olivier,

- « Égalité et différence : le débat constitutionnel sur la discrimination positive aux États-Unis », *RTDH*, 1991, p. 347.

SHIN Patrick S., GULATI Mitu,

- « Showcasing Diversity », *North Carolina Law Review*, vol. 89, pp. 1017-1054.

SIMAR Luc,

- « Le modèle des « insiders-outsiders » : entre théorie et pratiques », *Reflats et perspectives de la vie économique*, 2003/4, Tome XLII, pp. 81-90. DOI 10.3917/rpve.424.0081.

SIMON Joëlle, AZAIS Jean-Pierre, DARRIGRAND Sébastien et RESSE Bastien,

- « Que peut-on attendre en droit du travail d'une modification de « l'objet social de l'entreprise » ? (la fin) », *RDT*, 2018, p. 255.

SIMON Patrick et STAVO-DEBAUGE Joan,

- « Les politiques anti-discrimination et les statistiques : paramètres d'une incohérence », *Sociétés contemporaines*, n° 53-1, 2004, p. 57-84, DOI : 10.3917/soco.053.0057.
- « Les statistiques, les sciences sociales françaises et les rapports sociaux ethniques et de "race" », *Revue française de sociologie*, n° 49-1, 2008, p. 153-162, §10.

SPECTOR Céline,

- « Liberté, égalité, fraternité : la théorie rawlsienne de la justice », in *L'imaginaire des inégalités*, *Esprit*, n°447, sept. 2018.

SOBCZAK André,

- « Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux États-Unis », *Dr. Soc.*, 2002, p. 806.

STASSE François,

- « Pour les discriminations positives », *Pouvoirs*, n° 111, 2004.

STURM Susan P.,

- « The Architecture of Inclusion: Advancing Workplace Equity in Higher Education », *Harvard Journal of Law & Gender*, 2006, vol. 29, p. 247.

SUDRE Frédéric,

- « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l’homme », *RTDH*, 1995, p. 363-384.

SUHAS Mathilde,

- « L’obligation d’accommodement raisonnable en matière religieuse : une notion canadienne », *Constitutions*, 2011, p. 205.

SUPIOT Alain,

- « La religion au travail », in *Mélanges Jean Hauser*, LexisNexis, Dalloz, 2012.
- « L’idée de justice sociale », dans Laurence BURGORGUE-LARSEN, *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, coll. Cahiers européens, n° 4, Paris, Pedone, 2013, p. 5-30.
- « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Etudes offertes à Jean Pélissier : analyse juridique et valeurs en droit social*, Etudes, mélanges, travaux, Paris, Dalloz, 2004, p. 541 – 558.
- « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.*, n°6 juin 1990, pp.485-492.

SWEENEY Morgan,

- « Les actions positives à l’épreuve des règles de non-discrimination », *RDT*, 2012, p. 87.

TERRAMORSI Patrice, BARTHE Nicole et PERETTI Jean-Marie,

- « L’information diversité dans les rapports RSE des sociétés du CAC 40 », *Management & Avenir*, n° 28, 8/2009, p. 268-280. DOI : 10.3917/mav.028.0268.

TEULON Frédéric, ALAVOINE, Claude, BIGOT Guillaume, BONET Dominique et TERRANY Bernard,

- « Renverser les discriminations : la politique américaine de discrimination positive », *Working Papers*, 2014-350, Department of Research, Ipag Business School, 2014.

THARAUD Delphine,

- « Pour une réforme des motifs de discrimination, et peut-être un peu plus... », *Revue générale du droit*, chronique de droit civil, janvier 2019.
- « Quelle protection pour le père et/ou le conjoint de la mère ? », *Dr. ouv.*, 2018, p. 344.
- « Étude critique du motif de discrimination résultant de la vulnérabilité économique », *RDLF*, 2017, chron. n°05.
- « Le résultat, soubassement de la concrétisation de l’égalité. Étude en droit social », *RRJ*, 2013-3, p. 1281.
- « Le refus d’octroyer un congé parental au père : quand la Cour européenne des droits de l’Homme décide de pourfendre les stéréotypes », *RDSS*, 2012, p. 1041.

TISSANDIER Hélène,

- « Neutralité religieuse dans l’entreprise : le droit français au prisme du droit européen », *Dr. soc.*, 2018, p. 348.

TONNAC (de) Aurélia,

- « Sur la conformité constitutionnelle de la représentativité proportionnée aux élections professionnelles », *La Revue des droits de l’homme*, Actualités Droits-Libertés, le 15 mars 2018.

TOULEMONDE Bernard,

- « La discrimination positive dans l’éducation: des ZEP à Sciences Po », *Pouvoirs*, n° 111-4, 2004, p. 87-99, DOI : 10.3917/pouv.111.0087.

TOURNAUX Sébastien,

- « Les angles morts de la protection de la grossesse et de la maternité en droit du travail », *Dr. ouv.*, p. 330.
- TRINKLEY Michael,
- « [Growth of South Carolina's Slave Population](#) », *South Carolina's Information Highway*.
- TURNER Ronald,
- « Grutter, the Diversity Justification, and Workplace Affirmative Action », *Brandeis Law Journal*, 43, 2004, p. 199-237
- VANDAMME Pierre-Etienne,
- « [Justice sociale \(A\)](#) », dans M. Kristanek (dir.), *l'Encyclopédie philosophique*, septembre 2017.
- VAN DER PLANCKE Véronique,
- « Les effets du droit européen anti-discriminatoire en Belgique : quelques originalités », in JOURNÉES D'ÉTUDES DU PÔLE EUROPÉEN JEAN MONNET et Laurence POTVIN-SOLIS (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, 27, 28 et 29 novembre 2006*, coll. Collection Colloques Jean Monnet, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 184-186.
- VERDIER Jean-Maurice,
- « Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales. Quelques réflexions, rappels, suggestions », *Dr. Soc.*, 1991, p. 5.
- WALINE Marcel,
- « Paradoxe sur l'égalité devant la loi », *Recueil Dalloz*, 1949, chron., p. 25-28.
- WAQUET Philippe,
- « Le "trouble objectif dans l'entreprise" : une notion à redéfinir », *RDT*, 2006, p. 304.
 - « Le principe d'égalité en droit du travail », *Dr. soc.*, 2003, p. 23.
 - « Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance », *Gaz. Pal.*, 1996, p. 1427.
- WEIL Patrick,
- « [Le statut des musulmans en Algérie coloniale. Une nationalité française dénaturée](#) », *Hist. Justice*, n° 16-1, 2005, p. 93-109, DOI : 10.3917/rhj.016.0093.
- WEISSMANN Raphaël,
- « La Journée de la femme peut-elle être réservée aux femmes ? », *Dr. Soc.*, 2017, p. 840.
- WILLMANN Christophe,
- « Définir la « race » et l'ethnie, préalable à la lutte contre le racisme en entreprise », *Dr. Soc.*, 2007, p. 936.
- WILSON William Julius,
- « [Classe, race, pauvreté aux Etats-Unis](#) », *Revue Quart Monde*, n° 161, 1997.
- WOEHLING José,
- « [L'obligation d'aménagement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse](#) », *Revue de droit de Mc Gill*, vol. 43, 1998, p. 325-401.
- WOLMARK Cyril,
- « Le foulard dans l'entreprise - La CJUE invitée dans le débat », *Dr. soc.*, 2015, p. 648.
 - « Égalité : des exigences trop fortes ? », *RDT*, 2012, p. 128.
- YACCOUB Joseph,
- « [Pour un élargissement des droits de l'homme](#) », *Diogène*, 2004, vol. 206, n° 2, p. 99-121, DOI : 10.3917/dio.206.0099.
- ZALC Claire,

- « La déchéance de nationalité. Éléments d’histoire d’une révision constitutionnelle ratée », vol.166, n°3, *Pouvoirs*, 2018, pp. 41-57, DOI : 10.3917/pouv.166.0041.

V – Notes et Observations

ADAM Patrice,

- « Discrimination, liberté et religion de Luxembourg à paris : voyage aller-détour », *Sem. soc. Lamy*, n° 1792, 2017.
- « Affaire Baby-Loup : vues du sommet, note sous Cass., ass. Plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369 », *RDT*, 2014, p. 607.
- « La crèche et (l')au-delà », *Sem. soc. Lamy*, 28 nov. 2011, n° 1515, p. 10.
- « Harcèlement moral (managérial), dénonciation d'actes répréhensibles par le salarié et réaction patronale », *Dr. ouvrier*, janvier 2008, p. 7

AKANDJI-KOMBE J.-F.,

- « La valse Baby-Loup, troisième temps : la laïcité dans l’entreprise privée à droit forcé », *Cah. soc.*, 1er févr. 2014, n° 260, p. 90.

CALVÈS Gwénaële,

- « La chambre sociale de la Cour de Cassation face à l’affaire Baby Loup. Trois leçons de droit, et un silence assourdissant », *Respublica*, 21 mars 2013.

DESBARATS Isabelle,

- « Affaire Baby Loup : laïcité fragilisée ou liberté religieuse renforcée ? », *JCP S* 2013, n° 29, p. 1297.

DRIGUEZ Laetitia,

- CJUE, 29 juil. 2010, *Rijksdienst voor Pensioenen contre Elisabeth Brouwer*, aff. C-577/08, « Égalité de traitement entre hommes et femme et pensions légales de retraite », *Europe*, 2010, n° 10, p. 35-36.

GARAND Olivier, ROZEC Philippe,

- « La faute inexcusable au cœur de la réforme de la législation sur la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles », *SSL* du 27 mai 2002, p. 6.

GARCIA Kiteri,

- « Le droit du travail et la famille », *Dr. Soc.* 2009, p. 12.

HAUTEFORT Marie,

- « Entreprises de tendance : comment assurer un juste équilibre des droits ? », *Jurisprudence Sociale Lamy*, n° 454, 05 juin 2018.

FAUROUX Roger,

- « Aperçu rapide du rapport relatif à la lutte contre les discriminations ethniques dans le domaine de l’emploi », *JCP S*, n° 12, 13 Septembre 2005, act. 93.

FAVENNEC-HÉRY Françoise,

- « Comment mesurer la diversité des origines ? », *Semaine sociale Lamy*, n° 1225 du 25 juillet 2005, p. 4-5.

