



HAL
open science

La réalisation du droit de la non-discrimination

Robin Medard Inghilterra

► **To cite this version:**

Robin Medard Inghilterra. La réalisation du droit de la non-discrimination. Droit. Université Paris Nanterre, 2020. Français. NNT : 2020PA100038 . tel-04515119

HAL Id: tel-04515119

<https://shs.hal.science/tel-04515119v1>

Submitted on 13 Sep 2024

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.

Membre de l'université Paris Lumières

Robin MEDARD INGHILTERRA

La réalisation du droit de la non- discrimination

Thèse présentée et soutenue publiquement le 06/07/2020
en vue de l'obtention du doctorat de Droit public de l'Université Paris Nanterre
sous la direction de Mme Véronique Champeil-Desplats (Université Paris Nanterre)

Jury :

Rapporteure :	Mme Gwénaële Calvès	Professeure, CY Cergy Paris Université
Rapporteur :	M. Xavier Dupré de Boulois	Professeur, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Membre du jury : (directrice de thèse)	Mme Véronique Champeil- Desplats	Professeure, Université Paris Nanterre
Membre du jury :	M. Vincent-Arnaud Chappe	Chargé de recherche, CNRS
Membre du jury :	Mme Stéphanie Hennette- Vauchez	Professeure, Université Paris Nanterre
Membre du jury :	M. Jérôme Porta	Professeur, Université de Bordeaux

L'Université Paris Nanterre 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

REMERCIEMENTS

Mes remerciements et ma profonde gratitude vont en premier lieu à la Professeure Véronique Champeil-Desplats qui a assuré la direction de ce travail. Son exigence et son encadrement bienveillant ont permis de conduire ce projet à son terme. Merci infiniment, Madame, pour votre regard critique, vos conseils, votre soutien et votre disponibilité sans faille. Ils se sont révélés extrêmement précieux et ont contribué à rendre le cheminement moins long, du commencement du master 2 à l'achèvement du doctorat.

Je tiens également à remercier les Professeures Gwénaële Calvès et Stéphanie Hennette-Vauchez, les Professeurs Xavier Dupré de Boulois et Jérôme Porta, ainsi que Monsieur Vincent-Arnaud Chappe, qui me font l'honneur d'avoir accepté d'évaluer ce travail et de le discuter en participant au jury de soutenance.

Cette thèse n'aurait toutefois pu être entreprise et achevée sans le concours de plusieurs institutions qui ont assuré les conditions matérielles satisfaisantes à sa rédaction. Je tiens à leur témoigner ma sincère reconnaissance : à l'Institut des Amériques, qui m'a offert une riche expérience en tant que coordonnateur du pôle Canada ; au CÉRIUM de l'Université de Montréal, qui m'a accueilli durant ces trois années ; à l'Université de Paris Nanterre, pour le bonheur d'y enseigner à mon retour en France ; au CREDOF, bien sûr, refuge chaleureux qui permet l'épanouissement d'une équipe de jeunes chercheurs, et à sa directrice, qui témoigne constamment du souci de leur apporter un appui inconditionnel.

Merci également à Marie-Xavière Catto, Céline Fercot, Tatiana Gründler, Cédric Roulhac, Patricia Rrapi, Serge Slama et Lionel Zevounou pour leurs relectures vigilantes et/ou leur soutien et leurs conseils au cours du doctorat.

Plusieurs complices et compagnons de route ont également contribué à ce travail de relecture et ont permis de nourrir la réflexion au gré des échanges. Balthazar, Camille, Clément, Elsa B., Elsa F., Hanna, Laurie, Michael, Nicolas, Thomas A., merci pour votre aide ! Je n'oublie pas Andréa, Audrey, Delphine, Élise, Maria, Pénélope et Thomas C. Ces années n'auraient pas eu tant d'éclats sans vous toutes et tous, à l'université et en dehors.

À leurs côtés, Lei, Jean-Philippe, Claire L., Anna, Lou, Audrey et Alexis ont été de véritables boussoles. Aux amis de longue date, dont la patience a été éprouvée, merci pour vos attentions en dépit des distances.

Dans des registres différents, merci à AVB pour cette saison, et à Alix Mathurin pour les heures de course du mont Royal aux quais de Pantin.

Plus fondamentalement, quelques lignes ne sauraient rendre justice au soutien de mes parents et de mon frère, toujours présents aux moments opportuns. À Jean et Christine, pour leur affection immodérée. À Alicia, modèle de détermination. À Salvatore, qui ne m'a jamais vraiment quitté.

À Claire, pour sa présence quotidienne et providentielle.

ABRÉVIATIONS

Institutions, organismes et juridictions :

ABCA	Court of Appeal of Alberta
ACSÉ	Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances
AFNOR	Association française de normalisation
AGNU	Assemblée générale des Nations unies
AHRC	Alberta Human Rights Commission
AOM	Association des ombudsmans de la Méditerranée
AOMF	Association des ombudsmans et médiateurs de la francophonie
Ass.	Assemblée
BCCA	Court of Appeal for British Columbia
BCHRT	British Columbia Human Rights Tribunal
BCSC	Supreme Court of British Columbia
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
CADA	Commission d'accès aux documents administratifs
CAJDP	Centre d'assistance juridique en matière de droits de la personne
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CC	Conseil constitutionnel
CDP	Commission des droits de la personne du Québec
CDPDJ	Commission québécoise des droits de la personne et des droits de la jeunesse
CDPH	Comité des droits des personnes handicapées
CE	Conseil d'État
CEDAW	Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes
CEDR	Comité pour l'élimination de la discrimination raciale
CEDS	Comité européen des droits sociaux
CF	Cour fédérale du Canada
ch.	Chambre
CIH	Comité interministériel du handicap
CII	Comité interministériel à l'intégration
CILCRA	Comité interministériel de lutte contre le racisme et l'antisémitisme
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'homme
CNDS	Commission nationale de déontologie et de sécurité
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
CNLE	Conseil national des politiques de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale
CODAC	Commission départementale d'accès à la citoyenneté
CoDESC	Comité des droits économiques, sociaux et culturels
CoDH	Comité des droits de l'Homme
COPEC	Comité pour l'égalité des chances et de la citoyenneté
CORA	Comité opérationnel de lutte contre le racisme et l'antisémitisme
corr.	Correctionnelle / correctionnel
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
CPH	Conseil de prud'hommes
DACG	Direction des affaires criminelles et des grâces
DDD	Défenseur des droits

DIERI	Délégation interministérielle à l'égalité républicaine et à l'intégration
DILCRA	Délégation interministérielle à la lutte contre le racisme et l'antisémitisme
ECRI	Commission européenne contre le racisme et l'intolérance
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
ENA	École nationale de l'administration
ENAR	European Network Against Racism
ENM	École nationale de la magistrature
EQUINET	European network of equality bodies
FC	Federal Court of Canada
FCA	Federal Court of Appeal of Canada
FRA	Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne
Grande ch.	Grande chambre
GELD	Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations
HALDE	Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité
HCE	Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes
HCI	Haut Conseil à l'intégration
HRTO	Human Rights Tribunal of Ontario
IFOP	Institut français d'opinion publique
INDH	Institution nationale de défense des droits de l'homme
LDH	Ligue des droits de l'homme
LICRA	Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme
MRAP	Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples
NLTD	Supreme Court of Newfoundland and Labrador
NSCA	Nova Scotia Court of Appeal
OBI	Ontarian Board of Inquiry (désormais Human Rights Tribunal of Ontario)
OIT	Organisation internationale du travail
ONCA	Court of Appeal for Ontario
ONCJ	Ontario Court of Justice
ONG	Organisation non-gouvernementale
ONSC	Superior Court of Justice – Ontario
ONSCDC	Divisional Court – Ontario
PCJ	Programme de contestation judiciaire canadien
PESCTD	Supreme Court of Prince Edward Island
PHAROS	Plateforme d'harmonisation, d'analyse, de recoupement et d'orientation des signalements
Plén.	Plénière
QCCA	Cour d'appel du Québec
QCCQ	Cour du Québec
QCCS	Cour supérieure du Québec
QCTDP	Tribunal québécois des droits de la personne
RPR	Rassemblement pour la République
sect.	Section
SSR	Sous-sections réunies
TCDP	Tribunal canadien des droits de la personne
TDFP	Tribunal de la dotation de la fonction publique du Canada
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
TPIUE	Tribunal de première instance de l'Union européenne
UDF	Union pour la démocratie française
UMP	Union pour un mouvement populaire

Revue juridique et sociétés éditrices :

AJDA	Actualité juridique, droit administratif
APD	Archives de philosophie du droit
CHRR	Canadian Human Rights Reporter
CRDF	Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux

D.	Recueil Dalloz
Dr. Adm.	Droit administratif
Dr. Soc.	Droit social
Dr. Pén.	Droit pénal
EDFP	L'Essentiel – Droit de la famille et des personnes
JA	Juris associations
JCl. A	Juris-classeur Administratif
JCl. ST	Juris-classeur Sociétés Traités
JCl. TT	Juris-classeur Travail Traités
JCP	La semaine juridique - Édition générale
JCP EA	La semaine juridique – Entreprises et affaires
JCP AJ	La semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales
JCP S	La semaine juridique - Sociale
JSL	Jurisprudence sociale Lamy
JT	Juris Tourisme
LCS	Les Cahiers Sociaux
Lettre ADL	Lettre Actualités Droits-Libertés
LPA	Les Petites Affiches
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
RDLF	Revue des droits et libertés fondamentaux
RDP	Revue de droit public
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
RDT	Revue de droit du travail
RevDH	Revue des droits de l'homme
REVUS	Revue de théorie constitutionnelle et de philosophie du droit
Rev. UE	Revue de l'Union européenne
Rev. Proc.	Revue Procédures
RFAP	Revue française d'administration publique
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RGD	Revue générale de droit
RGDP	Revue générale de droit public
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIEJ	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
SSL	Semaine sociale Lamy

Textes, recueils juridiques et dictionnaire :

BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
BOMJ	Bulletin officiel du Ministère de la Justice
<i>Bull.</i>	Bulletin de chambre (Cour de cassation)
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CJA	Code de justice administrative
COJ	Code de l'organisation judiciaire
Convention EDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CPC	Code de procédure civile
CPP	Code de procédure pénale
CSP	Code de la santé publique
CSS	Code de la sécurité sociale
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme

ECLI	European Case Law Identifier / Identifiant européen de la jurisprudence
JORF	Journal officiel de la République française
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
PNACRA	Plan national d'action contre le racisme et l'antisémitisme
RCS	Recueil des arrêts de la Cour suprême
rec.	Recueil
RLRQ	Recueil des lois et règlements du Québec
TLFi	Le Trésor de la langue française informatisé

Signalétique :

al.	Alinéa
art.	Article
c	Chapitre
c.	Contre
chron.	Chronique
cons.	Considérant
dir.	Direction
<i>e.g.</i>	<i>Exempli gratia</i> , par exemple
éd.	Édition
édit.	Éditeur
fasc.	Fascicule
<i>i.e.</i>	<i>Id est</i> , c'est-à-dire
n°	Numéro
n. s.	Numéro spécial
not.	Notamment
obs.	Observations
par.	Paragraphe
s.	Suivantes
t.	Tome
trad.	Traduction
v.	Voir
vol.	Volume

Références :

<i>loc. cit. (loco citato)</i>	Mention utilisée pour indiquer que la référence est préalablement citée dans l'étude et que la pagination, soit est identique, soit ne peut être signalée (le plus souvent pour une référence numérique sans pagination ou une décision de justice sans paragraphes numérotés).
<i>op. cit. (opere citato)</i>	Mention utilisée pour indiquer que la référence est préalablement citée dans l'étude. La mention est suivie de la pagination adéquate. Si elle ne l'est pas, elle renvoie à l'ouvrage en général.
<i>ibidem</i>	Mention utilisée pour indiquer que la référence est précitée immédiatement dans la note précédente et que la pagination est identique. En cas de multiples références dans la note qui précède, c'est à la première que la mention renvoie.
<i>idem</i>	Mention utilisée pour indiquer que la référence est précitée immédiatement dans la note précédente. En cas de multiples références dans la note qui précède, c'est à la première que la mention renvoie. La mention est suivie de la pagination adéquate.

SOMMAIRE

PARTIE 1 : LA RÉALISATION PAR LA CONCEPTION DU DROIT DE LA NON-DISCRIMINATION

TITRE 1 : Les propriétés légistiques de la norme

Chapitre 1 : Les fondements précaires du droit de la non-discrimination

Chapitre 2 : Le langage hésitant du droit de la non-discrimination

TITRE 2 : La cohérence du cadre normatif

Chapitre 1 : L'inconsistance de la qualification de discrimination

Chapitre 2 : La coexistence complexe entre égalité et non-discrimination

PARTIE 2 : LA RÉALISATION PAR LA REVENDICATION DU DROIT À LA NON-DISCRIMINATION

TITRE 1 : L'accessibilité des autorités d'application du droit

Chapitre 1 : Les limites des différentes voies d'action

Chapitre 2 : Les difficultés relatives à la conduite de l'action

TITRE 2 : L'efficacité des mécanismes de règlement des litiges

Chapitre 1 : L'utilité contrastée des procédures *sui generis* de la non-discrimination

Chapitre 2 : L'audace restreinte des juges de la non-discrimination

« Si l'on admet que les discriminations sont inhérentes à la dynamique de fonctionnement des sociétés, qui recrée sans cesse des distinctions, des ségrégations, des hiérarchies, le droit peut y réagir au moins de trois manières différentes. Ou bien, entériner ces discriminations [...]. Ou bien, les ignorer [...]. Ou bien encore, les *combattre* [...]. Même si ces trois attitudes se combinent, l'une d'entre elles toujours prédomine, indissociable d'une certaine vision de l'ordre social : si la première attitude prévaut sous l'Ancien Régime et la seconde à la Révolution, la troisième l'emporte dans les sociétés contemporaines, comme l'atteste la promotion du thème de la "lutte contre les discriminations" ; cette promotion manifeste le passage à une *conception active* (*il ne s'agit plus de poser un principe mais de lutter pour sa réalisation*), *en utilisant le vecteur juridique* (*le droit n'étant plus seulement un terrain d'application mais un moyen de réalisation de l'exigence de non-discrimination*) »¹

¹ CHEVALIER, J., « Lutte contre les discriminations et État-providence », *in* BORRILLO, D. (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte, 2003, p. 40 (nous soulignons).