La Semaine Juridique Social

- « Rapport sur la promotion de la diversité dans l’entreprise », *JCP S*, n° 30, 27 juillet 2010, act. 394.
- « Lutte contre les discriminations : les entreprises peinent à passer à l’acte », *JCP S*, n° 51, 16 décembre 2008, act. 666.
- « L’ancienneté : un critère à géométrie variable », *JCP S*, n° 26, 26 juin 2007, 1487.
- « Pour "une action positive à la française" à l’égard des minorités issues de l’immigration », *JCP S*, n° 3, 16 janvier 2007, act. 23.

- « Le projet d'accord sur la diversité ouvert à la signature », *JCP S*, n° 42, 17 octobre 2006, act. 391.
- « Synthèse des « bonnes pratiques » observées dans les grandes entreprises », *JCP S*, n° 40, 3 octobre 2006, act. 370.
- « 83 % des entreprises européennes pratiquant la « diversité » en tirent des avantages commerciaux », *JCP S*, n° 24, 6 décembre 2005, act. 305.
- « L'ANDCP propose le label "diversité" à Azouz Begag », *JCP S*, n° 24, 6 décembre 2005, act. 304.

LAULOM Sylvaine,

- « L'interdiction des discriminations fondées sur l'âge », *Semaine sociale Lamy*, n° 1531 du 26 mars 2012, p. 31.
- « L'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle », CJUE, gde ch. 10 mai 2011 aff. C-147/08, Römer, *Semaine sociale Lamy*, n° 1531 du 26 mars 2012, p. 39.
- « Égalité des sexes et primes d'assurances », CJUE, gde ch. 1^{er} mars 2011, aff. C-236/09, Association belge des consommateurs Test-Achats ASBL, *Semaine sociale Lamy*, n° 1531 du 26 mars 2012, p. 44.

LHERNOULD Jean-Philippe,

- « L'homme aux boucles d'oreille : liberté ou égalité (Cass. Soc. 11 janvier 2012, pourvoi n° 10-28.213) », *Dr. soc.*, 2012, p. 346.
- « Régime général, majoration de durée d'assurance et égalité entre les sexes », obs. sous Cass., soc. 7 nov. 2013, M. X c/ Carsat Centre-Ouest, n° 12-28.033, *Dr. soc.*, 2014, p. 188.

LIAISONS SOCIALES MAGAZINE,

- « L'entreprise rattrapée par la religion », *Liaisons Sociales Magazine*, janvier 2006.

LIAISONS SOCIALES QUOTIDIEN,

- « Convention collective – Négociateur sur l'égalité professionnelle (2) », *Liaisons sociales quotidien*, actualité n° 17637, lundi 27 août 2018.
- actualité n° 17511, *Liaisons sociales quotidien*, jeudi 15 février 2018, p. 7.
- actualité n° 17302, *Liaisons sociales quotidien*, jeudi 6 avril 2017, p. 7.
- actualité n° 17287, *Liaisons sociales quotidien*, jeudi 16 mars 2017, p. 7.

LYON-CAEN Antoine,

- « De l'égalité de traitement en matière salariale : à propos de l'arrêt Ponsolle, Cass. soc. 29 octobre 1996 », *Dr. soc.*, 1996, p. 1013.
- « Une révolution dans le droit des accidents du travail », *Dr. soc.*, avril 2002, p. 445.

MILET Laurent,

- « La nouvelle faute inexcusable de l'employeur en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle », *RPDS*, mars 2002, p. 91.

MONTEILLET Ines,

- « Les arrêts "amiante" de la Cour de cassation du 28 février 2002. Un pas décisif vers l'indemnisation intégrale des salariés victimes d'accidents du travail et de maladies professionnelles », *RJS 5/02*, p. 403.

MORVAN Patrick,

- « Le « déflocage » de la faute inexcusable », *RJS 6/02*, p. 495.

MOULY Jean,

- « Le voile dans l'entreprise et les clauses de neutralité : les enseignements de la CJUE "traduits" en droit interne par la Cour de cassation », *D.* 2018. 218.

RADÉ Christophe,

- « Port du voile et neutralité dans l'entreprise : le client n'est pas roi ! », *Lexbase*, Hebdo édition sociale n°722 du 7 décembre 2017.
- « Laïcité dans l'entreprise : mieux vaut prévenir que sévir ! » *Lexbase*, Hebdo édition sociale n°692 du 23 mars 2017.
- « Haro sur le jeunisme ! », *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 740 du 3 mai 2018.

SCHWARTZ Rémi,

- « La laïcité paradoxalement consacrée », *Sem. soc. Lamy* 2013, n° 1577, p. 8.

SEMAINE SOCIALE LAMY,

- « Handi'cap et diversité : la politique du Groupe Pierre Fabre », *Semaine sociale Lamy, Supplément : Quelles pistes possibles pour un emploi durable ?*, 2012, 1523.
- Nadège ANDRÉ, « Le taux d'imposition : 22e critère de discrimination », *Semaine Sociale Lamy*, n°1732, 13 juillet 2016.

TOURNAUX Sébastien,

- « L'indemnisation de la rupture discriminatoire de la période d'essai », *Lexbase hebdo éd. sociale*, n°755 du 27 sept. 2018, N5647BXG.
- « Indemnisation du licenciement nul et libertés fondamentales constitutionnelles », *Lexbase Hebdo édition sociale* n°721 du 30 novembre 2017, N1525BXR.

VACHET Gérard,

- « Une nouvelle définition de la faute inexcusable », *TPS* juin 2002, chron. 8.

WILLMANN Christophe,

- « Requalification du contrat d'intérim : la Cour de cassation refuse la poursuite du contrat de travail comme seconde sanction », *Lexbase*, Hebdo édition sociale n°714 du 5 octobre 2017, n°N0553BXR.

VI – Conférences, communiqués et discours

COUR DE CASSATION,

- « Discours de Monsieur Bertrand Louvel, premier président de la Cour de cassation et de Monsieur Philippe Ingall-Montagnier, doyen des premiers avocats généraux », *Audience d'installation du 3 septembre 2018*.

CRENSHAW Kimberlé,

- « The Urgency of intersectionality », *TedEx*, octobre 2016.

ETSY,

- Juliet Gorman, « Des familles fortes pour une entreprise solide : le congé parental selon Etsy », *Blog ETSY France*, 21 mai 2016.

GOUGES (de) Olympe,

- *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*.

GRUNDLER Tatiana,

- « Existe-t-il des "accommodements raisonnables" ? », intervention à l'occasion du colloque « Discriminations & Fait religieux » : journée de formation des acteurs de la justice - GIP La Laïcité dans la Justice, Organisée par l'Équipe de droit public de Lyon III sous la direction scientifique de Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE, le 4 avril 2018, 19^e minute.

MINISTÈRE DU TRAVAIL,

- Communiqué de presse à l'occasion de la « Signature de l'engagement "Cap vers l'entreprise inclusive 2018-2022" », le 12 juillet 2018.

PRÉSIDENTE DE LA RÉPUBLIQUE,

- CHIRAC Jacques, *Discours sur la laïcité*, Palais de l'Élysée, le 17 décembre 2003, retranscrit sur le site internet du journal Le Monde.

PREMIER MINISTRE,

- Communiqué de presse du Premier Ministre, « Concertation avec les partenaires sociaux sur l'égalité professionnelle et la lutte contre les violences sexuelles et sexistes au travail », Hôtel de Matignon, le 7 mars 2018.

VII – Article de presse et médias

Challenges,

- « Quand le géant du coworking WeWork impose à ses salariés un régime végétarien », 24 juillet 2018.

CNN,

- Mallory SIMON, « HP looking into claim webcams can't see black people », 24 déc. 2009.

Futura Sciences,

- ZAGGANI Marc, « Ford équipe ses ouvriers d'exosquelettes », 12 août 2018.

La Croix,

- Marie DANCER, « Selon Pôle emploi, 90 % des offres d'emploi sont pourvues », 19 décembre 2017.

Le Huffington Post,

- « Le Député Matthieu Orphelin annule sa participation à un colloque où la parité n'est pas respectée », rapporté le 25 janvier 2018.
- Paul Guyonnet, « Ikea rallonge le congé paternité de 14 jours pour le porter à 5 semaines pour tous les couples », 13 janvier 2018.

Le Monde,

- JACQUIN JEAN-BAPTISTE, « Le recrutement de magistrats peine à se diversifier », 04 mai 2018.
- Séverin Graveleau et Camille Stromboni, « Les quotas géographiques dans Parcoursup nourrissent les craintes de discriminations », *Le Monde Campus*, 26 juin 2018.
- « Une filiale du groupe Elior condamnée pour discrimination », 21 juillet 2018.

Le Monde Diplomatique,

- ANDRZEJEWSKI Cécile, « Invisible pénibilité du travail féminin », *Le Monde Diplomatique*, Décembre 2017.
- BONELLI Laurent, « Les raisons d'une colère », *Le Monde diplomatique*, Décembre 2005, p. 1, 22 et 23.

Le Monde Magazine,

- VALO Martine, « La religion dans l'entreprise, un sacré malaise », *Le Monde magazine*, 7 novembre 2009.

Le Parisien,

- LOMBARD GAËL, « Non-respect de la parité : ce que cela coûte aux partis », 8 mars 2017.

Les Echos

- « Pierre Gattaz : "Il y a une réelle peur d'embaucher" », *Les Echos*, 9 juin 2015.

L'Express L'Entreprise,

- Claire Padych, « Discrimination à l'embauche: aux prud'hommes, Ouafa demande à intégrer EDF », le 20 octobre 2016.

- Claire Padych, « Ouafa s'estimait victime de discrimination chez EDF, les prud'hommes ont tranché », le 17 novembre 2016.
- « La Sécu livre aux entreprises les motifs d'arrêt maladie : c'est grave, docteur ? », 29 janvier 2018.
- « La Sécu dévoile à des employeurs les motifs d'arrêt de travail de leurs salariés », 24 janvier 2018.

Libération,

- Amandine CAILHOL, « Assurance chômage : le retour des idées dégressives », *Libération*, 3 sept. 2018.
- Catherine MALLAVAL et Anaïs MORAN, « Congé parental : la France n'incite pas ses pères », 26 juin 2018.
- Emma Donada, « Parcoursup: les élèves sont-ils discriminés en fonction de leur origine géographique ? », *Libération*, 30 mai 2018.
- Interview de Christiane Taubira : « Le mythe français de l'égalité, un mythe noble, empêche de revenir sur le crime de l'esclavage », réalisée par Sonya Faure et Catherine Calvet, 6 octobre 2017.
- « La Caisse des dépôts poursuivie par le Cran pour avoir "profité de l'esclavage" », 10 mai 2013.

L'Obs,

- François Héran, « Les statistiques ethniques "interdites" en France : une belle hypocrisie », *L'Obs*, 24 avril 2012.
- Denis BERTRAND, « "Deux mâles blancs" : tout ce que Macron fait entendre avec ces trois mots », *L'Obs*, 26 mai 2018.
- L'OBS avec l'AFP, « L'ex-footballeuse Marinette Pichon bientôt en "congé paternité" », *L'Obs*, 5 novembre 2012.

Mediapart

- Laurent MAUDUIT, « Les 40 ans de dérégulation qui ont mis le code du travail en miettes », *Mediapart*, 28 juin 2017.

Positivr,

- Axel Leclercq, « L'Espagne vote l'égalité entre congé maternité et congé paternité », *Positivr*, 10 juillet 2018.

Slate

- Barthélemy DONT, « Amazon a dû se débarrasser d'une intelligence artificielle sexiste - Un programme censé trier les CV avant embauche discriminait les candidates », *Slate*, 10 octobre 2018.

The Times of India,

- « 4.5% quota fails to impress Muslims in Uttar Pradesh », 23 décembre 2011.

TourMag Jobs,

- Caroline LELIEVRE, « Emploi : comment utiliser le big data pour trouver le "mouton à 5 pattes" ? Toutes les données publiques sont utilisées pour le recrutement », *TourMag Jobs*, Mercredi 3 Octobre 2018.

Youtube,

- « Justice Ruth Bader Ginsburg in conversation with Kenji Yoshino », *Chaîne Youtube de NYU School of Law*, vidéo ajoutée le 7 février 2018.

VIII – Table des jurisprudences, décisions, avis

JURIDICTIONS NATIONALES

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- Décision n° 2017-686 QPC du 19 janvier 2018, Confédération générale du travail - Force ouvrière et autres.
- Décision n° 2009-588 DC du 6 août 2009, Loi réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires Non conformité partielle.
- Décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007 *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, Rec., p. 360.
- Décision 2004-505 DC du 19 novembre 2004 *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec., p. 173.
- Décision n°2003-483 DC du 14 août 2003, *Loi portant réforme des retraites*, Rec., p. 430.
- Décision n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001 *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*, Rec., p. 82.
- Décision n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail* (considérant 27), Rec., p. 33.
- Décision n°99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, Rec., p. 100.
- Décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, Rec. p.71.
- Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail* (considérant 26) Rec., p.258 ; AJDA, 1998, p.495, chron. J.É. Schoettl ; D., 2000, somm. 60, obs. L. Favoreu ; RFDC, 1998, p.640, obs. L. Favoreu ; RJS 7-8/98, n°939.
- Décision n° 96-375 DC du 9 avril 1996, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier* [Conformité], Rec., p. 60, point 8.
- Décision n° 94-350 DC du 20 décembre 1994, *Loi relative au statut fiscal de la corse*.
- Décision n° 89-270 DC du 29 décembre 1989, *Loi de finances rectificative pour 1989*, Rec., p. 129.
- Décision n° 89-254 DC du 4 juillet 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations*, D., 1990, p. 209, note F. Luchaire.
- Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, JORF du 21 juillet 1988, p. 9448 Recueil, p. 119, Dr. soc., 1988, note X. Prétot.
- Décision n° 84-178 DC du 30 août 1984, *Statut du territoire de Nouvelle-Calédonie*, Rec., p. 69.
- Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation* ; L. Hamon, *Les nationalisations devant le Conseil constitutionnel*, D., 1983, Chron. 79, p.169 ; R. Savy, *La Constitution des juges*, D. 1983, Chron. 105
- Décision n°81-134 DC du 5 janvier 1982, *Loi d'orientation sociale*, Rec., p.15.
- Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*.

ORDRE JUDICIAIRE

COUR DE CASSATION

ASSEMBLEE PLENIERE

- [Cass., Ass. Plèn., 25 juin 2014, aff. Baby-Loup, n°13-28.369, F-P+B+R+I](#) : *Dalloz actualité* 27 juin 2014, obs. Peyronnet ; *D.* 2014. Actu. 1386 ; *AJDA*, 2014, p. 1293 ; *D.* 2014. 386 ; *ibid.* 1536, entretien Radé ; *RDT*, 2014, p. 607, note Adam ; *AJCT*, 2014, p. 337, tribune de la Morena ; *JS Lamy* 2014, n° 371-2, obs. Hautefort ; *Dr. soc.* 2014. 811, étude Mouly ; *RDT* 2014. 607, note Adam ; *RTD civ.* 2014. 620, obs. Hauser ; *RJS*, 2014, p. 576, n° 667 ; *Lexbase*, la lettre juridique n°577 du 3 juillet 2014, obs. Willmann ; *JCP*, 2014, p. 36, obs. Corrignan-Carsin ; *JCP S*, 2014, p.1287, obs. Bossu ; *RJS* 2014/10, n°667.
- [Cass., Ass. Plèn., 16 fév. 2007, n° 06-81.785, Publié au bulletin](#) : *D.*, 2007, AJ, p. 665 ; *ibid.*, p. 1822, obs. Ménotti ; *AJ pénal*, 2007, p. 182, obs. Royer ; *JCP*, 2007, II. 10047, note Derieux ; *Dr. pénal*, 2007, p. 50, obs. Véron ; *ibid.* Chron. 1, obs. Mouysset ; *Gaz. Pal.*, n°1, 2007, p. 478 ; *ibid.* n°2, p. 3283, note Guerder.

CHAMBRE SOCIALE

- [Cass., Soc., 12 sept. 2018, n°16-26.333, FS-P+B](#) : *D.*, 2018, p. 1812.
- [Cass., Soc. 6 juin 2018, n° 17-60.263 FS-P+B](#) : *D.*, 2018, Actu. p. 1261.
- [Cass., Soc., 9 mai 2018, n°17-14.088, FS-P+B+R+I](#) : *Dalloz actualité*, 5 juin 2018, obs. Cortot ; *D.*, 2018, Actu. p. 1018 ; *RJS*, 7/2018, n° 491 ; *JS Lamy*, 2018, n° 456-1 ; *JCP S*, 2018, p. 1219, obs. Bossu.
- [Cass., Soc., 12 avril 2018, n°16-25.503, inédit](#) : obs. Christophe Radé, « Haro sur le jeunisme ! », *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 740 du 3 mai 2018, N3820BXR.
- [Cass., Soc., 22 novembre 2017, n° 13-19.855, FP-P+B+R+I](#), note J. Mouly ; *ibid.* 190, chron. F. Ducloz, F. Salomon et N. Sabotier ; *RDT* 2017. 797, obs. M. Miné
- [Cass., Soc., 15 nov. 2017, n°16-14.281, FS-P+B+I](#) : *D.*, 2017, Actu, p. 2375 ; *ibid.*, 2018, p. 814, note Porta ; *ibid.*, p. 192, obs. Salomon ; *RDT*, 2018, p. 132, obs. Mercat-Bruns ; *RJS*, 1/2018, n°20 ; *JS Lamy*, 2018, n°446-5, obs. Hautefort ; *JCP S*, 2017, p. 1406, obs. Lhernould ; *Lexbase Hebdo édition sociale* n°721 du 30 novembre 2017, N1525BXR, obs. Tournaux.
- [Cass., Soc. 21 sept. 2017, n°s16-20.270 et 16-20.277, FS-P+B+R+I](#), *D.* 2017. p. 1923 ; obs. J. Siro, *Dalloz actualité*, 30 sept. 2017.
- [Cass., Soc., 12 juill. 2017, n° 15-26.262](#) : *Dalloz actualité*, 18 juill. 2017, obs. Peyronnet ; *D.*, 2017, Actu. p. 1475 ; *Dr. soc.* 2017. 840, note Weissmann ; *RJS*, 2017/10, n° 648 ; *JCP S*, 2017, p. 1288, obs. Dumont ; *Lexbase Hebdo éd. soc.* n°708, 27 juillet 2017, obs. Tharaud.
- [Cass., Soc. 26 avril 2017, 14.29-089, FS-P+B](#) : *Dalloz actualité*, 10 mai 2017, obs. Peyronnet ; *D.* 2017. Actu. 1050 ; *RJS* 7/2017, n°457 ; *JS Lamy* 2017, n°434-2, obs. Hautefort ; *SSL* 2017, n°1768, p. 13, obs. Champeaux ; *Lexbase Hebdo édition sociale* n°698 du 11 mai 2017, n°N8093BWN, obs. Adam.
- [Cass., Soc., 14 déc. 2016, n° 14-21.325, FS-P+B+I](#) : *D.*, 2017, Actu., p. 12 ; *RJS*, 2017/2, n° 102 ; *JS Lamy*, 2016, n° 425-2, obs. Tissandier ; *JCP S*, 2017, p. 1057, obs. Leborgne-Ingelaere.
- [Cass., Soc. 12 déc. 2016, n° 16-25. 793](#) : *D.* 2016. Actu. 2576 ; *Lexbase Hebdo édition sociale* n°682 du 5 janvier 2017, obs. Auzero (N5966BWU) *Dr. soc.* 2017. 180, note