INTRODUCTION

1. Discrimination, effectivité, réalisation. Parmi ces trois concepts, deux bénéficient d'ores et déjà d'une certaine notoriété. La *discrimination* s'est progressivement installée dans les débats publics au cours des trente dernières années et est désormais créditée d'une forte attention médiatique, politique et académique. Bien que moins exposée, l'*effectivité* est présente de manière croissante dans le discours des juristes². Entendue comme l'état de correspondance entre la signification de la norme et les comportements de ses destinataires³, elle s'avère utile pour ceux qui se risquent à confronter un droit idéal à la réalité sociale, quitte à s'exposer au désenchantement de l'entreprise⁴. Plus à la marge, le concept de *réalisation*⁵ semble, quant à lui, souffrir d'une mobilisation moindre⁶. Il peut pourtant utilement contribuer à penser le rayonnement des énoncés juridiques, aux côtés et en complément du concept d'effectivité.

² La problématique de l'effectivité n'est certes pas nouvelle. En ce sens, v. POUND, R., « Enforcement of Law », *Green Bag*, vol. 20, n° 8, 1908, p. 401 : « *complaints of non-enforcement of law are perennial. Indeed, discussion of the subject as a scientific problem is at least as old as Aristotle. Many of the causes of this complaint are inherent in the administration of justice, and appear in all systems at all times* ». V. aussi POUND, R., « Law in Books and Law in Action », *American Law Review*, vol. 44, n° 1, 1910, p. 35 : « *A great deal of the law in the books is not enforced in practice because our machinery of justice is too slow, too cumbersome and too expensive to make it effective* ». La prise en compte croissante de l'effectivité du droit par les juristes, en France, se traduit notamment par la multiplication des thèses de doctorat qui prennent ce concept pour objet. Pour quelques illustrations récentes v. entre autres : DERDEVET, M., *Les accords transnationaux d'entreprise à l'épreuve de leur effectivité : entre autonomie et coercition*, thèse dactylographiée, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2018 ; BENZIMA, S., *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017 ; ROSSO ROIG, A., *Les droits et libertés du majeur protégé : l'effectivité de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*, thèse dactylographiée, Université de Toulon, 2016 ; TISSOT, S., *Effectivité des droits des créanciers et protection du patrimoine familial*, thèse dactylographiée, Université Aix-Marseille, 2015 ; TZUTZUIANO, C., *L'effectivité de la sanction pénale*, thèse dactylographiée, Université de Toulon, 2015 ; IOSCA, B., *L'effectivité de la sanction des infractions au Code de la route*, thèse dactylographiée, Université de Toulon, 2014 ; SEBE, F., *Le droit de la représentation collective dans l'entreprise. Essai sur l'effectivité de la norme*, Paris, LexisNexis, 2014 ; COUVEINHES-MATSUMOTO, F., *L'effectivité en droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2014 ; BETAÏLLE, J., *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, thèse dactylographiée, Université de Limoges, 2012 ; LEROY, Y., *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, Paris, LGDJ, 2011 ; HUTEN, N., *La protection de l'environnement dans la Constitution française : contribution à l'étude de l'effectivité différenciée des droits et principes constitutionnels*, thèse dactylographiée, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2011 ; SAINT-PIERRE, L., *L'effectivité du droit aux soins : étude comparative de droit interne français et québécois*, thèse dactylographiée, Université Aix-Marseille, 2010 ; TEORAN, M., *L'obligation pour l'administration d'assurer l'effectivité des normes juridiques*, thèse dactylographiée, Université Paris-Sud, 2007 ; LUCIANI-MIEN, D., *L'effectivité des droits de la défense en procédure pénale*, thèse dactylographiée, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2006 ; MEIER MARSELLA, C., *L'effectivité du processus répressif dans le traitement de la cybercriminalité*, thèse dactylographiée, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2005 ; ou encore RICHARD, V., *Le droit et l'effectivité : contribution à l'étude d'une notion*, thèse dactylographiée, Université Paris 2 Panthéon Assas, 2003.

³ Pour une argumentation détaillée relative à l'acception retenue, voir les développements *infra*.

⁴ Pour une contribution fondatrice en France, v. CARBONNIER, J., « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *L'année sociologique*, vol. 9, 1957-1958, p. 3-17. V. également LASCOUMES, P. et SERVERIN, É., « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et société*, n° 2, 1986, p. 101-124.

⁵ Dans la présente étude, le concept de *réalisation* qualifie le processus de passage du sens de la norme aux comportements correspondants de ses destinataires. Pour une argumentation détaillée relative à l'acception retenue, voir les développements *infra*.

⁶ V. néanmoins PORTA, J., *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Paris, Fondation Varenne, 2007 et, dans une démarche différente, MOTULSKY, H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, Dalloz, rééd. 2002. Le terme de réalisation peut être régulièrement mobilisé, mais il est rarement l'objet d'un travail conceptuel et théorique.

2. L'effectivité permet d'abord de s'attacher « à la description du fonctionnement du système juridique et à celle de ses liens avec le réel »⁷. Sa considération permet d'acter le degré de succès variable que connaissent les règles de droit dans les comportements sociaux. Le constat d'un écart entre le « pôle normatif » et le « pôle factuel »⁸ démystifie, le cas échéant, la force du droit⁹ et rappelle « son incapacité à faire en sorte que son observance soit garantie »¹⁰. En d'autres termes, la présentation du système juridique comme ensemble de règles visant la direction des comportements se trouve parfois « disqualifiée » par une réalité qui en « sape la crédibilité »¹¹. L'ineffectivité questionne ainsi la capacité du droit, voire son existence¹², sa fonction et sa place au sein de la société.

3. Le constat de l'ineffectivité peut toutefois provoquer chez les autorités normatives l'ambition de réalisation du droit. À mesure qu'il prend conscience de la force relative des proclamations juridiques, le législateur, par exemple, n'opte pas nécessairement pour la résignation¹³. Il enrichit parfois le droit de dispositifs qui ont vocation à concrétiser les principes posés. Si ces énoncés n'en sont pas pour autant plus effectifs, ils témoignent d'une volonté de perfectionner le droit. Celui-ci est adapté, en étant pensé à la lueur de son ineffectivité et en vue de sa réalisation. Mieux penser son contenu permet notamment de favoriser sa mobilisation et de parfaire son utilité sociale, ce

⁷ BETAÏLE, J., « Le concept d'effectivité-action », in MÍGUEZ MACHO, L. et ALMEIDA CERREDA, M. (coord.), *Los retos actuales del derecho administrativo en el Estado autonómico: estudios en homenaje al profesor José Luiz Carro Fernández-Valmayor*, Andavira, Fundación Democracia y Gobierno Local, vol. 2, 2017, p. 367-383.

⁸ BETAÏLE, J., *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, op. cit., p. 13 : « la distinction entre le "devoir être" et l'"être" implique nécessairement qu'un écart est possible entre le pôle normatif et le pôle factuel. C'est dans cet interstice que se situe l'étude de l'effectivité de la norme ».

⁹ PORTA, J., *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, op. cit., p. 25 : « le peu d'attrait à l'égard de l'étude de la réalisation peut être d'abord expliqué par un préjugé courant et souvent dénoncé de l'effectivité nécessaire de la règle de droit. Il y a là une croyance légaliste qui tient l'adoption de la loi pour garantie suffisante de son effectivité ».

¹⁰ DE SUTTER, L., *Après la loi*, Paris, PUF, 2018, p. 143, tel que cité in FLÜCKIGER, A., *(Re)faire la loi. Traité de légistique à l'ère du droit souple*, Berne, Stämpfli Editions, 2019, p. IX. V. aussi ROULHAC, C., *L'opposabilité des droits et libertés*, thèse dactylographiée, Université Paris Ouest Nanterre – La Défense, 2016, p. 327, note 1329 : l'ineffectivité ou, plus exactement, l'inefficacité, nuance « l'aptitude de la règle à produire mécaniquement les effets sociaux escomptés ».

¹¹ SUPÏOT, A., « Ontologie et déontologie de la doctrine », *D.*, 2013, p. 1421 et s.

¹² C'est précisément parce que le constat d'ineffectivité entérine réflexivement l'échec de la force du droit que Hans Kelsen estimait opportun d'en faire dériver la perte de validité de la norme. V. KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., trad. C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 286 : un « ordre juridique pris globalement, et une norme juridique prise en particulier ne sont plus considérés comme valables lorsqu'ils cessent d'être efficaces » ; l'effectivité « doit s'ajouter à l'édiction pour que, soit l'ordre juridique en tant que tout, soit une norme juridique en particulier ne perdent pas leur validité ». Kelsen avait été sur ce point précédé par Jhering pour qui « un principe légal [...] qui a perdu sa force, ne mérite plus ce nom ». V. JHERING, R., *Le combat pour le droit*, trad. A. F. Meydieu, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel Éditeurs, 1875, p. 28. L'auteur poursuit : « c'est un rouage usé qui ne sert plus dans le mécanisme du droit, et qu'on peut enlever sans en déranger en rien la marche générale ». Sur la confusion des termes « effectivité » et « efficacité » dans les écrits de Hans Kelsen, v. CHAMPEIL-DESPLATS, V., « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in CHAMPEIL-DESPLATS, V. et LOCHAK, D. (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris 10, 2008, p. 12-13.

¹³ À la question de savoir si, face à l'ineffectivité, il faut se résigner. Certains répondent en substance « Non ! Il faut refaire la loi ». Not. FLÜCKIGER, A., *(Re)faire la loi*, op. cit., p. IX-X : « "Refaire la loi", c'est donc aussi vingt fois la remettre sur le métier afin de l'évaluer et la réviser dans des cycles successifs d'apprentissage continu ».

qui s'apparente à une mise somme toute plus raisonnable qu'une foi excessive en sa force¹⁴. Ce rehaussement de l'ambition assignée au droit¹⁵ dans une « conception active »¹⁶ s'est spécialement matérialisé dans la seconde moitié du XXème siècle¹⁷, lors de laquelle ont été massivement consacrés des droits et libertés. La concomitance n'est peut-être pas fortuite¹⁸ si l'on considère que le champ des droits de l'homme « est certainement celui où l'écart entre l'existence de la norme et l'effectivité de son application est le plus grand »¹⁹.

4. L'émergence de la lutte contre les discriminations en France s'inscrit dans cette dynamique avec l'adoption de diverses dispositions juridiques « antidiscriminatoires »²⁰, caractérisées par leur dimension proactive. Le rôle assigné au droit dans ce domaine implique de « faire entrer l'égalité dans les faits, en allant au-delà d'une simple proclamation »²¹. La proclamation de l'égalité s'étant révélée insuffisante, l'attention se déplace, inévitablement, sur les modalités susceptibles de

¹⁴ POUND, R., « Law in Books and Law in Action », *op. cit.*, p. 34 : « Legislation which attempts to require cases to be fitted to rules instead of rules to cases will fare no better than judicial decisions which attempt the same feat. So long as an imperative theory leads the law-maker to think that he has only to put his views of all the details of legal and judicial administration into sections and chapters, and, as the will of the sovereign, they will become effective law, the law upon the statute books will be far from representing what takes place actually in the courts ».

¹⁵ Sur la réalisation comme ambition du droit, v. not. RIVERO, J., « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz, 1985, p. 675 (« la norme juridique est faite pour régir le réel, et pour se traduire dans les faits ») et JHERING, R., *Le combat pour le droit*, *op. cit.*, p. 28 (« il est dans la nature du droit qu'il se réalise pratiquement »).

¹⁶ CHEVALLIER, J., « Lutte contre les discriminations et État-providence », in BORRILLO, D. (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte, 2003, p. 40 : « cette promotion manifeste le passage à une conception active (il ne s'agit plus de poser un principe mais de lutter pour sa réalisation), en utilisant le vecteur juridique (le droit n'étant plus seulement un terrain d'application mais un moyen de réalisation de l'exigence de non-discrimination) ».

¹⁷ ROULHAC, C., *L'opposabilité des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 327, note 1329. La préoccupation pour l'effectivité ressort fréquemment du discours des autorités normatives (e.g. exposé des motifs de propositions et projets de loi, motivation des décisions de juridictions nationales et européennes). Sur ce point, v. p. 329-337.

¹⁸ La mise en lumière du concept d'effectivité dans les travaux émergents des sociologues du droit, et en premier lieu de Jean Carbonnier (CARBONNIER, J., « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *op. cit.*), n'est peut-être pas – non plus – étrangère au renforcement de l'intérêt du législateur pour les mécanismes de réalisation du droit. En ce sens JEAMMAUD, A., « Le concept d'effectivité du droit », in AUVERGNON, P. (dir.), *L'effectivité du droit du travail. À quelles conditions ?*, 2^{ème} éd., Pessac, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p. 36.

¹⁹ BOBBIO, N., *L'Età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1997, p. 42, tel que cité in CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Théorie générale des droits et libertés. Perspective analytique*, Paris, Dalloz, 2019, p. 259.

²⁰ Lorsqu'il est apposé à une notion juridique, l'adjectif « antidiscriminatoire » est certes peu esthétique et peu familier à la littérature francophone, à l'inverse de la littérature anglophone qui recourt largement à la notion de « *Anti-Discrimination* » pour qualifier aussi bien un champ du droit (*Anti-discrimination Law*), un texte (*Anti-discrimination Act*), que certains organismes spécialisés (*Anti-discrimination Commission / Tribunal*). Il possède néanmoins le mérite de marquer l'opposition frontale du droit à l'égard du phénomène discriminatoire. C'est pour souligner cette dimension ouvertement combative du droit que l'adjectif sera ponctuellement mobilisé dans cette thèse, en dépit de ses imperfections, parmi lesquelles figure l'anglicisme.

²¹ CHEVALLIER, J., « Lutte contre les discriminations et État-providence », *op. cit.*, p. 45 : ainsi, « la lutte contre les discriminations est conforme à la logique de l'État-providence ». V. en prolongement CHAPPE, V.-A. et QUERNEZ, E., « La lutte contre les discriminations, entre droit imposé et droit négocié. Analyse des interactions au sein des permanences locales de la Halde », in BAUDOT, P.-Y. et REVILLARD, A. (dir.), *L'État des droits*, Paris, Presses de Sciences Po, 2015, p. 122 : « Pour que le droit – subjectif – de l'individu à ne pas être discriminé en raison d'un critère prohibé par la loi soit une réalité objective, l'État doit assumer la responsabilité de sa mise en œuvre en créant les instruments *ad hoc* de son effectivité ».

favoriser son effectivité²². Telle est la fonction assignée à divers mécanismes juridiques spéciaux, parmi lesquels figure le droit de la non-discrimination. S'ils constituent la clef de voûte qui soutient la crédibilité et l'utilité du droit, ces mécanismes juridiques de réalisation sont, eux-mêmes, susceptibles d'être éprouvés par l'ineffectivité²³.