- J. Mouly ; *JS Lamy* 2017, n° 424-3, obs. Lhernould ; *RJS* 2/2017, n° 128 ; *JCP S* 2017. 1034, obs. Pagnerre.
- [Cass., Soc., 14 sept. 2016, n°15-11.386](#) : *Dalloz actualité*, 20 sept. 2016, obs. Peyronnet ; *D.* 2016. Actu. 1823; *RJS* 11/20216, n°676 ; *SSL* 2016, n°1737, p. 9, obs. Champeaux ; *Lexbase*, La lettre juridique n°670 du 29 septembre 2016, obs. Radé ; *JCP S* 2016. 1362, obs. Dumont; *JS Lamy* 2016, n°418-1, obs. Tissandier.
 - [Cass., Soc. 9 septembre 2016, n°16-20.605, FS-P+B](#), *Lexbase Hebdo* édition sociale n°669 du 22 septembre 2016, obs. Auzero (N4335BWH) ; *Dalloz actualité*, 26 sept. 2016, obs. Peyronnet ; *RDT* 2016. 715, obs. Odoul-Asorey ; *Dr. soc.* 2016. 966 ; *Sem. soc. Lamy* 2016, n° 1737, p. 11, obs. Champeaux ; *JS Lamy* 2016, n° 418-6, obs. Pacotte et Leroy ; *JCP S* 2017. 1343, obs. Pagnerre.
 - [Cass., Soc., 25 novembre 2015, n° 14-24.444, FP-P+B+R+I](#), *D.* 2015. Actu. 2507; *Dr. soc.* 2016. 457, note Antonmattéi ; *RJS* 2/2016, p. 99, obs. Gardin ; *JS Lamy* 2016, n°401-1, obs. Dejean de la Bâtie ; *Cah. soc. janv.* 2016, n° 117r4, p. 23, obs. J. Icard ; *RDC* 2016, n° 113c4, p. 217, note G. Viney ; *JCP E* 2016, 1146, note A. Bugada ; *Dr. ouv.* 2016, p. 10, note F. Héas.
 - [Cass., Soc. 9 avr. 2015, 13-19.855](#) : *Dalloz actualité*, 22 avr. 2015, obs. Peyronnet ; *D.* 2015. Actu. 870 ; *RDT* 2015. 405, obs. Miné ; *Dr. soc.*, 2015, p. 648, note Wolmark ; *JS Lamy* 2015, n° 388-2, obs. Tissandier ; *RJS* 6/2015, n° 386.
 - [Cass., Soc., 17 mars 2015, n° 13-26.698, inédit.](#)
 - *Cass., Soc.* 27 janv. 2015, n° 13-22.179, n° 13-25.437 et n° 13-14.773, *Lexbase Hebdo* éd. Soc. n°600 du 5 février 2015, obs. Radé (N5806BUL) ; *Dalloz actualité*, 6 févr. 2015, obs. Peyronnet ; *ibid.* 2015. Actu. 270 ; *RDT* 2015. 339, obs. Peskine ; *ibid.* 472, obs. Pignarre ; *Dr. soc.* 2015. 237, note Fabre ; *Sem. soc. Lamy* 2015, n° 1663, p. 7, obs. Pécaut-Rivolier ; *RJS* 3/2015, n° 172.
 - [Cass., soc., 9 juillet 2014, n° 13-16.434 et 13-16.805, Publié au bulletin](#) : *D.*, 2014, p. 1594 ; *RJS*, 11/2014, n°793
 - [Cass., Soc. 9 juill. 2014, n°12-20.864](#) : *RDT* 2014. 627, obs. Gardin ; *Dr. soc.* 2014. 854, obs. Mouly ; *RJS* 2014. 574, n° 666.
 - [Cass., Soc. 21 mai 2014, n° 13-16.341, inédit.](#)
 - [Cass., Soc. 7 mai 2014, n° 13-11.038, inédit.](#)
 - [Cass., Soc., 15 janv. 2014, n° 10-20.256](#) : *Dalloz actualité*, 31 janv. 2014, obs. Peyronnet.
 - [Cass., Soc. 27 novembre 2013, n°12-22.626.](#)
 - [Cass., Soc., 30 septembre 2013 n°12-14.752 et n°12-14.964](#), *Dalloz actualité*, 17 oct. 2013, obs. Peyronnet; *RDT*, 2014, p. 45, obs. Mercat-Bruns ; *JCP S*, 2013, p. 1466, obs. Rozec.
 - [Cass., Soc. 19 juin 2013, n^{os} 12-18.850 à 12-18.854, inédit.](#)
 - [Cass., Soc. 19 mars 2013, n^{os} 11-28.845](#), Bull. civ. V, n° 76 ; *Dalloz actualité*, 27 mars 2013, obs. M. Peyronnet ; *AJDA* 2013. 1069 , note J.-D. Dreyfus ; *D.* 2013. 962 ; *ibid.* 761, édito. F. Rome ; *ibid.* 956, avis B. Aldigé ; *ibid.* 963, note J. Mouly ; *ibid.* 1026, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *ibid.* 2014. 1115, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *AJCT* 2013. 306, obs. J. Ficara ; *Dr. soc.* 2013. 388, étude E. Dockès ; *ibid.* 2014. 100, étude Fleur Laronze ; *RDT* 2013. 385, étude P. Adam ; *ibid.* 2014. 94, étude G. Calvès ; *RJS* 5/13, n° 346 ; *JS Lamy* 2013, n° 342-2, obs. J.-P. Lhernould ; *JCP S* 2013, n° 1146 [2e esp.], note B. Bossu.
 - [Cass., Soc. 17 janv. 2013, n° 11-24.696, inédit.](#)
 - [Cass., Soc. 19 déc. 2012, n°10-20.256.](#)
 - [Cass., Soc. 23 mai 2012, n° 10-18.341.](#)

- Cass., Soc. 18 janv. 2012, n° 10-16.926, *Publié au bulletin* : *Dalloz actualité*, 26 janv. 2012, obs. Siro ; *RJS*, 5/2012, n° 406.
- Cass., Soc. 11 janv. 2012, n° 10-28.213, *RDT*, 2012, p. 159, obs. Moizard ; *Dalloz actualité*, 8 févr. 2012, obs. Perrin ; *RJS*, 3/2012, n° 214.
- Cass., Soc. 15 décembre 2011, Airbus opération c. L., Fédération CGT de la Métallurgie et a., n° 10-15.873, *RDT*, 2012, p. 291, obs. Bouton , *Dr. ouv.*, août 2012, n° 769, obs. V. Pontif.
- Cass., Soc., 4 mai 2011, n° 09-72.210, *inédit*.
- Cass., Soc. 1^{er} mars 2011, n° 09-69.616, *publié au bulletin* : *D.* 2011, Actu. p. 1978.
- Cass., Soc. 19 janv. 2011, n° 09-67.463, *inédit*.
- Cass., Soc. 27 oct. 2010, n° 09-42.488, *inédit*.
- Cass., Soc. 13 oct. 2010, n° 10-60.130 : *D.* 2010. *AJ* 2521, obs. Perrin ; *D.* 2011. 289, obs. Petit ; *RJS* 2010. 851, n° 954 ; *Dr. ouv.* 2010. 686, obs. Leduc ; *Dr. soc.* 2011. 112, obs. Radé ; *JS Lamy* 2010, n° 288-3, obs. Hautefort ; *Sem. soc. Lamy* 2010, n° 1463, p. 9, obs. Bateman ; *JCP S* 2010. 1943, note Pagnerre.
- Cass., Soc. 13 juill. 2010, n° 08-44.121, *publié au bulletin* : *JCP S*, 2010, n° 1386, note Favennec-Héry.
- Cass., Soc. 6 juill. 2010, n° 09-40.021, FS-P+B+R+I : obs. L. Perrin, *Dalloz actualité*, 27 juill. 2010 ; obs. T. Aubert-Monpeyssen, *RDT*, 2010, p. 723 ; S. Zientara-Logeay, *Dr. Soc.*, 2010, p. 1076.
- Cass., Soc., 2 juin 2010, n° 08-43.277, *inédit* : *RDT*, 2010, p. 592, obs. M. Grévy.
- Cass., Soc. 5 mai 2010, n° 08-45.502, *inédit*.
- Cass., Soc. 3 févr. 2010, n° 08-44.107, *inédit*.
- Cass., Soc., 10 novembre 2009, n° 07-45.321 : *Bull. civ.* V, n° 247, *Dalloz actualité*, 23 nov. 2009, obs. S. Maillard ; *D.*, 2010, p. 672, obs. O. Leclerc, E. Peskine, J. Porta, L. Camaji, A. Fabre, I. Odoul Asorey, T. Pasquier et G. Borenfreund ; *Dr. soc.*, 2010, p. 109, obs. C. Radé ; *RDT*, 2010, p. 39, obs. F. Géa.
- Cass., Soc. 1^{er} juill. 2009, n° 07-42.675, *D.*, 2009, p. 2042, *ibid.*, 2010, p. 342, et 2012, p. 901, obs. J. Porta ; *Dr. soc.*, 2009, p. 1002, obs. C. Radé, et p. 1169, note P.-H. Antonmattei.
- Cass., Soc. 3 juin 2009, n° 08-40.346 : *D.*, 2010, Pan., p. 342, obs. Khodri ; *RDT*, 2009, p. 656, obs. Robin ; *RJS*, 2009, p. 619, n° 683.
- Cass., Soc., 27 mai 2009, n° 08-41.391, *Société Evonik Rexim*, *inédit*.
- Cass., Soc., 21 janvier 2009, 07-43.452 07-43.453 07-43.454 07-43.455 07-43.456 07-43.457 07-43.458 07-43.459 07-43.460 07-43.461 07-43.462 07-43.463 07-43.464, *Publié au bulletin*, *D.* 2009. Pan. 2128, obs. Aubert ; *RDT*, 2009, p. 321, obs. Aubert-Monpeyssen ; *Dr. soc.*, 2009, p. 399, note Radé ; *RJS*, 2009, p. 299, n° 350 ; *Dr. ouv.*, 2009, p. 399 ; *JS Lamy* 2009, n° 251-5.
- Cass., Soc. 26 juin 2008, n° 06-46.204 : *Bull. civ.*, V, n° 141 ; *D.*, 2008, *AJ*, 2084 ; *RDT*, 2008, p. 747, obs. Laulom ; *Dr. soc.*, 2008, p. 1129, obs. Lanquetin ; *RJS*, 2008, p. 814, n° 996 ; *JS Lamy*, 2008, n° 241-3.
- Cass., Soc., 10 juin 2008, n° 06-46.000, *Société Air France c/ Syndicat UGICT CGT Air France*, *Dr. Soc.* 2008, p. 981, et la chron.
- Cass., Soc., 20 févr. 2008, n° 05-45.601, *Société Alain Bensoussan*, *D.* 2008, Pan. p. 2309, obs. B. Reynès.
- Cass., Soc. 9 mai 2007, pourvois n° 05-40.315, 05-40.518, 05-41.325 et 05-42.301, *publié au bulletin*.