I. Le droit de la non-discrimination comme objet de la recherche

5. Le constat récurrent de l'ineffectivité du droit de la non-discrimination (A), qui organise un contrôle de justification de certaines inégalités apparentes de traitement (B), fournit à cet égard un cas d'étude particulièrement adéquat.

A. Le constat récurrent de l'ineffectivité du droit de la non-discrimination

6. En prélude du rapport annuel d'activité du Défenseur des droits pour l'année 2016, Jacques Toubon signait un éditorial, intitulé « Le droit est un combat », qu'il concluait en affirmant que, « dans un pays où l'égalité reste un objectif encore non atteint, l'effectivité des droits peine à être assurée »²⁴. Il renouvelait ainsi le constat déjà effectué en 2015, appelant en réaction à « mieux appréhender les situations de discrimination et repousser les limites de l'effectivité des droits »²⁵. La même année, la Commission nationale consultative des droits de l'homme soulignait une « mise en œuvre concrète de la législation qui pose question »²⁶, et qui s'avère « insuffisante pour garantir,

²² ROULHAC, C., *L'opposabilité des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 19 : « l'attention s'est donc peu à peu renforcée autour de la question de l'effectivité des droits et libertés, entendue comme renvoyant au passage du stade de la proclamation à celui de leur réalisation dans le monde ». Magali Lafourcade, secrétaire générale de la CNCDH, affirme en ce sens de manière non équivoque : « Nous ne sommes plus à l'ère de la théorisation des droits de l'Homme mais à celle du combat pour leur effectivité » (LAFOURCADE, M., *Les Droits de l'homme*, Paris, PUF, 2018, p. 10). De même, pour une illustration spécifique, Xavier Dupré de Boulois souligne que « la discussion à l'égard des droits-créances se cristallise sur la question de leur réalisation. Leur proclamation date d'une cinquantaine d'années, mais il n'est pas douteux que leur effectivité reste inégale tant au niveau international que dans le contexte français » (DUPRÉ DE BOULOIS, X., *Droits et libertés fondamentaux*, Paris, PUF, 2010, p. 27).

²³ Une appréhension précoce du droit de la non-discrimination au prisme de l'effectivité a émergé aux États-Unis dès la fin de la Seconde Guerre mondiale et la mise en place des premières *Anti-Discrimination Commissions*. Sur ce point, v. entre autres : « The New York State Commission Against Discrimination: A New Technique for an Old Problem », *Yale Law Journal*, vol. 56, 1947, p. 837-863 ; BAMBERGER, M. A. et LEWIN, N., « The Right to Equal Treatment: Administrative Enforcement of Antidiscrimination Legislation », *Harvard Law Review*, vol. 74, n° 3, 1961, p. 526-589 ; SPITZ, H., « Strengthening Enforcement by Commission. Tailoring the Techniques to Eliminate and Prevent Employment Discrimination », *Buffalo Law Review*, vol. 14, n° 1, 1964, p. 79-99. Une abondante littérature s'est en continuité développée dans les années 60 et 70. Pour un aperçu synthétique, v. DELGADO, R., « The Imperial Scholar: Reflections on A Review of Civil Rights Literature », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 132, n° 3, 1984, p. 562-263, note 3.

²⁴ DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2016*, Paris, Défenseur des droits, 2017, p. 3-4.

²⁵ DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2015*, Paris, Défenseur des droits, 2016, p. 70.

²⁶ CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Année 2015*, Paris, La Documentation française, 2016, p. 278.

"dans les faits", une jouissance égale et effective des droits pour l'ensemble de la population, faisant alors le jeu [...] des discriminations »²⁷.

7. Ces affirmations, qui actent un constat d'échec – même relatif – du droit de la non-discrimination, se trouvent largement confirmées par les eurobaromètres spéciaux de la Commission européenne²⁸ ainsi que par les baromètres de la perception des discriminations réalisés annuellement par le Défenseur des droits et l'Organisation internationale du travail²⁹. À titre d'illustration, 31 % des agents de la fonction publique et 29 % des salariés du privé considéraient en 2014 avoir été victimes de discrimination dans le cadre de leur activité professionnelle³⁰. Trois ans plus tard, 34 % des personnes en activité rapportaient avoir subi un ou plusieurs actes discriminatoires dans leur parcours professionnel au cours des cinq dernières années³¹. Face à ces situations, 37 % des agents de la fonction publique et 40 % des salariés du privé déclaraient n'avoir strictement rien fait, rien dit, et n'avoir procédé à aucune démarche³². Le droit de la non-discrimination, en dépit de son existence, semble peu mobilisé par les acteurs. Ce phénomène peut être le produit d'un choix comme celui de la déficience du droit, incapable d'apporter une réponse satisfaisante au besoin de protection³³.

8. Le constat institutionnel est par ailleurs prolongé par les études académiques³⁴. Deux recherches collectives publiées en 2016, par l'École de droit de Sciences Po et la Fédération interdisciplinaire de Nanterre en droit, aboutissent à la conclusion que l'effectivité constitue désormais l'enjeu principal du droit de la non-discrimination. La première relève que la priorité

²⁷ CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Année 2015, op. cit.*, p. 280.

²⁸ Not. EUROPEAN COMMISSION, *Discrimination in the European Union in 2012*, Special Eurobarometer 393, Wave EB77.4 – TNS opinion & social, Bruxelles, European Commission – Directorate-General Justice, 2012.

²⁹ V. le dernier en date, DÉFENSEUR DES DROITS et OIT, *12^{ème} baromètre de la perception des discriminations dans l'emploi. Édition consacrée aux discriminations syndicales*, Paris, Défenseur des droits, 2019, 38 p. V. aussi BEAUCHEMIN, C., HAMEL, C. et SIMON, P. (dir.), *Trajectoires et origines. Enquête sur la diversité des populations en France*, Paris, INED éditions, 2015, p. 203-232 et p. 383-497.

³⁰ DÉFENSEUR DES DROITS, OIT et IFOP, *Baromètre sur la perception des discriminations au travail – Vague 7*, 2014, p. 12.

³¹ DÉFENSEUR DES DROITS ET OIT, *10^{ème} Baromètre de la perception des discriminations dans l'emploi*, Paris, Défenseur des droits, 2017, p. 6-7.

³² DÉFENSEUR DES DROITS, OIT et IFOP, *Baromètre sur la perception des discriminations au travail – Vague 7, op. cit.*, p. 17.

³³ V. encore DÉFENSEUR DES DROITS, *Accès à l'emploi et discriminations liées aux origines*, Paris, Défenseur des droits, 2016, p. 1 (« Face à ces différences de traitement, les voies de recours aux droits peinent encore à être mobilisées. Moins d'une personne sur 10 a engagé des démarches pour faire reconnaître ses droits »), p. 3 (« Au sein de la présente étude, les discriminations à l'embauche liées aux origines apparaissent très fréquentes. Ainsi, plus de 60% des personnes ayant répondu à l'appel à témoignages déclarent avoir été "souvent" ou "très souvent" confrontées aux discriminations dans l'accès à l'emploi au cours des 5 dernières années ») et p. 8 (« Entre non-recours au droit et projet d'expatriation, les réactions des personnes confrontées aux discriminations lors de leurs tentatives d'accès à l'emploi signalent une perte de confiance à l'égard des institutions de la République et en la capacité des politiques publiques à lutter contre cette situation »).

³⁴ L'une des premières études collectives portant sur le droit de la non-discrimination en France relevait dès 2000 que « l'effectivité est une condition de la légitimité de tout ordre juridique ». V. GROUPE D'ÉTUDE ET DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS (GELD), *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, note n° 2 du Conseil d'orientation du GELD, Paris, La Documentation française, 2000, p. 29.

« n'est plus tant l'amélioration du corpus juridique que sa mise en œuvre », car « le "droit dur" donne des outils adéquats et suffisants », « le problème majeur étant alors de les rendre effectifs »³⁵. La seconde souligne que, « au moment où son institutionnalisation dans le droit français arrive à maturité, la lutte contre les discriminations se trouve confrontée à l'épreuve de son effectivité »³⁶.

9. Nombreux sont les auteurs qui, plus sporadiquement, insistent dans leurs recherches individuelles sur cet écart entre les normes antidiscriminatoires et les comportements sociaux. À la suite de l'adoption des lois Pléven³⁷ et Auroux³⁸, des directives communautaires de 2000³⁹ et de la loi du 16 novembre 2001⁴⁰, le dispositif juridique avait pris une ampleur remarquable et pouvait être considéré comme relativement complet. Nathalie Ferré regrettait pourtant en 2004 que ce dispositif ne soit « guère mobilisé, le traitement juridictionnel tant au civil qu'au pénal demeurant à première vue marginal »⁴¹. De telle sorte que « le décalage entre les discriminations révélées dans la vie civile (emploi, loisirs, logement, accès aux soins...) et celles qui font l'objet d'un procès laisse perplexe »⁴². Il « interroge inévitablement l'effectivité du droit considéré »⁴³. Douze années plus tard, malgré une dynamique contentieuse beaucoup plus soutenue, après l'institutionnalisation de la HALDE⁴⁴, puis du Défenseur des droits⁴⁵, après l'entrée en vigueur de la loi du 27 mai 2008⁴⁶, et à l'aube de l'adoption de la loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle⁴⁷, Gwénaële Calvès renouvelait le constat : « Hélas, les actes n'ont pas suivi et le droit à la non-discrimination demeure

³⁵ MERCAT-BRUNS, M. et PERELMAN, J. (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination : perspectives pluridisciplinaires et comparées*, École de droit de Sciences po, rapport réalisé avec le soutien de la Mission de recherche droit et justice, 2016, p. 177.

³⁶ GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, note de synthèse, Fédération interdisciplinaire de Nanterre en droit, rapport réalisé avec le soutien de la Mission de recherche droit et justice, 2016, p. 2.

³⁷ Loi n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme.

³⁸ Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise.

³⁹ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine et directive 2000/78/CE du conseil du 27 novembre 2000 portant création du cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. V. aussi directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et les conditions de travail et directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe.

⁴⁰ Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

⁴¹ FERRÉ, N., « La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme », *Sociétés contemporaines*, 2004/1, n° 53, p. 44.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*. Pour un constat similaire quoique plus précoce, v. not. AUBERT-MONPEYSEN, T., « Discrimination syndicale : la charge de la preuve », *JCP A*, n° 5, 2001, p. 233 : « force est de constater que les principes contenus dans ces textes n'ont, comme le montrent plusieurs études récentes, eu qu'un faible impact sur les situations de fait. [...] l'existence de l'impressionnant arsenal juridique concernant la lutte contre les discriminations n'empêche pas le constat d'échec ».

⁴⁴ Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

⁴⁵ Lois ordinaire et organique n°s 2011-333 et 2011-334 du 29 mars 2011 relatives au Défenseur des droits.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle.

largement inappliqué »⁴⁸. En un sens proche, il put encore être regretté que, « en dépit de ces nombreux dispositifs, le contraste entre l'importance accordée à l'égalité en théorie et le résultat de la pratique est flagrant, marquant ainsi l'ineffectivité des dispositifs de lutte contre les discriminations »⁴⁹.

10. La récurrence du constat a ainsi fortement contribué à lier la préoccupation pour l'effectivité du droit et l'objet de cette étude, qu'il importe de délimiter plus précisément.

B. Le droit de la non-discrimination, objet transverse

11. Parfois qualifiée de « principe matriciel »⁵⁰, considérée comme « la condition même d'existence du contrat social »⁵¹, ou érigée en « droit fondamental »⁵², la non-discrimination est sans conteste créditée par la doctrine d'une valeur de premier ordre. Elle constitue pour les juridictions européennes une « implication spécifique du principe général d'égalité qui appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire »⁵³, et « un principe fondamental qui sous-tend la Convention [européenne des droits de l'homme] »⁵⁴. Mais toujours persiste une hésitation quant au choix du vecteur par lequel l'exprimer. Faut-il évoquer un principe de non-discrimination, à l'instar de la CJUE et de la Cour EDH, un droit *à* la non-discrimination, un droit *de* la non-discrimination, voire un droit antidiscriminatoire⁵⁵ ? Afin de conduire notre analyse, principalement consacrée au droit interne, nous optons pour une mobilisation du droit *de* la non-discrimination comme objet ou corpus juridique transverse, structuré autour d'une interdiction fondatrice (*i.e.* l'interdiction de la discrimination) et d'un droit subjectif (*i.e.* le droit *à* la non-discrimination, entendu comme la capacité à contester devant les autorités d'application du droit une pratique ou une mesure estimée contraire à l'interdiction de la discrimination et, le cas échéant, à obtenir réparation du préjudice subi⁵⁶).

⁴⁸ CALVÈS, G., « Justice : rendre effectif le droit à la non-discrimination », *Alternatives Économiques*, vol. 358, n° 6, 2016, p. 75.

⁴⁹ MICHAUD, C., « La preuve des discriminations en droit du travail », *JCP S.*, n° 46, 2012, p. 1481.

⁵⁰ Frédéric Sudre et Paulo Pinto de Albuquerque, tels que cités in BRILLAT, M., *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, Paris, Institut universitaire Varenne, 2015, p. 9.

⁵¹ BIOY, X., « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », in SUDRE, F. et SURREL, H. (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 51.

⁵² MERCAT-BRUNS, M. « Le droit de la non-discrimination, une nouvelle discipline en droit privé ? », *D.*, 2017, p. 224 et s. L'auteure évoque un « droit fondamental de la non-discrimination ».

⁵³ CJCE, 19 octobre 1977, *Ruckdeschel*, aff. 117/16 et 16/77, pt. 7.

⁵⁴ COUR EDH, 3^e sect., 21 juillet 2005, *Strain c. Roumanie*, req. n° 57001/00, § 59.

⁵⁵ Pour un questionnement similaire, v. PORTA, J., « Discrimination, égalité et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination. 1^{ère} partie », *RDT*, 2011, p. 290 et s. Soulignons que, contrairement à certains auteurs (v. note 11 de l'article mentionné), droit antidiscriminatoire et droit de la non-discrimination seront mobilisés dans la présente étude de manière interchangeable.

⁵⁶ Pour une analyse approfondie des définitions de la discrimination, v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, II.

12. En droit interne, le « cœur législatif » du droit de la non-discrimination est exprimé de manière diffuse par les articles 6 à 6 *ter* de la loi Le Pors⁵⁷, par la loi du 27 mai 2008, par les articles L. 1131-1 à L. 1134-10 du Code du travail, et par les articles 225-1 à 225-4 du Code pénal. De nombreuses autres dispositions complètent cette base structurante qui s'est progressivement et considérablement enrichie au cours des vingt dernières années. La doctrine, qui s'est saisie de la multitude des dispositions, la façonne progressivement dans le cadre de son activité dogmatique et contribue à lui conférer une unité dont elle est formellement dépossédée⁵⁸. Cette construction doctrinale contraste avec la réalité du droit positif. Jean-Claude Marin, alors Procureur général près la Cour de cassation, relevait en 2015 que, « du mouvement initial de lutte contre la discrimination, il est aujourd'hui permis d'envisager une sorte de "droit de la non-discrimination" », bien que, « *stricto sensu*, un tel droit n'existe pas »⁵⁹. S'il n'a pas encore fait l'objet d'un travail formel de systématisation et de mise en ordre par le législateur, ce travail apparaît nécessaire⁶⁰. Nous plaiderons précisément, ci-après, pour que ces dispositions fassent l'objet d'un processus de consolidation afin de renforcer l'intelligibilité et l'accessibilité du droit⁶¹. De cette perception doctrinale idéalement unifiée du droit de la non-discrimination, découle parfois sa qualification en tant que « nouvelle branche du droit »⁶². Une acception modeste ou fonctionnelle de la « branche du droit » peut, certes, assigner à l'objet ainsi qualifié la simple tâche d'ordonner la matière juridique par souci didactique et dogmatique⁶³. L'objectif est alors de synthétiser « l'ensemble des règles applicables dans la pratique »⁶⁴ à un champ déterminé. Cependant, cette qualification s'articule mal avec l'insertion actuelle du droit de la non-discrimination dans diverses branches du droit,

⁵⁷ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

⁵⁸ À titre d'illustration, Antoine Lyon-Caen envisage de consacrer l'émergence de ces dispositions antidiscriminatoires par une matière spécifique, un enseignement dédié au programme de toutes les universités françaises. V. LYON-CAEN, A., « Propos introductifs », in DÉFENSEUR DES DROITS et al., *10 ans de droit de la non-discrimination*, *op. cit.*, p. 18 : « Il manque un couronnement, disons une consécration, avec la présence dans les programmes de toutes les universités françaises, et un enseignement de droit de la (non-)discrimination ».

⁵⁹ MARIN, J.-C. (Procureur général près la Cour de cassation), « Allocutions d'ouverture », in DÉFENSEUR DES DROITS et al., *10 ans de droit de la non-discrimination*, 2015, [URL : <https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/colloque-10ans-droits-discri.pdf>], p. 9.

⁶⁰ Bertrand Louvel considère en ce sens que le droit de la non-discrimination est « parfois si diffus ou tenu qu'il en devient insaisissable ». V. LOUVEL, B., (Premier président de la Cour de cassation), « Allocutions d'ouverture », in DÉFENSEUR DES DROITS et al., *10 ans de droit de la non-discrimination*, *op. cit.*, p. 8.

⁶¹ Sur la consolidation du droit de la non-discrimination et ses bienfaits, v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, II, B, not. 2).

⁶² TOUBON, J., « Avant-propos », in DÉFENSEUR DES DROITS et al., *10 ans de droit de la non-discrimination*, *op. cit.*, p. 2. V. encore MERCAT-BRUNS, M. « Le droit de la non-discrimination, une nouvelle discipline en droit privé ? », *loc. cit.* Outre la qualification en tant que « branche du droit », l'auteur retient également une qualification complémentaire du droit de la non-discrimination en tant que « discipline ». Cette dernière qualification a été dénoncée par d'autres en ce que l'analyse du droit de la non-discrimination ne repose pas sur une autonomie conceptuelle et méthodologique. V. ROUVIÈRE, F., « La notion de discipline juridique : enjeux et intérêts », *RTD civ.*, 2017, p. 530, qui formule une réponse à l'article relevé *supra* de Marie Mercat-Bruns.

⁶³ MARTIN, R., « Le droit en branches », *D.*, 2002, p. 1703 et s. L'auteur considère néanmoins que la « branche du droit » constitue un « concept introuvable ».

⁶⁴ ROUVIÈRE, F., « La notion de discipline juridique : enjeux et intérêts », *loc. cit.*

solidement établies et considérées en tant que telles (*e.g.* droit administratif, droit civil, droit du travail, droit pénal). Nous délaisserons dès lors la dénomination de branche pour lui préférer celle, plus simple, d'objet ou de corpus juridique transverse.

13. Cette perception implique une approche transversale qui, en même temps qu'elle caractérise notre objet, irriguera la présente recherche.

14. S'intéresser au droit de la non-discrimination sous cet angle implique, tout d'abord, d'acter qu'une « approche cloisonnée [...] par juridiction n'est plus suffisante pour [en] saisir les avancées ou les enjeux »⁶⁵. L'analyse conduit en conséquence à osciller entre droit constitutionnel, droit administratif, droit civil, droit du travail, droit pénal, droit de l'Union européenne et droit de la Convention EDH. Nous souscrivons sur ce point aux positions d'auteurs tels Mathias Möschel et Barbara Havelková qui conçoivent le droit de la non-discrimination comme un terrain juridique « hybride »⁶⁶ par excellence. Une telle approche est somme toute habituelle – et dans une large mesure inévitable – en droit des libertés fondamentales⁶⁷.

15. L'approche transversale implique, en continuité, de ne pas se borner à l'évocation de certains domaines d'application de l'interdiction de la discrimination. Partant, seront considérées tant les discriminations dans l'emploi, que les discriminations dans l'accès à l'emploi, en matière de biens et services, dans l'accès au logement, aux loisirs, ou encore dans l'accès à l'éducation. Dès 2004, Bernard Stasi regrettait que le développement d'un « arsenal juridique et administratif » en matière de lutte contre les discriminations ne parvienne à déboucher sur une « politique d'ensemble », notamment du fait d'« une réticence à admettre que la question des discriminations devait être traitée globalement et non de façon sectorielle »⁶⁸. Une appréhension exclusivement cloisonnée nous semble, en effet, participer à un éclatement politique et juridique dommageable, qui affecte la

⁶⁵ BRIBOSIA, E. et RORIVE, I., « Chronique – Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *Journal européen des droits de l'homme*, n° 2, 2013, p. 297 et s. Réflexion partagée par TULKENS, F., « Les évolutions récentes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Ses moments forts, ses ressorts, ses dynamiques », in DÉFENSEUR DES DROITS et al., *10 ans de droit de la non-discrimination*, *op. cit.*, p. 28.

⁶⁶ HAVELKOVÁ, B. et MÖSCHEL, M., « Introduction : Anti-Discrimination Law's Fit into Civil Law Jurisdictions and the Factors Influencing it », in HAVELKOVÁ, B. et MÖSCHEL, M. (edit.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 20.

⁶⁷ En d'autres termes, il est indispensable de « dépasser les frontières intellectuelles nées de la *summa divisio* » entre droit public et droit privé (DUPRÉ DE BOULOIS, X., « Préface », in ARROYO, J., *La renonciation aux droits fondamentaux. Étude de droit français*, Paris, Pedone, 2016, p. 6). V. aussi l'exergue de la thèse, illustrée par la démarche générale de l'auteure : « Interdisciplinaires par définition et par vocation, les libertés et droits fondamentaux incitent les juristes, malgré la spécialisation croissante du droit, à rester aussi généralistes, en leur offrant plutôt qu'une nouvelle discipline à connaître, un éclairage pour parcourir les diverses voies de droit » (DELMAS-MARTY, M. et DE LEYSSAC, C. (dir.), *Libertés et droits fondamentaux. Introduction, textes et commentaires*, 2^{ème} éd., Paris, Seuil, 2002, p. 13, tel que cité in ARROYO, J., *La renonciation aux droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 17).

⁶⁸ STASI, B., *Vers la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, Paris, la Documentation française, 2004, p. 7-8.

cohérence de l'action des pouvoirs publics et du législateur⁶⁹. Elle justifie en réaction une conception plus unifiée de l'objet juridique.

16. L'approche transversale implique, enfin, pour ces mêmes raisons, de ne pas faire de la discrimination une simple affaire de motif. Il est à l'inverse préférable de placer le caractère analogue des manifestations du phénomène discriminatoire au premier plan, ainsi que le cadre juridique commun qui les régit. En dépit de la diversité des discriminations, comme le soulignait justement Louis Schweitzer, alors président de la HALDE, « les mécanismes pour les mettre au jour et les combattre sont [essentiellement] les mêmes »⁷⁰. Certes, les approches psychologiques et sociologiques de la discrimination, davantage focalisées sur les stigmates⁷¹, stéréotypes et préjugés situés au fondement de l'assignation identitaire extérieure et négative⁷², renforcent l'intérêt d'une analyse sectorielle⁷³. L'approche juridique tend, par contraste, à reléguer ces éléments à un plan secondaire lorsqu'est envisagée la sanction des traitements défavorables injustifiés⁷⁴. La réponse du droit est principalement la même, et il n'apparaît guère opportun, par exemple, d'appliquer des régimes probatoires variables en fonction des différents motifs⁷⁵. Sous réserve de quelques nuances, il en va de même pour de nombreux biais de l'appréhension juridique des discriminations (*e.g.* définition de la qualification juridique⁷⁶, régime de protection à l'encontre des représailles⁷⁷,

⁶⁹ Pour un constat similaire, v. DHUNE, F. et SAGNARD-HADDAOUI, N., *Les discriminations raciales à l'emploi*, Montpellier, Institut social et coopératif de recherche appliquée, 2006, p. 45 et GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, note de synthèse, *op. cit.*, p. 5.

⁷⁰ SCHWEITZER, L., *Les discriminations en France*, Paris, Robert Laffont, 2009, p. 48-49.

⁷¹ Sur cette notion, v. SOLANKE, I., *Discrimination as Stigma : A Theory of Anti-Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2017.

⁷² Situés au cœur des discriminations directes, ces stigmates, stéréotypes et préjugés sont moins explicites en cas de discrimination indirecte. Ce sont pourtant eux qui, fréquemment, se trouvent au fondement de la construction de structures et de systèmes qui, par *normalisation*, aboutissent aux effets défavorables de mesures en apparences neutres caractérisant précisément les discriminations indirectes.

⁷³ V. à titre d'illustration quelques thèses récentes : SAHIN, P., *Discrimination perçue au travail et (ré)aménagements identitaires de jeunes recrues d'orientation sexuelle minoritaire*, thèse dactylographiée, Université Paris Nanterre, 2018 ; DERVAL VICET, L., *Discrimination résidentielle perçue et satisfaction résidentielle : un antagonisme expliqué par l'identification socio-spatiale*, thèse dactylographiée, Université de Nantes, 2018 ; AMELINE, A., *Religion et discrimination. Études psychosociales de l'islamophobie et de ses conséquences chez une population de confession musulmane*, thèse dactylographiée, Université de Nantes, 2017 ; FAURE-LEVOUX, A., *Les discriminations sexo-âgéistes en milieu professionnel : une étude psychosociale de leurs enjeux et de leurs conséquences individuelles et sociales*, thèse dactylographiée, Université de Nantes, 2015.

⁷⁴ Sur cette opposition, v. not. FASSIN, É., « L'invention française de la discrimination », *Revue française de science politique*, vol. 52, 2002/4, p. 412-413. L'auteur considère que, si « le droit offre ainsi aux acteurs un véritable référentiel universel », « l'anthropologie et la sociologie invitent à penser le régime d'historicité des *conditions sociales* ». Il considère de manière critique que le « traitement de la discrimination conduit à une forme d'épreuve juridique où les faits tendent à être détachés de leur contexte historique et social » (nous soulignons). Dans ses conclusions, l'auteur considère toutefois que ces options sont complémentaires et que l'option qui « consiste à fédérer toutes les luttes contre les discriminations » (« sous cette hypothèse, les critères sur lesquels se fonde le traitement inégal sont indifférents »), « a fait ses preuves pratiquement » et « se justifie donc, du point de vue de son efficacité sur le terrain juridique » (p. 421).

⁷⁵ Au sujet de l'extension prétorienne par la Cour de cassation du régime probatoire relatif à la charge de la preuve, initialement circonscrit au seul motif du sexe sur le fondement de la directive 97/80/CE non encore transposée en droit interne, v. LANQUETIN, M.-T., « Un tournant en matière de preuve des discriminations », *Dr. Soc.*, 2009, p. 589.

⁷⁶ V. not. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, II.

⁷⁷ V. not. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, I.

modalités de saisine des juridictions compétentes⁷⁸, modes de preuve⁷⁹, justification des présomptions de discrimination⁸⁰). En somme, nous resterons focalisés sur le « tronc commun »⁸¹ d'un droit auquel est assignée l'ambition de réaliser l'égalité.

17. L'élargissement progressif du droit de la non-discrimination, en tant que corpus, procède en effet du constat de l'ineffectivité de trois normes principales, à savoir le principe d'égalité, l'interdiction de la discrimination et le droit à la non-discrimination. Il rassemble en réaction diverses dispositions ayant pour objet leur réalisation (*e.g.* perfectionnement des mécanismes procéduraux, élaboration de dispositifs de sanction, création d'institutions indépendantes)⁸². Il est, de ce fait, en lui-même, un *droit de la réalisation*⁸³. Pour Sarah Benichou, « le nouveau droit

⁷⁸ V. not. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

⁷⁹ V. not. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, II.

⁸⁰ V. not. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1. La construction d'une réponse juridique commune semble, sur ce point, plus délicate, car les modalités de justification des présomptions de discrimination directe ont été construites, initialement, en fonction des motifs. Comme nos développements l'illustreront ci-après, un régime de justification plus homogène, à défaut de pouvoir être pleinement harmonisé, est envisageable.