- [Cass., Soc. 9 janv. 2007, n°05-43.962](#) : *D.* 2007. *AJ* 375, obs. Fabre; *RDT* 2007. 245, obs. Miné ; *ibid.* 182, obs. Véricel ; *RJS* 2007. 250, n° 346 ; *Dr. soc.* 2007. 496, obs. Barthélémy.
- [Cass., Soc., 2 février 2006, n° 03-47.481](#) ; *D.*, 2006, p. 531, obs. E. Chevrier ; *RDT*, 2006, p. 42, obs. O. Leclerc ; *JCP S*, 2006, p. 1700, note J.-M. Olivier.
- [Cass., Soc., 7 avril 2004, n° 01-44.191, Publié au bulletin](#) : *D.*, 2004, p. 1352 ; *Dr. soc.*, 2004, p. 670, obs. Couturier.
- [Cass., Soc., 28 mai 2003, n° 02-40.273](#) : *Dr. soc.*, 2003, p. 809, note Waquet ; *D.* 2003, p. 2718, note Guiomard ; *ibid.*, 2004., Somm., p. 176, obs. Pousson; *GADT*, 4e éd., n° 69 ; *RJS* 2003, p. 664, n° 975.
- [Cass., Soc., 28 février 2002, n° 00-11.051,99-18.389, 00-11.793, 99-18.390, 99-21.255, 99-17.201, 00-13.172, FP-P+B+R+I, Bull. V n° 81 p. 74 \(onze arrêts\)](#) : *JCP éd. G* 2002, II, 10053, concl. Benmakhlouf ; *Gaz. Pal.* des 5 au 7 mai 2002, jurisp. p. 3, concl. Benmakhlouf, note Petit ; *PA.* du 27 mars 2002, p. 15, notes Picca et Sauret ; *JCP éd. E* 2002, jurisp., 643, note Strebelle ; *RJS* 5/02, n° 618 et s. ; *Dr. ouv.*, avril 2002, p. 166, note Meyer ; *CSBP* 2002, n° 140, A25, obs. Pansier.
- [Cass., Soc., 3 avril 2001, n° 99-42.188, Publié au bulletin](#) : *D.* 2001, Somm. p. 2170, obs. Bouillou ; *RJS*, 2001, p. 506, n° 731 ; *JS Lamy*, 2001, n° 79-3
- [Cass., Soc. 15 déc. 1998, n° 95-43.630](#) : *Dr. soc.* 1999. 187, obs. Bonnechère.
- [Cass., Soc. 24 mars 1998, Azad c/ Chamsidine M'ze, n°95.44-738, Dr. soc., 1998, p. 614, obs. Savatier.](#)
- [Cass., Soc., 29 oct. 1996, n° 92-43.680, GADT, 4^e éd., n° 71](#); *D.* 1998. Somm. 259, note Lanquetin ; *Dr. soc.* 1996. 1013, note A. Lyon-Caen ; *CSB* 1997. 5, A. 1, note A. P. et J. M. ; *RJS* 1996. 821, n° 1272; *LPA* 22 nov. 1996, note Picca. – Langlois, *D.* 1997. Chron. 45 (III, C).
- [Cass., Soc., 16 février 1994, n°90-46.077, Publié au bulletin, RJS, 4/1994, n° 407.](#)
- [Cass., Soc. 11 juill. 1989, n° 86-10.665, Bull. civ. V, n° 515 ; R., 1989, p. 85, concl. Dorwling-Carter ; D., 1990, Jur. 582, note Malaurie ; D., 1990, Somm. 143, obs. Prétot ; RTD civ., 1990, p. 53, obs. Rubellin-Devichi ; RDSS, 1990, p. 116, note Harichaux ; JCP, 1990, II. 21553, note Meunier.](#)
- [Cass., Soc., 17 décembre 1986, n°86-60.278, Bull n°608.](#)

CHAMBRE CRIMINELLE

- [Cass., Crim. 16 oct. 2012, n° 11-82.866, publié au bulletin.](#)
- [Cass., Crim., 25 sept. 2012, Erika, n° 3439, n° 10.82-938](#) : *Gaz. Pal.* 25 oct. 2012, n° 299, obs. Parance.
- [Cass., Crim. 22 mai 2012, n° 10-88.315](#): *D.*, 2012, Actu., p. 1405 ; *RSC*, 2012, p. 610, obs. Francillon ; *AJ pénal*, 2012, p. 592, obs. Poissonnier et Dubuisson.
- [Cass., Crim., 17 mai 2011, n°10-87.646](#) : *RSC*, 2012, p. 156, obs. C. Ambroise-Castérot
- [Cass., Crim. 24 nov. 2009, n° 09-80.841, Publié au bulletin](#) : *AJ pénal*, 2010, p. 81; *Dr. pénal*, 2010, n° 34, obs. Véron ; *ibid.* Chron. 5, obs. Mouysset ; *Procédures*, 2010, n° 136, obs. Buisson.
- [Cass., Crim., 23 juin 2009, n° 07-85.109, Publié au bulletin.](#)
- [Cass., Crim., 3 septembre 2002 n° 01-86.760, inédit.](#)

CHAMBRE CIVILE

- [Cass., Civ. 2^{ème}, 11 mars 2010, n°09-65.853](#) : *D.* 2010. *AJ* , p. 770, obs. Lavric ; *ibid.*, p. 1394, note Mirkovic ; *JCP*, 2010, n° 607, note Favier ; *AJ fam.*, 2010, p. 184, obs.

Chénéde ; *RDT*, 2010, p. 521, obs. Cros-Courtial ; *RDSS*, 2010, p. 534, note Badel ; *RTD civ.*, 2010, p. 315, obs. J. Hauser.

COUR D'APPEL

- CA Paris, Pôle 6, Chambre 10, 31 janvier 2018.
- CA Basse-Terre, 25 septembre 2017, 16/00347.
- CA Versailles, 9^{ème} chambre, 18 mars 2016, n°14/04196.
- CA Paris, 27 nov. 2013, n° 13/02981, *Dalloz actualité*, 28 nov. 2013, obs. M. Peyronnet ; *D.* 2014. 65, note J. Mouly ; *AJCT* 2014. 63, obs. J.-D. Dreyfus ; *Dr. soc.* 2014. 4, étude J.-E. Ray ; *ibid.* 100, étude Fleur Laronze.
- CA Versailles, 11e ch., 27 oct. 2011, n° 10/05642, *D.*, 2012, 901, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *Dr. soc.*, 2011, p. 1186, note F. Gaudu ; *RD publ.* 2012, p. 1585, note Brice-Delajoux.
- CA Toulouse, 19 février 2010.
- CA Versailles, 3 mars 2009, n° 07/04281.
- CA Rennes, 30 janv. 2008, *Dr. Fam.* 2008, com. 48, note A. Dever.
- CA Paris, 11 oct. 2007 : P. Adam, « Harcèlement moral (managérial), dénonciation d'actes répréhensibles par le salarié et réaction patronale », *Dr. ouv.*, janvier 2008, p. 7
- CA Paris, 11° ch. Correc., 17 octobre 2003, Assoc. du restaurant du Bal du Moulin Rouge, *Dr. Ouv.*, juillet 2004, obs. M. Miné.
- CA Saint-Denis de La Réunion, 9 septembre 1997, n°97/703306, *RDT civ.*, 1999, p.62, obs. Hauser.

JURIDICTIONS DE PREMIERE INSTANCE

- Cons. prud'h. Mantes-la-jolie, 13 déc. 2010, n° 10/00587, *D.* 2011. 85 ; *ibid.* 2012. 901, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *Dr. soc.* 2011. 779, note H. Boualili ; *RDT* 2011. 182, obs. P. Adam.
- TGI Paris (correctionnel), 22 novembre 2002, *Moulin Rouge* : Michel MINÉ « La discrimination raciale à l'embauche devant le juge pénal », *Dr. Ouv.*, juillet 2003, pp. 270 et s.

AUTRE

- Cour de Paris, 4 décembre 1912, *D.* 1914, Vol.2., p. 213.

ORDRE ADMINISTRATIF

CONSEIL D'ÉTAT

- CE, 7 juin 2017, n°396175.
- CE, 4 novembre 2015, association « Maison des potes - Maison de l'égalité », n°387014.
- CE, 1ère et 6ème, 20 avril 2005, *L'Union des familles en Europe*, n°266572.
- CE, 20 juill. 1990, n° 85429, *publié au recueil Lebon* ; *D.* 1992. 153, obs. D. Chelle et X. Prétot ; *Dr. soc.* 1990. 862, concl. M. Pochard.

JURIDICTIONS EUROPEENNES ET INTERNATIONALES

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

- CEDH, 19 déc. 2018, *Molla Sali c. Grèce*, req. n° 20452/14.
- CEDH, 25 juillet 2017, *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, req. n° 17484/15 : *AJ fam.*, 2017, p. 485, obs. Kiteri Garcia.
- CEDH, 3 oct. 2013, *I.B. c. Grèce*, n° 552/10 : *AJDA* 2014. 147, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *D.* 2014, p. 1115, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *RDT*, 2014, p. 120, obs. M. Miné.
- CEDH, 15 janv. 2013, *Eweida c/ Royaume-Uni*, n° 48420/10 59482/10 et 36516/10.
- CEDH, Gr ch., 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*.
- CEDH, Gr. ch., 16 mars 2010, *Orsus c/ Croatie*, n° 15766/03.
- CEDH, Gr. ch., 13 nov. 2007, *D. H. c/ Rép. tchèque*, n° 57325/00
- CEDH, Gr. Ch., 6 juillet 2005, *Stec et autres c/ Royaume-Uni* (décision de recevabilité), §54, *Recueil des arrêts et décisions 2005-X*
- CEDH, Gr. Ch., 6 juill. 2005, *Natchova et a. c/ Bulgarie*, n° 43577/98.
- CEDH, Gr. Ch., 18 janv. 2001, *Chapman c/ Royaume-Uni*, n° 27238/95 : *AJDA*, 2001, p. 1060, chron. Flauss ; *D.*, 2002, p. 2758, note Fiorina ; *RTD civ.*, 2001, p. 448, obs. Marguénaud.
- CEDH, 6 avril 2000, *Thlimmenos c./ Grèce*, n°34369/97, §44 : *AJDA*, 2001, p. 1060, chron. Flauss ; *RFDA*, 2001, p. 1250, chron. Labayle et Sudre ; *RTD civ.*, 2000, p. 434, obs. Marguénaud ; *JCP*, 2001, p. I. 291, chron. Sudre.
- CEDH, 27 sept. 1999, *Smith et Grady c/ Royaume-Uni et Lustig-Prean-Beckett c/ Royaume-Uni*, n° 33985/96 : *RTD civ.* 1999. 917, obs. J.-P. Marguénaud.
- CEDH, 29 avril 1999, *Chassagnou et autres c. France*, réq. 25088/94, 28331/95 et 28443/95.
- CEDH, 26 septembre 1996, *Manoussakis c/Grèce*, Req. n° 18748/91, §.47.
- Commission EDH, 6 juillet 1994, *Union des Athées contre la France*, Req. n° 14635/89.
- CEDH, 12 févr. 1993, *W. v. The United Kingdom*, Réq. n° 18187/91.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (OU DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES)