⁸¹ V. MINÉ, M., « Le concept de discrimination directe et indirecte », Texte révisé de la présentation faite dans le cadre de la conférence « Lutte contre la discrimination : les nouvelles directives de 2000 sur l'égalité de traitement », le 31 mars – 1er avril 2003 à Trèves [URL : http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/02_Key_concepts/2003_Mine_FR.pdf], p. 2 : « Le droit de la discrimination peut être comparé à un arbre : des racines avec les valeurs que ce droit incarne et défend (la dignité de la personne et ses prolongements) ; un tronc avec des règles applicables et des questions communes à toutes les discriminations (les concepts de discrimination et le régime probatoire en particulier) ; des branches concernant chacune un terrain discriminatoire particulier (sexuel, racial, etc.), avec ses spécificités juridiques, historiques et sociologiques ; des transferts de solutions juridiques entre branches étant possibles ».

⁸² En ce sens, v. PORTA, J., « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2^e partie) », *RDT*, 2011, p. 354 et s. : « Prenant acte que l'énonciation de la règle d'égalité ou de non-discrimination ne garantit pas à elle seule son application effective, les droits tant français que européens contiennent des dispositions qui témoignent d'une attention portée à leur réalisation, à leurs effets ».

⁸³ L'existence d'un « droit *de* la réalisation » ou d'un « droit *sur* la réalisation » a d'ores et déjà été mise en lumière dans des illustrations singulières. Jérôme Porta recourt indifféremment aux deux expressions. V. PORTA, J., *La réalisation du droit communautaire*, *op. cit.*, p. 36, p. 39 et p. 43. Il relève que « le droit communautaire présente cette singularité de prévoir, à l'intention des autorités nationales, un ensemble de règles, de dispositifs, d'exigences sur sa propre réalisation dans les droits internes » (p. 30). V. aussi p. 28-29. La présence d'un droit de la réalisation – entendu *lato sensu* – est toutefois diffuse dans l'ordre juridique et non spécifique à certains pans du droit positif. Il prend notamment ancrage sur toute disposition juridique ayant vocation à favoriser la concrétisation d'une liberté ou d'un droit consacré. Le droit de la réalisation peut ainsi être rapproché des normes d'« aménagement-concrétisation » évoquées par Xavier Dupré de Boulois. La norme d'aménagement-concrétisation « concrétise [une liberté] en ce qu'elle crée les conditions d'une jouissance effective de cette liberté » (*e.g.* modalités de reconnaissance de la capacité juridique des associations pour garantir la liberté d'association). V. DUPRÉ DE BOULOIS, X., *Droits et libertés fondamentaux*, *op. cit.*, p. 175. Le droit de la non-discrimination ne fournit en ce sens qu'une nouvelle illustration de dispositifs juridiques, souvent techniques, propres à réaliser un droit subjectif, et dont l'adoption résulte de la préoccupation du législateur pour l'effectivité du droit. En définitive, si le Doyen Vedel affirme que « le droit dit "ce qu'il faut faire" » mais « ne peut pas dire "ce qu'on en fera" » (VEDEL, G., « Le hasard et la nécessité », *Pouvoirs*, n° 50, 1989, p. 27), il convient d'ajouter que le droit dit en complément comment faire en sorte que ce qu'il faut faire puisse être. Cette idée transparaissait également des écrits de Rudolf von Jhering pour qui « il ne suffit pas en effet de montrer le but, on doit encore faire connaître le chemin qui y conduit », et, précisément, « tout le droit n'est [...] qu'une continuelle réponse à cette double demande » (JHERING, R., *Le combat pour le droit*, *op. cit.*, p. 1). Sans aller jusqu'à concevoir le droit de la réalisation comme « la branche la plus importante du droit » (MOTULSKY, H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, *op. cit.*, p. 3), Hans Kelsen envisageait, pour sa part, sa présence comme étant consubstantielle à l'édification d'un ordre juridique complet, clos et cohérent : le droit « règle lui-même sa propre création et sa propre application » par « des lois de droit formel ou lois de procédure [qui] règlent l'application des lois de droit matériel par les tribunaux et par les autorités administratives » (KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, (1960), 2^{ème} éd. Paris, LGDJ, 1999, p. 78). C'est encore un aspect du droit de la réalisation qui est révélé lorsqu'Évelyne Serverin et Antoine Jammaud évoquent « l'outillage au moyen duquel [le droit] assume sa part de régulation sociale » et établit un « *modus operandi* » des règles du droit, qui détermine les

antidiscriminatoire se caractérise ainsi par le souci de s’attaquer aux principales formes d’ineffectivité des droits⁸⁴. Il vise à « augmenter le degré de protection du droit à la non-discrimination et en garantir l’effectivité »⁸⁵. Jacques Toubon se réfère en prolongement à ce « droit nouveau qui vise à renouveler l’approche du principe d’égalité sous l’angle de son effectivité »⁸⁶. Comme expliqué dans la suite du propos, la réalisation du principe d’égalité par le droit de la non-discrimination repose sur deux procédés principaux : l’un procédural, par l’organisation d’une technique de contrôle prioritaire de certaines inégalités apparentes de traitement ; l’autre substantiel, par la détermination d’un cadre de justifications qui précise les sens de l’égalité⁸⁷. Dès lors, analyser le contenu du droit de la non-discrimination revient déjà, dans une certaine mesure, à envisager la réalisation du droit, et à avoir un aperçu du « combat pour le droit »⁸⁸, par le droit.

18. Il importe enfin de distinguer avec Jérôme Porta le droit de la non-discrimination et le « droit de l’égalisation », lesquels correspondent à deux « usages » distincts de l’égalité⁸⁹. L’auteur conçoit, d’une part, le droit de la non-discrimination comme outil régulateur de l’exercice du pouvoir qui repose sur une technique de contrôle de certaines distinctions⁹⁰ – et, plus largement, de certains traitements défavorables. Cette technique requiert « une attention fine aux raisons, aux motifs des décisions »⁹¹, afin de limiter la part d’arbitraire, justifiant ici l’intervention d’un tiers impartial, le plus souvent une juridiction. Il envisage, d’autre part, un droit de l’égalisation articulé autour des normes qui visent à s’assurer de l’effectivité de l’égalité par le biais d’une « politique de

« rapports qu’elles se ménagent ou rendent possibles avec l’univers de l’action » (JEAMMAUD, A. et SERVERIN, É., « Évaluer le droit », *D.*, 1992, p. 263 et s.).

⁸⁴ BENICHOUS, S., *Le droit à la non-discrimination « raciale ». Instruments juridiques et politiques publiques*, thèse dactylographiée, Université Paris Ouest Nanterre – La Défense, 2011, p. 28.

⁸⁵ *Idem*, p. 27.

⁸⁶ TOUBON, J., « Avant-propos », in DÉFENSEUR DES DROITS et al., *10 ans de droit de la non-discrimination*, *op. cit.*, p. 2.

⁸⁷ V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, I, B et II, B.

⁸⁸ Les travaux de Rudolf von Jhering ont notamment familiarisé les juristes à cette idée du combat *pour* le droit. L’auteur prône un « combat pour le droit concret » (JHERING, R., *Le combat pour le droit*, *op. cit.*, p. 3), selon lui nécessaire, duquel dépend la survie du droit objectif et de la loi. Il formule ainsi la maxime de sa pensée : « Mon droit est le droit tout entier, en me défendant je défends tout le Droit qu’on a lésé en s’attaquant à moi » (p. 33). V. aussi p. 34 : « Le combat pour le droit est donc en même temps un combat pour la loi ». Il estime que la revendication des droits subjectifs par les sujets de droit doit se fonder sur une forme de patriotisme juridique (v. p. 22 et p. 29-31) cristallisé par le « sentiment légal ».

⁸⁹ PORTA, J., « Discrimination, égalité et égalité de traitement. À propos des sens de l’égalité dans le droit de la non-discrimination. 1^{ère} partie », *loc. cit.* : « Il apparaît alors qu’il faut distinguer un droit de la non-discrimination objet de la première partie de cette étude, d’un droit de l’égalisation, objet de la seconde partie (à paraître) ». V. en continuité PORTA, J., « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l’égalité dans le droit de l’égalisation (2^e partie) », *loc. cit.*

⁹⁰ *Ibidem*. : « L’égalité - et ses proches voisines - la discrimination et l’égalité de traitement - ont d’abord été invoquées pour contrôler l’exercice du pouvoir. Les dispositions, les actes et les mesures des pouvoirs publics ou de sujets de droit privé, tel l’employeur, sont soumis à des exigences d’égalité. Les atteintes à l’égalité sont érigées en principe régulateur de l’exercice du pouvoir. De ces usages de l’égalité est né un *droit de la non-discrimination* qui soumet le pouvoir de distinguer au contrôle du juge » (nous soulignons). V. en prolongement Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, II, B.

⁹¹ PORTA, J., « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l’égalité dans le droit de l’égalisation (2^e partie) », *loc. cit.*

l'égalisation »⁹². Celle-ci peut prendre corps dans des « [programmes] de lutte contre les inégalités sociales », « des mécanismes de redistribution (fiscalité, protection sociale...) »⁹³. Nous retiendrons en continuité que le droit de la non-discrimination se borne à organiser le *contrôle prioritaire de certaines inégalités apparentes de traitement*⁹⁴ et, le cas échéant, à permettre leur sanction au nom de l'égalité. Quant au droit de l'égalisation, il sera conçu en tant qu'objet distinct, qui se rapporte à l'ensemble des dispositions visant la réduction des inégalités par une politique interventionniste, compensatoire ou correctrice. Au caractère globalement symétrique – et parfois dénoncé⁹⁵ – du droit de la non-discrimination, qui considère le plus souvent⁹⁶ des critères spécifiques à tous les individus (*i.e.* sexe, âge, prétendue race, lieu de résidence), répond le caractère asymétrique du droit de l'égalisation. Ce dernier cible des groupes défavorisés afin de répondre aux inégalités de conditions et de jouissance des droits par l'instauration, entre autres, de mesures préférentielles et actions positives⁹⁷ (*e.g.* parité). S'il concourt bien à la réalisation de l'égalité, le droit de la non-

⁹² *Ibidem.*

⁹³ *Ibidem.*

⁹⁴ Précisons d'emblée que, outre le fait qu'il porte *prioritairement* sur certaines caractéristiques précisément énumérées (*e.g.* le sexe, l'âge, la nationalité, le lieu de résidence), ce contrôle peut encore être qualifié de *prioritaire* d'un point de vue technique car de multiples voies de saisine ne sont ouvertes aux victimes qu'en cas de discrimination et non d'inégalité en général. Tel est le cas de la saisine du Défenseur des droits, de la Cour EDH et des comités onusiens. L'action publique en droit pénal de même que le référé liberté ne peuvent être déclenchés en cas d'inégalité en général mais sont réservés aux cas de discrimination (art. 225-1 à 225-4 du Code pénal ; CE, ord., 1^{er} septembre 2017, *Commune de Dannemarie*, n° 413607, Lebon, cons. 3 : « Si certaines discriminations peuvent, eu égard aux motifs qui les inspirent ou aux effets qu'elles produisent sur l'exercice d'une telle liberté, constituer des atteintes à une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, la méconnaissance du principe d'égalité ne révèle pas, par elle-même, une atteinte de cette nature »). Les actions de substitution ou les actions de groupe ne sont également possibles qu'en cas de discrimination et non d'inégalité en général. Par ailleurs, ce contrôle peut encore être qualifié de *prioritaire* en ce qu'il fait l'objet d'une attention prioritaire du législateur, lequel aménage avec toujours plus de soin l'appareillage technique de ce contrôle (répartition spécifique de la charge de la preuve, reconnaissance de nouveau mode de preuve, recours expressément plébiscité aux mesures d'instruction, admission de la présentation de droit des observations du Défenseur des droits devant les juridictions...).

⁹⁵ HENNETTE-VAUCHEZ, S. et FONDIMARE, E., « Incompatibility between the 'French Republican Model' and Anti-Discrimination Law? Deconstructing a Familiar Trope of Narratives of French Law », in HAVELKOVÁ, B. et MÖSCHEL, M. (edit.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, *op. cit.*, p. 61-62. Au cœur de la critique se trouve le fait que le caractère symétrique du droit de la non-discrimination : « *assumes that all individuals are potentially similarly impacted by discrimination and which denies that some groups are more disadvantaged than others* ». V. aussi SHEPPARD, C., « Grounds of Discrimination : Towards an Inclusive and Contextual Approach », *La revue du barreau canadien*, vol. 80, 2001, p. 908-911. Laure Bereni et Vincent-Arnaud Chappe soulignent en un sens proche qu'un reproche fréquemment adressé au droit de la non-discrimination repose sur le fait que « la catégorie de discrimination aurait partie liée avec l'idéologie néolibérale et détournerait le regard des inégalités structurelles » (BERENI, L. et CHAPPE, V.-A., « La discrimination, de la qualification juridique à l'outil sociologique », *Politix*, n° 94, 2011/2, p. 10).

⁹⁶ Les motifs de discrimination ne présentent pas tous ce caractère symétrique (*e.g.* grossesse, maternité).

⁹⁷ Dans cette étude, les notions de « mesures préférentielles » et d'« actions positives » seront distinguées en continuité des travaux d'Olivia Bui-Xuan (BUI-XUAN, O., *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, 2004, not. p. 66, 96 et 103), de Danièle Lochak (LOCHAK, D., *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, *op. cit.*, not. p. 91-93) ou encore d'Elsa Fondimare (FONDIMARE, E., *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, thèse dactylographiée, Université Paris Nanterre, 2018, not. p. 256-257). Les mesures préférentielles consistent à traiter différemment et plus favorablement des catégories d'individus, généralement en raison d'un état contingent (*e.g.* grossesse, maternité), pour compenser des difficultés particulières liées aux conditions matérielles d'existence (*e.g.* article L. 1225-9 du Code du travail : « La salariée en état de grossesse médicalement constaté ou ayant accouché, qui travaille de nuit [...] est affectée sur sa demande à un poste de jour pendant la durée de sa grossesse »). Elles relèvent pour Olivia Bui-Xuan d'un différencialisme « compensatoire ». Les actions positives consistent à traiter différemment et plus favorablement des catégories d'individus, non plus en raison d'un état contingent mais d'une caractéristique

discrimination ne constitue pas, sous cet angle, le fondement de toutes les mesures proactives de lutte contre les inégalités : « lutte contre les discriminations et lutte contre les inégalités se déploient parallèlement, en entretenant des rapports complexes d'imbrication »⁹⁸.

19. Ainsi défini, le droit de la non-discrimination peut être saisi à la lueur de l'effectivité, concept polysémique et complexe qu'il convient également de préciser.

II. L'effectivité du droit comme préoccupation de la recherche

20. Considérant qu'il n'existe aucun consensus véritable entre les auteurs qui se sont intéressés à l'effectivité du droit, un bref aperçu des acceptions doctrinales (A) s'avère nécessaire pour poser les fondements des concepts retenus dans cette étude (B).

A. La multiplicité des acceptions doctrinales de l'effectivité

21. L'état de la littérature sur la question de l'effectivité laisse poindre une polarisation des acceptions du concept en fonction des tropismes disciplinaires et des différents courants de pensée.

22. Une première perspective sociologique a notamment favorisé la mobilisation du concept afin d'évoquer les effets du droit, à partir de l'analyse des comportements sociaux⁹⁹. L'effectivité est ici moins conçue comme un indicateur qualitatif du respect des normes que comme une explication causale d'une situation donnée, réputée être le produit social, entre autres choses, de leur énonciation. Le concept est ainsi mobilisé pour analyser l'ensemble des effets de la règle de droit, que ceux-ci soient intentionnels ou non intentionnels, directs ou indirects, immédiats ou différés, symboliques ou concrets, conformes ou non conformes au *devoir-être* ou au *pouvoir-être* envisagé. Cette approche est notamment défendue par des sociologues canadiens tels Valérie Demers¹⁰⁰ et

permanente ou durable (e.g. le sexe), pour corriger des inégalités de fait par la détermination d'objectifs chiffrés (e.g. article 1 de la loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 : « 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 »). Elles relèvent pour Olivia Bui-Xuan d'un différencialisme « correcteur ».

⁹⁸ CHEVALLIER, J., « Lutte contre les discriminations et État-providence », *op. cit.*, p. 54. Sur l'analyse détaillée de ces imbrications, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, not. II, A et C. Le droit de la non-discrimination intègre parfois les dispositifs du droit de l'égalisation (e.g. mesures préférentielles, actions positives), par la négative, en tant que justifications admises aux discriminations directes *prima facie*.

⁹⁹ V. not. DEMERS, V., *Le contrôle des fumeurs. Une étude d'effectivité du droit*, Montréal, Thémis, 1996, not. p. 63. Insatisfaite de l'usage que font les juristes de la notion d'effectivité à travers ce qu'elle désigne comme un « paradigme dominant », l'auteure énonce de manière claire et cohérente une conception « élargie » axée sur les effets du droit : « là où les auteurs ont favorisé une définition restreinte de l'effectivité et traité la question des effets du droit de façon distincte, nous privilégions une définition élargie qui englobe les effets du droit ».

¹⁰⁰ *Idem*. p. 3. L'auteure suggère « que la notion d'effectivité tienne désormais compte d'une véritable évaluation des effets sociaux susceptibles d'être engendrés par une règle de droit » pour être définie en fonction de « tous les effets concrets de la norme, ainsi que les effets symboliques, voulus, non intentionnels, immédiats et différés susceptibles d'en découler ».

Guy Rocher¹⁰¹. Elle transparait aussi en France, dans une certaine mesure, des écrits de François Rangeon¹⁰². L'effectivité du droit ne fournit alors aucune indication qualitative sur les rapports entre le sens de la norme et les comportements sociaux. Elle se contente de qualifier la causalité juridique de tous les comportements sociaux qui peuvent être considérés en tant qu'effets du droit¹⁰³.

23. D'autres auteurs, juristes français, rapportent également le concept aux effets du droit, mais de manière plus circonscrite. Ils ciblent par ce biais les « effets rapportés à la finalité des règles de droit »¹⁰⁴. Dans cette hypothèse, l'effectivité « comprend les effets qui sont en adéquation avec la finalité de la règle de droit qui les produit, qu'il s'agisse d'effets voulus ou d'effets non désirés mais désirables, ou même d'effets non prévus tant qu'ils ne sont pas contradictoires avec ladite finalité »¹⁰⁵. Développée par Yann Leroy en réaction à la dilution de l'effectivité impliquée par le modèle précédent, cette acception possède l'inconvénient majeur d'entretenir, selon nous, la confusion explicitée ci-après entre effectivité et efficacité¹⁰⁶.

24. En alternative, une partie de la doctrine contemporaine francophone mobilise le concept d'effectivité pour saisir les usages sociaux de la règle de droit par ses destinataires. L'effectivité qualifie, dans cette configuration, « l'ensemble des cas dans lesquels le droit est utilisé »¹⁰⁷ par les sujets et les autorités d'application du droit pour orienter leurs pratiques. Les principaux promoteurs de cette conception sont les théoriciens du droit belges François Ost, Michel van de Kerchove¹⁰⁸ et Christophe Mincke¹⁰⁹. Certaines considérations avancées par Danièle Lochak s'en

¹⁰¹ ROCHER, G., « L'effectivité du droit », in LAJOIE, A., MACDONALD, R.-A., JANDA, R. et ROCHER, G. (dir.), *Théorie et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Thémis, 2004, p. 135. L'auteur conçoit l'effectivité comme une notion relative à « tout effet de toute nature qu'une loi peut avoir ».

¹⁰² RANGEON, F., « Réflexions sur l'effectivité du droit », in LOCHAK, D. (dir.), *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 128. L'auteur envisage l'effectivité comme se rapportant aux « effets sociaux (juridiques et non juridiques) directement assignables à une règle de droit ».

¹⁰³ Le refus social d'observer une norme, quel qu'en soit le motif, à supposer qu'il y en ait un (*e.g.* droit de résistance à l'oppression, désobéissance civile), n'empêche pas son effectivité. Dès lors que la norme est reçue par les destinataires, qu'elle impacte leurs comportements et qu'ils agissent en connaissance de cause, conformément ou non à la règle, il y aura effectivité. L'effectivité ne se conçoit pas en opposition à la situation de violation de la norme, elle l'englobe et correspond aux divers effets du droit.

¹⁰⁴ LEROY, Y., *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, *op. cit.*, p. 323.

¹⁰⁵ LEROY, Y., « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, n° 70, 3/2011, p. 730.

¹⁰⁶ Dans la présente étude, le concept d'*efficacité* qualifie la correspondance entre la volonté de l'auteur de la norme et les faits sociaux supposément produits par elle. Pour une argumentation détaillée relative à l'acception retenue, voir les développements *infra*.

¹⁰⁷ MINCKE, C., « Effets, effectivité, efficacité et efficience du droit : le pôle réaliste de la validité », *RIEJ*, n° 40, 1998, not. p. 128.

¹⁰⁸ OST, F. et VAN DE KERCHOVE, M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2010, p. 330 : est effective la règle de droit « utilisée par ses destinataires comme modèle pour orienter leur pratique ».

¹⁰⁹ MINCKE, C., « Effets, effectivité, efficacité et efficience du droit : le pôle réaliste de la validité », *op. cit.*, p. 128. V. aussi BENREDOUANE, J., *La renonciation en droit de l'aide sociale. Recherche sur l'effectivité des droits sociaux*, thèse dactylographiée, Université Bourgogne Franche-Comté, 2018, p. 22.

rapprochent¹¹⁰. À l'instar de la première conception évoquée, l'effectivité est cependant diluée et englobe potentiellement des phénomènes *contra legem*. C'est précisément pour tenir compte de cette objection, et ne pas fonder l'effectivité sur des usages absurdes ou dénaturés, que Christophe Mincke affine sa définition, qu'il recentre sur « l'utilisation du droit de manière conforme à la volonté du législateur »¹¹¹. Malgré la reformulation, un écueil demeure et, à l'instar de la deuxième conception cette fois, est entretenue une confusion problématique entre effectivité et efficacité.

25. De manière encore distincte, d'autres auteurs, principalement français, ont évoqué l'effectivité pour signifier la mise en œuvre des normes par l'intervention de leurs destinataires, non pas sous l'angle de la mobilisation du droit mais plutôt du respect d'un commandement impératif. Souvent en marge des formalisations conceptuelles, l'effectivité a ainsi été réduite à « la mise en application »¹¹², à « l'application stricte »¹¹³, « l'application effective »¹¹⁴, « l'application réelle »¹¹⁵, « l'application concrète dans les faits »¹¹⁶, à « l'application juste »¹¹⁷ ou encore à « l'application correcte »¹¹⁸ du droit. Cet usage doctrinal est fréquemment dénoncé en ce qu'il s'accompagne généralement d'une conception réductrice qui occulte les normes permissives et tend à sous-estimer la diversité des relations liant les individus au droit¹¹⁹.

26. Pierre Lascoumes fonde, enfin, un cinquième modèle où l'effectivité est définie comme un « degré de réalisation [du droit] dans les pratiques sociales »¹²⁰. Éric Millard¹²¹ et Luc Heuschling¹²² s'approchent de cette conception lorsqu'ils associent l'effectivité à l'état de « réalisation sociale » du

¹¹⁰ LOCHAK, D., « Introduction », in LOCHAK, D. (dir.), *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 6 : il convient de repenser la notion d'effectivité « à travers les usages que les acteurs font de la règle, et qui ne coïncident pas nécessairement avec les objectifs du législateur ».

¹¹¹ MINCKE, C., « Effets, effectivité, efficacité et efficience du droit : le pôle réaliste de la validité », *op. cit.*, p. 130. L'auteur estime nécessaire que « le modèle qui est utilisé pour jauger une action soit réellement celui qui a été forgé par l'auteur de la norme utilisée » (p. 129).

¹¹² AUVERGNON, P., « Contrôle étatique, effectivité et ineffektivité du droit du travail », *Dr. Soc.*, 1996, p. 598.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ CARBONNIER, J., « Effectivité et ineffektivité de la règle de droit », *op. cit.*, p. 3.

¹¹⁵ REID, H., *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2^{ème} éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1996, p. 209.

¹¹⁶ PIAZZON, T., *La sécurité juridique*, tome 1, thèse dactylographiée, 2006, p. 75, tel que cité in LEROY, Y., *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, *op. cit.*, p. 10.

¹¹⁷ FRISON-ROCHE, M-A. et BARANÈS, W., « Le souci de l'effectivité du droit », *D.*, 1996, p. 301.

¹¹⁸ En ce sens, v. RANGEON, F., « Réflexions sur l'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 126. L'auteur expose cette conception sans y adhérer.

¹¹⁹ V. *idem*, p. 127-128 : « Le droit parle d'"application", d'"exécution", de "respect" ou d'"observation" de la règle, ces notions se renvoyant l'une à l'autre et sous-entendant une conception impérative du droit réduit à un commandement auquel le sujet est passivement tenu d'obéir ». V. encore DEMERS, V., *Le contrôle des fumeurs. Une étude d'effectivité du droit*, *op. cit.*, p. 62.

¹²⁰ LASCOUMES, P., « Effectivité », ARNAUD, A-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 217.

¹²¹ MILLARD, É., « Effectivité des droits de l'Homme », in ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., GAUDIN, H., MARGUÉNAUD, J-P., RIALS, S. et SUDRE, F. (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008, p. 349.

¹²² HEUSCHLING, L., « Effectivité, efficacité, efficience et qualité », in FATIN-ROUGE STÉFANINI, M., GAY, L. et VIDAL-NAQUET, A. (dir.), *L'efficacité de la norme juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 59. Parmi les quatre sens de l'effectivité envisagés par l'auteur, le premier est entendu comme « le degré de réalisation du droit / d'une norme juridique dans la réalité sociale ».

droit. Cette acception possède, nous semble-t-il, un double mérite. D'une part, elle permet de se rapporter en amont au contenu des normes davantage qu'à la finalité réputée des énoncés juridiques. D'autre part, elle permet la considération non pas des effets supposés du droit mais des comportements sociaux, saisis indépendamment de leurs causes. Parce qu'elle ouvre la voie à une réhabilitation du sens de la norme apprécié, par comparaison, au regard des faits sociaux, cette acception fournit les fondations de la définition retenue dans la présente étude. Il lui faut néanmoins encore être affinée, en soi et au regard de ses notions concurrentes.

B. La précision des définitions stipulatives retenues

27. L'importance de la distinction entre effectivité, efficacité, efficience, réalisation et validité du droit a souvent été rappelée, sans toujours être clarifiée¹²³. Pour tous ces concepts, admettre qu'aucune acception ne saurait par principe faire autorité invite à opter pour des définitions stipulatives¹²⁴, définies conventionnellement en fonction des finalités de la recherche¹²⁵. Il importe alors d'en exposer les prémisses. La première pose la préférence pour une démarche qui évite de « définir une espèce d'un genre isolément, comme en elle-même, c'est-à-dire sans avoir égard aux autres espèces »¹²⁶. Elle implique d'ériger la non-confusion des concepts en condition de leur définition. Outre l'avantage de la précision par la négative¹²⁷, cette prémisse conduit à clarifier les relations entre effectivité et efficacité, validité¹²⁸, efficience¹²⁹ ou réalisation. Elle permet surtout de confier aux concepts des fonctions qualificatives¹³⁰ complémentaires, propres à permettre un

¹²³ Pour un constat similaire, v. MARRAUD, C., « Préface », in LEROY, Y., *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, op. cit., p. V. V. encore MADER, L., *L'évaluation législative. Pour une étude empirique des effets de la législation*, Lausanne, Payot, 1985, p. 56 ou PERRIN, J-F., *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Librairie Droz, 1979, p. 91.

¹²⁴ CHAMPEIL-DESPLATS, V., « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », op. cit., p. 13. V. encore TROPER, M., « Pour une définition stipulative du droit », *Droits*, n° 10, 1989, p. 102 (une définition « ni vraie ni fausse, mais seulement opératoire pour un problème spécifique ») et TROPER, M., « Une théorie réaliste de l'interprétation », in JOUANJAN, O. (édit.), *Théories réalistes du droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2000, p. 52.

¹²⁵ V. not. les précautions méthodologiques in MINCKE, C., « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », op. cit., p. 117, qui ne peuvent être reproduites *in extenso* mais auxquelles nous souscrivons intégralement.

¹²⁶ EISENMANN, C., « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit*, t. 11, 1966, p. 26.

¹²⁷ CHICHE, R. et EVENOU, F., « Qu'est-ce qu'une notion ? », *L'enseignement philosophique*, vol. 45, n° 1, 1994, p. 46, tel que cité in LEROY, Y., *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, op. cit., p. 314 : « Mieux l'on distingue entre les semblables, mieux l'on saisit les notions ».