- CJUE, 17 avr. 2018, *Vera Egenberger contre Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*, aff. C-414/16.
- CJUE 18 oct. 2017, *Ministres grecs de l'Intérieur et de l'Éducation nationale et des Cultes c. Mme Maria-Eleni Kalliri*, n° C-409/16.
- CJUE, 14 mars 2017, *Bouagnaoui et ADDH c/ Micropole SA.*, Aff. C-188/15 : *Dalloz actualité*, 20 mars 2017, obs. M. Peyronnet ; *Lexbase hebdo, éd. soc.*, n° 692, 23 mars 2017, obs. Ch. Radé ; *AJDA*, 2017, p. 551 ; *ibid.*, p. 1106, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère, C. Gänser et P. Bonneville ; *D.*, 2017, p. 947, note J. Mouly ; *Dr. soc.*, 2017, p. 450, étude Y. Pagnerre ; *RDT*, 2017, p. 422, obs. P. Adam ; *Constitutions*, 2017, p. 249, chron. A.-M. Le Pourhiet ; *RTD eur.*, 2017, p. 229, étude S. Robin-Olivier ; *Rev. UE*, 2017, p. 342, étude G. Gonzalez.
- CJUE, 14 mars 2017, *Samira Achbita c/ G4S Secure Solutions NV*, aff. C-157/15 : *Dalloz actualité*, 16 mars 2017, obs. M. Peyronnet ; *Lexbase hebdo, éd. soc.*, n° 692, 23 mars 2017, obs. Ch. Radé ; *AJDA*, 2017, p. 551 ; *ibid.*, p. 1106, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère, C. Gänser et P. Bonneville ; *D.*, 2017, p. 947, note J. Mouly ; *Dr. soc.*, 2017, p. 450, étude Y. Pagnerre ; *RDT*, 2017, p. 422, obs. P. Adam ;

- Constitutions*, 2017, p. 249, chron. A.-M. Le Pourhiet ; *RTD eur.*, 2017, p. 229, étude S. Robin-Olivier ; *Rev. UE*, 2017, p. 342, étude G. Gonzalez ; *JS Lamy*, 2017, n° 430-1, obs. H. Tissandier ; *Sem. soc. Lamy*, 2017, n° 1762, p. 3, obs. G. Calvès ; *ibid.*, p. 6, obs. S. Laulom ; *JCP S*, 2017, p. 1105, obs. B. Bossu.
- CJUE, 18 mars 2014, *C. D. contre S. T.*, n° C-167/12 .
 - CJUE, 18 mars 2014, *Z. c. A Government Department and the Board of Management of a Community School*, n° C-363/12
 - CJUE, 12 décembre 2013, *Frédéric Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, aff. C-267/12.
 - CJUE, 19 septembre 2013, *Betriu Montull*, C-5/12.
 - CJUE, 11 avril 2013, *HK Danmark, agissant pour Jette Ring contre Dansk almennyttigt Boligselskab*, C-335/11 et *HK Danmark, agissant pour Lone Skouboe Werge contre Dansk Arbejdsgiverforening agissant pour Pro Display A/S*, C-337/11, point 34 ; *RDSS*, 2013, p.843 obs. H. Rihal et J. Charruau.
 - CJUE, 21 déc. 2011, *Air Transport Association of America e.a.*, C-366/10.
 - CJUE, 30 sept. 2010, aff. C-104/09, *Pedro Manuel Roca Álvarez contre Sesa Start España ETT SA*
 - CJCE, 10 juillet 2008, *Feryn*, aff. C-54/07, §.25.
 - CJCE, 11 juillet 2006, *Chacón Navas c. Eurest Colectividades SA*, aff. C-13/05, *Rec. CJCE* I-6467, *Europe* 2006. 275, comm. L. Idot ; *D.* 2006, p. 2801, *Tribune A. Boujeka*.
 - CJCE, 1er février 2005, *Commission/Autriche*, C-203/03, *Rec. p. I-935*.
 - CJCE, 30 septembre 2004, *Briheche*, aff. C-319/03, *Recueil* 2004, p. I-8807.
 - CJCE, 11 mars 2003, *Alexander Dory contre Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-186/01, *Recueil* 2003, p. I-02479.
 - CJCE, 19 mars 2002, *Lommers*, aff. C-476/99, *Recueil* 2002, p. I-2891.
 - CJCE, 29 novembre 2001, *J. Griesmar c./ Ministre de l'Economie, des finances et de l'Industrie, ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'Etat et de la Décentralisation*, aff. C-366/99, *Rec. I-4471*.
 - CJCE, 7 décembre 2000, *Schnorbus*, aff. C-79/99, *Recueil* 2000, p. I-10997.
 - CJCE, 6 juillet 2000, *Abrahamsson*, aff. C-407/98, *Recueil* 2000, p. I-5539.
 - CJCE, 28 mars 2000, *Georg Badeck e.a. c/ Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, aff. C-158/97, *Rec.*, 2000, p. I-01875.
 - CJCE, 30 juin 1998, *Mary Brown contre Rentokil Ltd.*, C-394/96, *Rec. p. I-4185*.
 - CJCE, 11 novembre 1997, *Hellmut Marschall contre Land Nordrhein-Westfalen*, aff. C-409/95, *Rec.*, 1997, p.I-06363: concl. Jacobs ; *Europe*, 1998, n° 15 ; *D.*, 1998, obs. Rideaux.
 - CJCE, 17 octobre 1995, *Eckhard Kalanke contre Freie Hansestadt Bremen*, aff. C-450/93, *Rec.* 1995, p. I-03051 : *D.*, 1996, p. 22, chron. Clergerie ; *RTD eur.*, 1996, p. 281, note Charpentier.
 - CJCE, 14 juillet 1994, *Webb*, C-32/93, *Rec. p. I-3567*.
 - CJCE, 1er juillet 1986, *Gisela Rummler*, C-237/85.
 - CJCE, 12 juillet 1984, *Hofmann*, 184/83, *Rec. p. 3047*.
 - CJUE, 8 avril 1976, *Defrenne I*, aff. 43-75, *Rec.*, 1976, p. 455.
 - CJCE, 17 juillet 1963, *Gouvernement de la République italienne c/ Commission*, Aff. 13-63, *Rec.*, p. 337.

COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES,

- Constatations adoptées par le Comité en vertu du Protocole facultatif se rapportant au Pacte concernant la communication n° 2662/2015 rendues le 10 août 2018,

JURIDICTIONS ÉTRANGÈRES

COUR SUPRÊME DES ÉTATS-UNIS

- *Fisher v. University of Texas at Austin (Fisher II)*, 579 U.S. (2016).
- *Fisher v. University of Texas at Austin (Fisher I)*, 570 U.S. (2013).
- *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003).
- *Grutter v. Bollinger*, 539 US 306 (2003).
- *Hopwood v. Texas*, 78 F.3d 932 (5th Cir. 1996).
- *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995).
- *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC* 497 U.S. 547 (1990).
- *City of Richmond v. Croson*, 488 U.S. 469 (1989).
- *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*, 490 U.S. 642 (1989).
- *Wygant v. Jackson Board of Education*, 106 S.Ct. 1842 (1986).
- *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).
- *De Funis v. Odegaard*, 416 U.S. 312 (1974).
- *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).
- *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 U.S. 1, 25, 30, (1971).
- *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294 (1955).
- *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497, (1954).
- *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).
- *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

JURIDICTIONS INFÉRIEURES (ÉTATS-UNIS)

- *Capacchione v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 57 F. Supp. 2d 228 (W.D.N.C. 1999) September 9, 1999.

AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES

CNIL

- Délibération n° 2009-317 du 7 mai 2009 portant avis sur un projet d'arrêté relatif au traitement automatisé réalisé à l'occasion du recensement de la population de Nouvelle-Calédonie en 2009.

CSA

- Décision CSA du 29 juillet 2015 rendue à l'occasion des propos tenus par Robert Ménard dans l'émission "Mots croisés" du 4 mai 2015 sur France 2.

DÉFENSEUR DES DROITS OU HALDE

- Délibération MLD 2016-188 du Défenseur des droits du 21 juillet 2016.
- Décision du Défenseur des droits du 4 décembre 2015 MLD/2015-304.
- Décision du Conseil n°2010/48/CE, du 26 novembre 2009, concernant la conclusion, par la Communauté européenne, de la convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées, *JOUE* du 27 janvier 2010, L23/35, p.32.

- HALDE, Délibérations n°2007-366 du 11 février 2008 et n°2009-336 du 28 septembre 2009.

Index

Les références renvoient aux numéros des paragraphes.

A

Accord/convention collective

- de branche 412 ; 588
- d'entreprise 34 ; 209
- catégorielle 81
- diversité 204 ; 209 ; 216 et s. ; 363 ; 457 ; 557 ; 583

Affirmative action 74 ; 229 et s.

- preuve 249 ; 263

Age 301 ; 335 ; 358 et s. ; 407 ; 426

Algorithme / logiciel 407 ; 441

Alimentation 578 et s.

Aménagement raisonnable 494 ; 528 et s.

Apparence physique (v. phénotype)

B

Branche professionnelle 79 ; 205 ; 319 ; 350 ; 426 et s.

C

Caractéristiques génétiques 155 ; 364

- données 384

Citoyen 20 ; 42 et s. ; 291 ; 309 ; 373 et s.