¹²⁸ Sur cette relation particulière effectivité-validité, v. not. KELSEN, H., « Une Théorie "réaliste" et la Théorie pure du droit », (1959), trad. G. Sommeregger et É. Millard, in JOUANJAN, O. (édit.), *Théories réalistes du droit*, op. cit., p. 24-42.

¹²⁹ Sur ces trois premières relations (effectivité-efficacité/validité/efficience), v. : RANGEON, F., « Réflexions sur l'effectivité du droit », op. cit., p. 129-135 ; MINCKE, C., « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », op. cit., p. 138-147 ; HEUSCHLING, L., « Effectivité, efficacité, efficience et qualité », op. cit., p. 27-52.

¹³⁰ Par fonction qualificative, nous entendons la fonction assignée au concept pour qualifier une certaine appréciation portée sur le droit.

enrichissement du discours sur le droit. La seconde prémisse pose la nécessité d'assigner à l'effectivité le « dessein affirmé de réconcilier le formel (juridique) et le réel (sociétal) »¹³¹.

28. De toutes les frontières conceptuelles envisagées plus haut, celle entre effectivité et efficacité s'avère la plus poreuse. Un basculement surgit fréquemment et certains auteurs vont jusqu'à énoncer que « l'effectivité et l'efficacité sont identiques »¹³². Alors que l'efficacité est entendue, sans véritable controverse, comme l'adéquation des objectifs assignés à la règle de droit par son auteur et des résultats obtenus¹³³, ce sont bien les contours de l'effectivité qui fluctuent jusqu'à la perdition. Cette porosité se retrouve y compris dans la pensée des théoriciens les plus illustres¹³⁴. Le propos

¹³¹ ROULHAC, C., *L'opposabilité des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 328.

¹³² FRISON-ROCHE, M-A., « L'efficacité des décisions en matière de concurrence : notions, critères, typologie », *LPA*, n° 259, 2000, p. 4 et s.

¹³³ V. *inter alia* : ROCHER, G., « L'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 135 (« L'efficacité d'une loi me paraît faire référence au fait qu'elle atteint l'effet désiré par son auteur ») ; BETTINI, R., « Efficacité » in ARNAUD, A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 219 (« mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leurs adéquations aux fins qu'elles visent ») ; CHAMPEIL-DESPLATS, V., et LOCHAK, D. (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 29 (« est efficace la norme qui produit l'effet recherché ») ; JEAMMAUD, A., « Le concept d'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 35 (« L'efficacité d'une règle de droit, d'un corps de règle de droit, ou encore d'un dispositif juridique agencé par ses règles, sera son aptitude à obtenir le résultat recherché par son auteur ») ; MADER, L., *L'évaluation législative*, *op. cit.*, p. 77 (efficacité : « comparaison entre le résultat réellement atteint et le résultat voulu ou, en d'autres mots, l'objectif poursuivi ») ; LASCOUMES, P. et SERVERIN, É., « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 118 (« l'inefficacité est appréciée directement lorsque l'on considère que les résultats attendus de telle ou telle réglementation ne sont pas obtenus ») ; RANGEON, F., « Réflexions sur l'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 130 (« caractère d'un acte ou d'une décision qui produit l'effet recherché par son auteur ») ; FLÜCKIGER, A., « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois », *Revue européenne des sciences sociales*, vol. 45, n° 138, 2007, p. 86 (« une politique ou une norme sont efficaces si les résultats correspondent à leurs objectifs ») ; l'efficacité « est la capacité d'une mesure à atteindre les objectifs visés par la loi ou la politique publique ») ; CHAMPEIL-DESPLATS, V. et MILLARD, É., « Efficacité et énoncé de la norme », in HAMMJE, P., JANICOT, L. et NADAL, S. (dir.), *L'efficacité de l'acte normatif, nouvelle norme, nouvelles normativités*, Paris, Lextenso, 2013, p. 65 (« l'efficacité désigne la relation entre l'intention ou l'objectif supposé recherché par les auteurs de l'énoncé initial et le résultat obtenu ») ; PORTA, J., *La réalisation du droit communautaire*, *op. cit.*, p. 462 (l'efficacité concerne l'aptitude de « l'instrument juridique [...] à procurer le résultat en vue duquel il a été conçu ») ; elle « évalue les effets imputables à une règle de droit ou un programme à l'aune de "missions" ou "fonctions", dont les dispositifs juridiques sont investis ») ; BETAILLE, J., *Les conditions juridiques d'effectivité de la norme en droit public interne*, *op. cit.*, p. 19 (« l'efficacité de la norme implique donc une correspondance entre les effets de la norme et son objectif ») ; ROUVILLOIS, F., *L'efficacité des normes. Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique*, Fondation pour un nouvel ordre politique, *working paper*, 2006, p. 3 [URL : http://www.fondapol.org/wp-content/uploads/pdf/documents/Etude_Efficacite_des_normes.pdf] ; FATIN-ROUGE STÉFANINI, M., GAY, L. et VIDAL-NAQUET, A., « Préface », in FATIN-ROUGE STÉFANINI, M., GAY, L. et VIDAL-NAQUET, A. (dir.), *L'efficacité de la norme juridique*, *op. cit.*, p. 14 (l'efficacité rejoint « le degré de correspondance entre les effets produits et les objectifs poursuivis ») ; SIBONY, A.-L., « Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en droit », in FATIN-ROUGE STÉFANINI, M., GAY, L. et VIDAL-NAQUET, A., (dir.), *L'efficacité de la norme juridique*, *op. cit.*, p. 62. V. aussi HEUSCHLING, L., « Effectivité, efficacité, efficience et qualité », *op. cit.*, p. 52. Ce dernier distingue trois types d'efficacité selon qu'est envisagé le « degré d'adéquation d'une norme de droit positif » au regard des buts fixés par l'auteur de la norme, des buts fixés par une norme supérieure, ou des buts fixés par une référence métapositive (e.g. droit naturel, morale).

¹³⁴ Pour une analyse des usages du concept par Hans Kelsen et Norberto Bobbio, v. CHAMPEIL-DESPLATS, V., « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », *op. cit.*, p. 12-13 ou encore CHAMPEIL-DESPLATS, V. et MILLARD, É., « Efficacité et énoncé de la norme », *op. cit.* V. encore sur Hans Kelsen, JEAMMAUD, A., « Le concept d'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 50. Pour une analyse des usages du concept par Alf Ross, v. MILLARD, É. et MATZNER, E., « Note des traducteurs », in ROSS, A., *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. É. Millard et E. Matzner, présenté et annoté par É. Millard, Paris, LGDJ, 2004, p. 11-12 : « L'emploi par Ross du concept d'*effectiveness* est en revanche de ce fait assez complexe, et la traduction est fonction du contexte. Ce n'est pas pour Ross un concept premier, et il l'utilise d'abord dans son sens courant et non juridique d'efficacité (d'une action, etc.) ; il se sert alors également parfois des mots *efficacy* et *efficacious*, notamment lorsqu'il traduit l'allemand courant *wirksamkeit*. À un deuxième niveau, dans sa théorie de la description empirique du droit, le terme renvoie très clairement à un fait que la doctrine française classique

d'auteurs contemporains témoigne aussi d'une certaine hésitation lorsqu'ils définissent l'effectivité comme « le caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement »¹³⁵, ou comme « une application correcte du droit, conforme à sa lettre ou du moins à son esprit »¹³⁶. Dans le cadre d'une polysémie assumée, l'adjectif *effectif* a par ailleurs été apprécié comme englobant tant ce « qui produit l'effet recherché » que ce « qui correspond à la réalité »¹³⁷. Enfin, au-delà de l'hésitation ou de la polysémie, plusieurs auteurs conçoivent volontairement l'accomplissement des objectifs assignés à la règle de droit comme une condition de son effectivité, qu'ils espèrent pourtant parvenir à dissocier de l'efficacité¹³⁸. Cet état de confusion est insatisfaisant, voire néfaste pour certains¹³⁹. La clarification des assignations conceptuelles s'avère en écho indispensable pour penser leur utilité complémentaire dans le cadre du discours sur le droit.

29. Si quelques tentatives de disjonction des concepts d'effectivité et d'efficacité ont été explorées sans véritablement convaincre¹⁴⁰, le point d'achoppement principal semble lié au

nomme l'effectivité des règles (le fait qu'elles soient appliquées par les organes juridiques) ; il emploie également comme synonyme le mot *effectivity*, et se sert des adverbess ou adjectifs : *actual* et *actually* ». L'auteur ajoute que, aussi bien dans l'œuvre de Alf Ross que de Hans Kelsen, « ces mots et leurs traductions n'impliquent pas une différence conceptuelle ». V. également MILLARD, É., « Deux lectures critiques d'Alf Ross », in JOUANJAN, O. (édit.), *Théories réalistes du droit*, *op. cit.*, p. 13-14.

¹³⁵ CORNU, G. et al., *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1987, entrée « effectivité », p. 339.

¹³⁶ RANGEON, F., « Réflexions sur l'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 126.

¹³⁷ CORNU, G. et al., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, entrée « effectivité », sens 1 et 3, p. 339.

¹³⁸ Comme mentionné ci-dessus, le glissement peut résulter d'une volonté de prémunir la conception développée contre les risques d'une dilution de la notion. V. not MINCKE, C., « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *op. cit.*, p. 126 et 130 et LEROY, Y., « La notion d'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 730 ou encore *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, *op. cit.*, p. 323-340. Bien que ce dernier tente une distinction des concepts en raison de la dissociation des « effets voulus » et des « effets non désirés mais désirables », le fait de définir ces derniers comme ceux « qui ne sont pas contradictoires avec ladite finalité » rapproche considérablement sa définition de l'effectivité de celle l'efficacité.

¹³⁹ RANGEON, F., « Réflexions sur l'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 127 : « la confusion entre l'effectivité et l'efficacité présente [...] plus d'inconvénients que d'avantages [...] et surtout elle ne permet pas de comprendre les raisons profondes de l'effectivité ».

¹⁴⁰ La prémissse que nous retenons, à savoir permettre une fonction qualificative (*i.e.* fonction assignée au concept pour qualifier une certaine appréciation portée sur le droit) distincte pour chacun des concepts envisagés (effectivité, efficacité, réalisation, efficience, validité) nous conduit à retenir une *disjonction fonctionnelle* de l'effectivité et de l'efficacité (*v.* développements *infra*). En parallèle, il est possible de souligner une tentative de *disjonction ontologique* et une tentative de *disjonction graduelle* des concepts. Les usages révèlent d'abord une tentative de disjonction ontologique qui repose sur la dissociation, souvent instinctive, de référents juridiques de chacun des concepts. Alors que l'effectivité se rapporterait à un « droit » subjectif, l'efficacité se référerait, par exemple, à une « mesure » ou à une « loi ». L'efficience se rapporterait quant à elle au « système » et à ses « mécanismes ». V. not GRÜNDLER, T., « Effectivité, efficacité, efficience. L'exemple du droit à la santé », in CHAMPEIL-DESPLATS, V. et LOCHAK, D. (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 31-40 et DELZANGLES, B., « Effectivité, efficacité, efficience dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in CHAMPEIL-DESPLATS, V. et LOCHAK, D. (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 41-57, ou encore MARINESE, V., « Légistique et effectivité », in CHAMPEIL-DESPLATS, V. et LOCHAK, D. (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 89-117. Cette invocation des concepts, où chacun est attaché à un référent juridique particulier (*e.g.* droit, mesure, mécanisme), rappelle, à certains égards, les formules de Hans Kelsen. Michel Troper soulignait que, dans l'œuvre du maître autrichien, « il faut distinguer deux concepts différents, même si son vocabulaire n'est pas toujours très rigoureux et si le même concept est désigné tantôt par un mot, tantôt par un autre : l'effectivité, qui concerne les normes, et l'efficacité, qui qualifie l'ordre juridique dans son ensemble » (TROPER, M., « Ross, Kelsen et la validité », in TROPER, M., *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 32). La disjonction ontologique des concepts d'effectivité et d'efficacité étant fondée sur leurs objets, toujours juridiques mais de nature différente (*e.g.* droit, mesure, mécanisme), rien ne permet de soutenir une divergence de leur

réductionnisme opéré entre volonté de l'auteur et signification de la norme¹⁴¹. À l'inverse, considérer en amont l'irréductibilité de la volonté de l'auteur et de la signification de la norme¹⁴² conduit à admettre que, même en cas de corrélation significative, cette dernière ne peut retranscrire qu'imparfaitement les objectifs initialement assignés¹⁴³. En aval, la conclusion symétrique consiste à poser l'irréductibilité des effets recherchés et des effets réels¹⁴⁴. *In fine*, si est admise la nécessité de dissocier la volonté de l'auteur et la signification de la norme, et puisque la doctrine se réfère

fonction qualificative en vue de leur complémentarité. Elle laisse au contraire suggérer une équivalence fonctionnelle qui s'avère problématique. L'effectivité d'un droit subjectif laisserait supposer l'efficacité globale des mesures appliquées et, réciproquement, l'efficacité d'une mesure appliquée contribuerait à l'effectivité du droit subjectif. Pour Kelsen, c'est l'efficacité du système qui laisserait supposer l'effectivité des normes et l'effectivité des normes qui bâtirait l'efficacité du système. Il semble préférable d'opter en contraste pour une disjonction fonctionnelle, susceptible d'enrichir le discours des juristes sur un même objet, à savoir la norme, que celle-ci énonce un droit, une mesure ou se rapporte à un mécanisme. La seconde tentative de disjonction peut être qualifiée de disjonction graduelle. Elle repose sur le degré de correspondance réel/idéal que véhicule chacun des deux concepts. L'efficacité ne serait pour quelques auteurs qu'un degré idéal d'effectivité, celle-ci étant conçue comme l'adéquation variable entre les effets de la norme et la volonté de son auteur. L'efficacité rejoint alors son acception commune, à savoir la « capacité d'une mesure d'atteindre les objectifs visés par la loi ou la politique publique » (FLÜCKIGER, A., « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois », *op. cit.*, p. 85). L'effectivité est en revanche redéfinie comme « le degré de congruence entre les objectifs visés et le comportement effectif des groupes cibles » (p. 85). Elle se mue par conséquent en « une condition nécessaire de [l']efficacité » (p. 86 ; en un sens proche, v. BETAÏLLE, J., « Le concept d'effectivité-action », *op. cit.*, p. 367-383 ; v. encore AUVERGNON, P., « Une approche comparative de la question de l'effectivité du droit du travail », in AUVERGNON, P. (dir.), *L'effectivité du droit du travail. À quelles conditions ?*, *op. cit.*, p. 12 – l'auteur soutient l'équivalence fonctionnelle des concepts, qui varient simplement dans leur degré de « conformation au contenu » de la règle, de telle sorte que « l'effectivité est la condition, non suffisante mais nécessaire de l'efficacité ». Toutes deux focalisées sur les objectifs visés, ni l'efficacité ni l'effectivité ne s'intéressent dans l'hypothèse d'une disjonction graduelle au sens de la norme, à moins de ne considérer que ce dernier se confonde pleinement avec la volonté de son auteur.