Comparabilité 65 et s. ; 82

- grossesse 203
- handicap 530
- religion 582

Congés parentaux

- Adoption 93 ; 500
- Maternité/Paternité 93 ; 496 et s.
- Paternité (couple lesbien) 510

CV Anonyme 27 ; 481 et s.

D

Discrimination

- Directe 159 et s.
- Indirecte 163 et s.
- Intersectionnelle 217 ; 325 ; 366 ; 405 ; 558

- Systémique 193 ; 197 ; 309 ; 452 ; 545

- Motifs 167 et s. ; 355

Droit à l'emploi 95 et s. ; 343 ; 418

E

Égalité

- Égalité complexe 289 et s.
- Égalité de résultat 118 ; 125 ; 301
- Égalité de traitement 74 ; 146 ; 185 ; 340
- Égalité des chances 104 ; 118 et s. ; 199 ; 231 ; 413 ; 482
- Égalité formelle 51 et s. ; 69 et s. ; 112 ; 178 ; 290
- Égalité matérielle 114 et s. ; 178
- Égalité réelle 52 ; 65 ; 231
- Égalité substantielle 69 ; 104 ; 118 et s. ; 301

Égalité femmes-Homme

- À travail égal, salaire égal 65 ; 79 ; 102 ; 432
- Négociation obligatoire 34 ; 209
- Rapport de situation comparée 221 ; 406 ; 209
- Rémunération 110

Élections professionnelles

- Électeurs (mineurs/étrangers) 61
- Parité 336 ; 448

Ethnie (v. origine)

F

Formation

- Initiale et continue 486 ; 547 et s.
- Validation des acquis de l'expérience 423

G

Genre 57 ; 63 ; 106 ; 330 ; 517 ; 558

GPEC 34 ; 209

Grossesse (v. congé maternité)

H

Handicap 369 et s.

- Agefiph 33 ; 549
- Allocation aux adultes handicapés 117
- Aménagement raisonnable 528 et s.
- Comparabilité 146
- Entreprises adaptées 532
- Mesures positives 486 ; 549
- Notion 522 et s.
- Quota 125 ; 135 ; 209 ; 450 et s.

Harcèlement

- Discriminatoire 23 ; 535 ; 545
- Moral 534 et s.
- Moral managérial ou organisationnel 545

I

Identité de genre 151 ; 330

Inclusion 47 ; 221 ; 510

- Norme inclusive 35 ; 38 ; 494 et s. ; 514 ; 538
- *Rider* (clause d'inclusion) 454

Intersectionnalité

- Handicap/sexe 326
- Religion/sexe 558
- Mesure 405 ; 438
- Mesures positives 331

J

Justice sociale 24

- Communautariens 288 et s.
- Contractualistes 287
- Égalitarisme-libertaire ; 27 et s. ; 286
- Libertariens 25 ; 28
- Marxisme 28
- Prioritarisme 26 ; 279 et s.

- Utilitarisme 23 ; 26 ; 28 ; 211 ; 122 et s. ; 275 et s.

- Sphères de justice 30 ; 286 et s. ; 332 et s. ; 414 et s.

L

Label 10 ; 36 ; 216 ; 219 ; 363 ; 385 ; 458

Langue 16 ; 60 ; 141 ; 169 et s. ; 360 ; 399

Liberté

- de choix des collaborateurs 343 ; 419 ; 445 ; 460
- d'entreprendre 98 et s. ; 190 ; 342 et s. ; 419 ; 552 ; 581
- d'opinions, de convictions, de croyances 147 et s. ; 369 ; 396 ; 440 ; 578 et s.
- religieuse (v. religion)

M

Masse critique 23 ; 258 ; 320 ; 415 ; 585

Mesures positives 20 ; 36 ; 139 et s. ; 179 et s. ; 318 ; 344 et s. ; 364 ; 372

Mixité

- des métiers 34 ; 407 ; 588
- sociale 402 ; 430

Mœurs 141 ; 151 ; 364

N

Négociation obligatoire 34 ; 209

Nom de famille 296 ; 360 ; 364 ; 389 ; 402

O

Obligation

- de moyens 349 ; 580
- de résultat 135 ; 349

Outre-mer 108 ; 130 ; 168 ; 389 ; 405 ; 433 et s.

Orientation sexuelle 4 ; 141 ; 165 ; 174 ; 358 et s. ; 370 et s. ; 396 ; 440 ; 496 et s.

Origine 3 ; 13 ; 33 ; 36 ; 59 ; 145 ; 220 ; 237 ; 299 ; 492

Origine géographique (ou lieu de résidence) 3 ; 123 ; 130

Origine sociale [123](#) ; [151](#) ; [296](#)

P

Parentalité [203](#) ; [301](#) ; [369](#) ; [372](#) ; [406](#) ; [492](#) et s.

Parité [58](#) ; [125](#) et s. ; [414](#)

- Conseil d'administration [126](#) ; [451](#)
- (v. élections professionnelles)

Particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique [141](#) ; [151](#)

Phénotype [3](#) ; [389](#) ; [438](#)

Pôle emploi [100](#) ; [172](#) ; [344](#) ; [358](#) ; [425](#) et s

Préjugés [23](#) ; [91](#) ; [109](#) ; [239](#) ; [295](#) ; [298](#) ; [318](#) et s. ; [401](#) ; [415](#) ; [480](#) et s. ; [532](#)

Preuve

- Egalité de traitement [81](#)
- Discrimination [142](#) ; [153](#) ; [426](#)
- Méthode clerc [10](#) ; [465](#) et s. ; [506](#)

Q

Quota [271](#) ; [318](#) ; [337](#) ; [396](#) ; [400](#) ; [430](#) ; [445](#) ; [532](#)

R

Race (v. origine)

- Suppression du mot [3](#)

Règlement intérieur [161](#) ; [458](#) ; [557](#) et s.

Religion [34](#) ; [55](#) ; [66](#) ; [112](#) ; [147](#) et s. ; [161](#) ; [304](#) ; [376](#) ; [396](#) ; [552](#) et s.

Repos dominical [304](#) ; [577](#)

Représentation « miroir » [265](#) ; [332](#) ; [414](#) et s.

Retraite [36](#) ; [79](#) ; [111](#) ; [116](#) ; [340](#) ; [507](#)

S

Santé [537](#) et s.

Ségrégation

- Géographique [402](#) ; [431](#)

- Raciale [20](#) ; [228](#) et s.

Sexe [145](#)

- Complémentarité (théorie) [63](#)
- distinction H/F/neutre/intersexe [4](#)
- interdiction des distinctions [64](#)

Situation de famille (v. parentalité)

Statistiques [10](#) ; [36](#) ; [197](#) ; [263](#) ; [335](#) et s.

- données sensibles [380](#) et s. ; [544](#)
- ethniques [130](#) et s. ; [399](#) et s.
- femme-hommes [65](#) ; [106](#)
- meuses [378](#)
- preuve [464](#) et s.

Stérotypes (v. préjugés)

Syndicats [10](#) ; [133](#) ; [336](#) et s. ; [415](#) ; [545](#) ; [588](#)

T

Temps de travail

- Aménagements [304](#) ; [528](#) ; [556](#) ; [575](#) et s.
- Inégalité temps partiel [407](#) ; [505](#)

U

Universalisme [20](#) ; [46](#) ; [54](#)

Universalité du droit [84](#) ; [112](#) ; [137](#) ; [143](#) ; [298](#) et s.

Universalité des droits [42](#) et s. ; [83](#) et s. ; [112](#) et s. ; [298](#) et s.

V

Vie familiale [337](#) ; [500](#) ; [514](#) ; [577](#)

Vie personnelle [549](#) ; [584](#)

Vie privée [371](#) ; [394](#) et s. ; [407](#) ; [491](#) ; [555](#) ; [579](#)

Table des matières

Remerciements	VII
Liste des principales abréviations	IX
Sommaire	XIII
Introduction	1
Définition générale	1
Précisions terminologiques	2
Apparition de la question de la diversité en France	6
Diversité en droits européens	13
Influence du droit américain et du droit de l'Union européenne	16
Justification de la notion de diversité	18
Justice sociale et diversité	20
Motivations entourant la recherche de diversité dans le contexte français de l'entreprise.....	24
Diversité et négociation collective	25
Nécessité d'un encadrement légal	29
Méthodologie de la recherche	30
La diversité et le droit du travail	31
Plan de l'étude	33
Partie 1 : L'ancrage difficile de la notion de diversité en droit français	35
Titre 1 : La décomposition de l'universalisme au prisme de la diversité.....	37
Chapitre 1 : L'utopie universaliste	39
Section 1 : Un universalisme reposant sur un droit aveugle aux différences.....	40
§1 : La fiction universaliste	40
A. Le postulat d'un droit « aveugle aux différences »	40
B. Une fiction juridique.....	43
1. Le cas de l'origine ou de la « race »	45

2. Le cas des femmes	46
3. Le cas des minorités religieuses	48
§2 : La traduction juridique de cette fiction universaliste	49
A. Une égalité formelle	50
1. L'absence de prise en compte des situations de fait ou de ce que les gens "sont"	51
2. Une différenciation facultative	53
B. Une traduction en droit du travail au travers du principe d'égalité de traitement.....	54
Section 2 : Un universalisme aveuglé par les différences	57
§1 : L'absence d'universalité dans l'accès aux droits	58
A. Les décalages entre le droit et son application	58
1. Une reconnaissance tardive de l'altérité non réparée.....	58
2. L'empreinte du passé dans l'accès aux droits.....	60
B. Le mirage du droit à l'emploi	61
1. Le droit à l'emploi	62
a) Un droit-créance	62
b) L'égalité dans l'accès à l'emploi.....	64
2. L'égalité dans les conditions d'emploi	65
a) La nature des emplois : quels types d'emploi pour qui ?.....	66
b) La qualité des emplois.....	68
§2 : La multiplication des exceptions à la règle universelle	69
A. Exceptions pour compenser les inégalités : égalité matérielle	70
B. Exceptions pour rééquilibrer les positions : égalité des chances et égalité substantielle	71
1. Exemple de réduction de la fracture entre les territoires	72
2. Exemple des zones d'éducation prioritaire (ZEP) et de la troisième voie d'accès à Science Po	73
C. Exceptions pour favoriser une égalité de résultat	75

1. La parité entre les hommes et les femmes	75
2. La préférence territoriale	77
3. Les quotas handicap.....	80
Conclusion du Chapitre 1	82
Chapitre 2 : La réalité de la diversité	83
Section 1 : L'évolution du principe de non-discrimination vers la diversité	84
§1 : Multiplication des motifs discriminatoires.....	85
A. L'ambivalence théorique des motifs.....	86
B. Une liste de motifs évoluant avec la société et ses enjeux de diversité.....	90
§2 : Un principe de non-discrimination en perte de sens	94
A. La distinction entre discriminations directes et indirectes.....	94
1. Discrimination directe	94
2. Discrimination indirecte	96
B. Une distinction malmenée	98
1. Une distinction législativement malmenée	98
2. Une distinction (parfois) judiciairement malmenée	101
Section 2 : De la confrontation entre les principes d'égalité et de non-discrimination naît la diversité	103
§1 : L'insécurité juridique pesant sur les mesures positives	104
A. L'encadrement strict des mesures positives par le droit européen	106
B. L'insécurité juridique entourant les mesures positives.....	111
1. L'absence d'incompatibilité de principe entre les mesures positives et le principe de non-discrimination.....	111
2. Des mesures positives formellement autorisées en droit du travail français 114	
3. Un contrôle judiciaire des mesures positives insatisfaisant.....	116
§2 : Le positionnement difficile de la notion de diversité dans l'ordre juridique français	118

A. Les objectifs poursuivis par la promotion de la diversité dans les entreprises	
119	
1. La mise en conformité avec les lois en vigueur.....	119
2. La diversité comme dimension sociale de la responsabilité sociétale des entreprises.....	122
3. Les objectifs utilitaristes de la diversité	122
B. Les occurrences de la notion de diversité dans les conventions collectives.	124
1. Les définitions de la diversité dans les textes nationaux	124
2. La redéfinition pragmatique de la diversité par les entreprises	127
Conclusion Titre 1	130
Titre 2 : La recomposition de l'universalisme au prisme de la diversité	133
Chapitre 1 : Le concept juridique de diversité aux États-Unis.....	135
Section 1 : L'abandon des mesures différentielles au profit de la diversité.....	136
§1 : La remise en cause de l' <i>affirmative action</i>	138
A. Des mesures d' <i>affirmative action</i> de plus en plus contestées.....	139
1. Le choix délicat des bénéficiaires.....	139
2. Une efficacité discutée.....	141
B. L'interdiction de l'utilisation des quotas en 1978	144
§2 : Le changement de paradigme.....	148
A. L'argument recevable de la diversité pour faire perdurer l' <i>affirmative action</i>	
149	
1. La diversité : une justification acceptable de l' <i>affirmative action</i>	149
2. Les motivations de l'opinion du juge Powell	150
B. Un argument inconstant dans la jurisprudence américaine	152
Section 2 : Approche critique de la diversité aux États-Unis.....	157
§1 : Les critiques de l'approche américaine de la diversité	157
A. Une approche nouvelle des « groupes »	157
B. L'affaiblissement de l'efficacité des <i>affirmative actions</i>	158

§2 : L'étendue limitée de l'approche diversité.....	160
A. Une transposition difficile dans le milieu du travail.....	160
B. Une politique déstabilisant les rapports sociaux.....	161
Conclusion Chapitre 1	164
Chapitre 2 : La difficile réception en droit français du concept de diversité	165
Section 1 : L'apport de l'universalisme à la diversité	165
§1 : La définition des périmètres de la diversité	166
A. La théorie des sphères de justice	167
B. L'application de cette théorie aux questions de diversité.....	170
§2 : Une diversité respectueuse de l'universalité <i>des</i> droits.....	174
A. La primauté de l'universalité <i>des</i> droits	174
B. La refonte de l'universalité du droit	176
Section 2 : L'apport de la diversité à l'universalisme	178
§1 : La redéfinition de l'individu au regard de la notion de groupe.....	179
A. Le dépassement de la logique individuelle et abstraite du citoyen.....	179
1. Dépasser le besoin d'une victime identifiée	180
2. Dissocier le traitement de la discrimination systémique de celui des cas individuels	181
B. La reconnaissance des individualités.....	184
1. La diversité inhérente à chaque individu et la lutte contre les stéréotypes	184
2. La reconnaissance de l'intersectionnalité	186
§2 : Une justification objective et légitime à la prise en considération de motifs prohibés	189
A. Un objectif de représentation « miroir » de la diversité	190
B. Les contours de la sphère « travail »	196
1. Droit à l'emploi vs liberté de choix des collaborateurs	197
2. La responsabilité de l'employeur circonscrite à la sphère.....	199

Conclusion Partie 1	203
Partie 2 : La mise en œuvre ordonnée de la diversité en droit du travail	205
Titre 1 : La recherche de diversité.....	207
Chapitre 1 : Des composantes de la diversité inégales face à la mesure statistique	209
Section 1 : L’objet de la mesure.....	210
§1 : L’existence de hiérarchisations informelles des composantes de la diversité	211
A. La valorisation de certaines composantes de la diversité	211
B. Une hiérarchie quantitative.....	215
§2 : Une hiérarchisation pragmatique des composantes de la diversité	218
A. Les classifications pragmatiques du management de la diversité	219
B. Une possible classification juridique des composantes de la diversité	221
Section 2 : Les contraintes de la mesure	224
§1 : Les contraintes légales de la mesure	225
A. Une mesure restreinte par l’existence de données sensibles	225
B. Les exceptions à l’interdiction de collecter et traiter des données sensibles	228
§2 : Les contraintes méthodologiques et politiques de la mesure	232
A. Des objets difficilement mesurables.....	233
1. Le respect de la vie privée	233
2. Le débat conflictuel des statistiques ethniques.....	235
B. Des volumes de données considérables	241
Conclusion du chapitre 1.....	244
Chapitre 2 : Les moyens d’introduction de certaines composantes de la diversité.....	245
Section 1 : La définition des objectifs à atteindre	245
§1 : L’objectif de comparaison lié à la mesure	246
A. La recherche de représentativité	246
B. Les objectifs de la sphère de l’emploi	251

1. Une contrainte spécifique au droit du travail : le respect de la liberté d'entreprendre	251
2. Un accès égal à l'emploi en fonction des compétences acquises	252
§2 : La mesure dans la sphère de l'emploi	254
A. Les erreurs de comparaison à éviter	255
1. L'erreur de la comparaison avec les entreprises de la branche	255
2. L'erreur de la comparaison par bassin géographique	257
B. Pôle emploi, un acteur de la mesure de la diversité.....	261
1. Le rôle central de Pôle emploi et de l'URSSAF.....	261
2. L'utilisation du numérique pour l'accès à l'emploi.....	264
Section 2 : Les conséquences de l'absence de diversité.....	267
§1 : Les outils de sanction du non-respect de la diversité	268
A. Le respect de la diversité imposé par la loi	269
1. Le respect de la diversité imposé par le législateur	269
2. Le respect de la diversité imposé par la loi des parties	274
B. Le respect de la diversité imposé par le juge.....	278
§2 : La réparation du préjudice des victimes identifiées comme outil de dissuasion	280
A. Une réparation individuelle dissuasive des discriminations à l'embauche ..	280
B. Une réparation de masse comme outil de dissuasion	282
1. L'usage de la méthode Clerc pour la reconstitution des carrières.....	282
a) La reconstitution de la carrière du salarié.....	283
b) L'étape de la modélisation	285
c) Le calcul des préjudices.....	286
2. L'action collective	287
§3 : Les outils de « promotion ».....	289
A. La déconstruction des préjugés et des stéréotypes	289
B. L'argument économique.....	292

Conclusion Titre 1	295
Titre 2 : La sauvegarde de la diversité	297
Chapitre 1 : L'obligation pour l'entreprise de s'adapter à la diversité des situations des travailleurs.....	299
Section 1 : Le rôle de la diversité dans l'appréhension des questions liées à la parentalité.....	300
§1 : Intégrer les besoins particuliers dans la norme	301
A. La couverture des besoins par une approche différentialiste.....	301
B. Les effets pervers de l'approche différentialiste.....	304
§2 : Rétablir l'universalité de la norme	307
A. Le questionnement du différentialisme par la diversité.....	308
B. Le rétablissement d'une norme universelle plus inclusive.....	312
Section 2 : L'obligation d'adapter le travail à la santé des travailleurs	316
§1 : Une approche stigmatisante des limites des individus	317
A. L'approche médicale de l'inaptitude et du handicap favorisée par le droit du travail.....	317
B. Des solutions centrées sur les limites des individus	320
1. L'obligation d'aménagement raisonnable	321
2. Le dévoiement de la procédure d'inaptitude	323
§2 : L'incapacité relative de l'individu face à une entreprise inadaptée	326
A. Un objectif de santé au travail pour tous les salariés.....	326
1. Adapter le travail à tous les hommes et toutes les femmes	327
2. L'amélioration de la prévention	329
B. Une responsabilité collective perceptible à travers la répartition des coûts d'aménagement raisonnable.....	331
Conclusion chapitre 1.....	333
Chapitre 2 : La gestion égalitaire des libertés individuelles dans l'entreprise	335
Section 1 : La cristallisation des débats autour de la liberté religieuse.....	335

§1 : Une gestion délicate du fait religieux dans l'entreprise	336
A. La gestion individuelle du fait religieux	336
B. La gestion collective du fait religieux	337
§2 : Une gestion égalitaire de la liberté religieuse promue par le juge européen...	342
Section 2 : La nécessité d'une législation plus respectueuse de la diversité des opinions et croyances	349
§1 : Un effort de neutralisation des règles de droit	350
A. Le temps de travail	350
B. L'alimentation sur le lieu de travail.....	352
§2 : L'application d'un contrôle de proportionnalité classique.....	355
A. Un contrôle de proportionnalité dans les entreprises « classiques »	356
B. Une liberté relative dans les entreprises intégrant volontairement une autre sphère	358
Conclusion.....	361
BIBLIOGRAPHIE	363
I – Ouvrages généraux.....	363
II – Ouvrages spéciaux, Thèses, Essais	364
III – Rapports, Guides	370
IV – Articles de doctrine	374
V – Notes et Observations.....	392
VI – Conférences, communiqués et discours	394
VII – Article de presse et médias	395
VIII – Table des jurisprudences, décisions, avis	397
Index.....	407
Table des matières	411