¹⁴¹ Il est commun de condenser dans un seul et même énoncé la définition de l'efficacité liée à la volonté de l'auteur et un sens correspondant davantage à ce que pourrait être une effectivité attachée au sens de la norme. Ainsi, lorsque l'effectivité est conçue comme « une application correcte du droit, conforme à sa lettre ou du moins à son esprit, c'est-à-dire à l'intention de son auteur » (RANGEON, F., « Réflexions sur l'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 126), le propos alimente en amont une confusion entre l'esprit de la règle de droit (*i.e.* la volonté de son auteur qui lui assigne des objectifs) et sa lettre (*i.e.* sa signification, d'abord linguistique qui repose sur l'énoncé juridique, objet d'une interprétation non authentique, puis normative qui repose sur l'interprétation authentique des juridictions).

¹⁴² En ce sens, v. CHAMPEIL-DESPLATS, V. et MILLARD, É., « Efficacité et énoncé de la norme », *op. cit.*, p. 71.

¹⁴³ Il suffit pour s'en convaincre de considérer les contraintes qui pèsent sur l'auteur de la disposition législative dont la nature exige un certain degré de généralité et d'abstraction. Ainsi, peut-il être prescrit que « nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage » (loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public) sans que jamais ne soit sérieusement envisagé autre chose que l'interdiction du port du niqab. Il en va de même pour les dispositions constitutionnelles, davantage enclines à la formulation principielle et à l'indétermination sémantique. L'irréductibilité de la volonté de l'auteur et du sens de la norme perd, il est vrai, légèrement en substance dans deux configurations : lorsque la formulation de la norme permet une plus ample précision des motifs (actes administratifs réglementaires, décisions des juridictions) ; et lorsque l'autorité normative qui formule la norme se trouve en bout de chaîne de l'application du droit (limitant les possibles déviations du sens de la norme par les autres autorités d'application du droit, à l'instar de la signification normative conférée par les juridictions aux dispositions législatives).

¹⁴⁴ CORNU, G. et al., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, entrée « effectivité », p. 339 : l'effectivité constitue « le caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement ». Supposer la cohérence de l'assimilation des effets voulus et de l'application réelle imposerait d'en faire dériver deux conséquences alternatives : soit les effets souhaités par l'auteur de la règle se résument systématiquement à une simple application de la règle de droit ; soit ce qui est entendu comme une application correcte ou réelle, correspond à la seule provocation des objectifs visés par l'auteur initial de la règle. Ces deux hypothèses s'avèrent trop réductrices pour être retenues.

unanimement à l'efficacité pour statuer sur la volonté de l'auteur, l'effectivité gagnerait à alimenter la parole des juristes en étant attachée à la signification de la norme¹⁴⁵.

30. Partant, il convient d'avancer les définitions stipulatives de l'effectivité et de ses quatre principales notions concurrentes en respectant les deux prémisses formulées ci-dessus. Nous retiendrons pour cette étude que : l'*effectivité* se réfère à une appréciation pragmatique de la correspondance entre la signification de la norme et les comportements de ses destinataires ; l'*efficacité* se réfère à une appréciation téléologique de la correspondance entre la volonté de l'auteur de la norme et les faits sociaux supposément produits par elle ; la *réalisation* se réfère à une appréciation dynamique du passage du sens de la norme aux comportements conformes de ses destinataires¹⁴⁶ ; l'*efficience* se réfère à une appréciation économique de la performance des modalités de réalisation de la norme ; la *validité* se réfère à une appréciation intrajuridique de la conformité matérielle et formelle de la norme aux normes qui lui sont supérieures.

31. Loin d'être isolée, cette acception de l'*effectivité* est partagée par Jacques Commaille qui considère que « poser la question de l'effectivité du droit, c'est donc bien se préoccuper de son *adéquation* avec les comportements sociaux et des écarts éventuels (comme autant de manifestations d'ineffectivité) *entre les normes juridiques et la réalité sociale qu'elles sont censées régir* »¹⁴⁷. Des conceptions peu ou prou équivalentes transparaissent à la lecture de certaines formules employées par Alexandre

¹⁴⁵ Telle qu'elle résulte *prioritairement* des interprétations authentiques des juridictions compétentes (*i.e.* signification normative).

¹⁴⁶ En complément, il serait possible d'envisager la réalisation non plus du sens de la norme mais des objectifs visés par l'auteur de la norme (*i.e.* réalisation de l'efficacité et non de l'effectivité). Pour une analyse centrée sur le contenu du droit positif et conforme à l'activité dogmatique, sera envisagée dans la présente étude – à défaut de précision inverse – la réalisation de la signification des énoncés juridiques du droit de la non-discrimination (*i.e.* réalisation de l'effectivité), au détriment des objectifs assignés à la norme par ses auteurs (*i.e.* réalisation de l'efficacité). En ce sens, v. BLANKENBURG, E., « La recherche de l'efficacité de la loi. Réflexions sur l'étude de la mise en œuvre (Le concept d'"implementation") », *Droit et société*, n° 2, 1986, p. 60 : « Les programmes à définition juridique sont différents d'une autre forme de politique en ce sens que le droit ne se prête pas toujours à une évaluation en fonction de critères de réalisation d'objectifs, on l'évaluerait plutôt selon des critères d'accomplissement de normes spécifiques. Bien entendu ces deux types de critères se confondent : les décideurs politiques utilisent le droit parmi d'autres moyens pour parvenir à leurs fins et les législateurs ont en fait des objectifs politiques à l'esprit, lorsqu'ils attendent un certain accomplissement des réglementations qu'ils conçoivent. Cependant, sur le plan de l'analyse, nous ferions une distinction entre une politique centrée sur des objectifs et les "programmes conditionnels" centrés sur la règle ». Outre le fait qu'elle s'inscrit davantage dans le champ de la science politique, la détermination des objectifs assignés à la norme par les auteurs n'est pas toujours évidente et, lorsqu'un faisceau d'indices permet d'en ébaucher la teneur, ces objectifs ne correspondent pas systématiquement à une volonté de lutte contre les discriminations (v. sur ce point Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, I, B).

¹⁴⁷ COMMAILLE, J., entrée « Effectivité », in ALLAND, A. et RIALS, S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 583.

Flückiger¹⁴⁸, Luzius Mader¹⁴⁹, Mathieu Téoran¹⁵⁰ ou encore Évelyne Serverin et Antoine Jammaud¹⁵¹. Bien qu'elles se réfèrent aux seuls modèles de comportements prescriptifs, les propositions de définition de Marie-Anne Cohendet¹⁵², Jérôme Porta¹⁵³, Marthe Fatin-Rouge Stéfani, Laurence Gay et Ariane Vidal-Naquet¹⁵⁴ s'en rapprochent aussi fortement. La définition retenue peut enfin être mise en perspective avec la mobilisation de l'efficacité ou effectivité¹⁵⁵ (*Wirksamkeit*) chez Hans Kelsen¹⁵⁶ et de la validité (*gaeldende*) chez Alf Ross¹⁵⁷.

¹⁴⁸ FLÜCKIGER, A., (*Re*)faire la loi, *op. cit.*, p. 461-466. Pour l'auteur, l'« efficacité proprement dite [...] s'évalue selon le but de la loi » (p. 461) et « caractérise la capacité d'une mesure à atteindre les buts visés » (p. 462). À ses côtés, l'« effectivité » doit être appréciée « en fonction de l'ancrage de la loi dans les comportements réels des destinataires » (p. 461) et, plus précisément, elle « permet de déterminer la congruence entre une mesure et le comportement effectif de ses destinataires » (p. 463). Contrairement à l'auteur, il ne nous semble pas nécessaire en revanche de caractériser le lien de causalité pour conclure à l'effectivité, la simple correspondance suffit – contrairement à l'efficacité. Enfin, l'« efficience » doit pour l'auteur être « [examinée] par rapport aux ressources à investir dans la mise en œuvre de la loi » (p. 461). Notre concept de *réalisation* correspond enfin à l'usage de la *mise en œuvre* chez Alexandre Flückiger qui entend ainsi désigner « le processus visant à inscrire le texte de norme (obligatoire ou souple) dans les comportements effectifs de tout destinataire », ce qui permet de considérer en parallèle que « l'effectivité de la norme indique alors le degré de mise en œuvre de la norme » sous la forme d'un constat (p. 608).

¹⁴⁹ MADER, L., *L'évaluation législative*, *op. cit.*, p. 57. L'auteur considère que l'évaluation législative repose dans un premier temps sur l'analyse de l'effectivité d'une législation, ce qui amène à « comparer les conduites réelles des destinataires au modèle [juridique] de comportement » (nous soulignons). À ce premier temps de l'évaluation législative s'en ajoute un second ayant pour objectif d'établir un lien d'imputation entre les faits et le droit. Ce deuxième temps est étranger à la conception de l'effectivité que nous retenons. Il est en revanche au cœur de la réalisation du droit.

¹⁵⁰ TEORAN, M., *L'obligation pour l'administration d'assurer l'effectivité des normes juridiques*, *op. cit.*, p. 47 : « variable synthétisant le jugement porté sur le rapport de conformité entre la norme et les comportements tombant dans le champ d'application de cette norme » (nous soulignons).

¹⁵¹ JEAMMAUD, A. et SERVERIN, É., « Évaluer le droit », *loc. cit.* : l'effectivité « est un rapport de conformité totale ou un degré très élevé de conformité » entre « des situations ou opérations concrètes [que la norme] vise [et le] modèle que constitue cette norme » (nous soulignons).

¹⁵² COHENDET, M.-A., « Légimité, effectivité et validité », in *Mélanges Pierre Avril. La République*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 203 : « l'effectivité d'une norme est la relation de conformité entre les comportements qu'elle prescrit et les comportements réels » (nous soulignons).

¹⁵³ PORTA, J., *La réalisation du droit communautaire*, *op. cit.*, p. 462 : l'effectivité « mesure la conformité du comportement au modèle de conduite prescrit par la règle de droit » (nous soulignons).

¹⁵⁴ FATIN-ROUGE STÉFANI, M., GAY, L. et VIDAL-NAQUET, A., « Préface », *op. cit.*, p. 14 : l'effectivité « mesure le degré de correspondance entre la prescription énoncée et les comportements sociaux » (nous soulignons).

¹⁵⁵ Selon Éric Millard, « Effectivité et efficacité semblent bien chez Kelsen étroitement liées. On peut donc retenir que l'usage des deux termes chez Kelsen ne correspond pas à deux significations différentes, mais bien à une même signification, différenciée pour des raisons didactiques ou stylistiques » (MILLARD, É., « Deux lectures critiques d'Alf Ross », *op. cit.*, p. 13-14).

¹⁵⁶ Pour Hans Kelsen, l'efficacité se rapporte au « fait que le comportement des hommes prescrit par la norme juridique comme devant être correspond jusqu'à un certain degré à cette norme » (KELSEN, H., « Une Théorie "réaliste" et la Théorie pure du droit », *op. cit.*, p. 24 – nous soulignons). Nous nous accordons avec lui dès lors qu'« efficacité » est reformulée « effectivité », que « prescrit par » est reformulé « énoncé par », et que le « devoir être » est complété d'un « pouvoir être » (*i.e.* modèle de comportement non prescriptif). Quant à la variation du degré de correspondance attendu en fonction de la nature prescriptive ou suggestive de la norme en question, v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, I, A.

¹⁵⁷ Dans les écrits d'Alf Ross, « le terme "valide" (le *gaeldende* danois) est employé pour indiquer qu'une règle ou un système de règles est une réalité (et pas seulement un projet ou une chose imaginée) » (ROSS, A., « La validité et le conflit entre le positivisme juridique et le droit naturel », *op. cit.*, not. p. 160-161). Sur la dissociation des emplois entre *gaeldende* et *gyldig*, v. GUASTINI, R., « Alf Ross : une théorie du droit et de la science juridique », in AMSELEK, P. (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 251-254.

32. Ainsi définie¹⁵⁸, l'effectivité est dissociée de l'efficacité qui ne possède pas les mêmes référents. L'effectivité rapporte les faits sociaux au sens de la norme. L'efficacité rapporte les effets supposés de la norme aux objectifs qui lui sont assignés par ses auteurs. À l'appréciation *téléologique* du second concept, « qui repose sur l'idée de finalité, qui constitue un rapport de finalité »¹⁵⁹, répond le caractère *pragmatique* du premier, « qui concerne les faits réels, l'action et le comportement que leur observation et leur étude enseignent »¹⁶⁰.

33. L'effectivité se distingue encore de la réalisation. Si les deux concepts ont des référents identiques, l'effectivité se rapporte à un *état* de correspondance du sens de la norme et des comportements de ses destinataires, quand la réalisation se rapporte, dans cette étude, au *processus* qui permet d'engendrer cet état¹⁶¹. Il s'agit dans ce dernier cas d'appréhender le rayonnement du droit de manière *dynamique*, « qui considère les choses dans leur mouvement »¹⁶². Ce processus peut de surcroît être analysé au prisme de diverses contraintes. Une appréciation de la réalisation d'un point de vue *économique*, « qui diminue les frais, la dépense »¹⁶³, conduira notamment à envisager la question de l'*efficacité*¹⁶⁴.

34. Quant à la validité, elle se distingue aussi de l'effectivité. Cette dernière relève d'une appréciation de la norme au regard des faits sociaux. La validité relève d'une appréciation de la norme au regard des normes qui lui sont supérieures. Les référents mobilisés pour fonder le jugement sont alternativement extrajuridiques ou intrajuridiques. La manière d'envisager la relation des deux concepts emporte par ailleurs des implications théoriques non négligeables. Des positionnements particuliers surgissent, en effet, en fonction du rôle attribué à l'ineffectivité dans

¹⁵⁸ Notons qu'il serait envisageable de rapprocher, d'une part, les définitions stipulatives de l'efficacité, de la réalisation et de l'effectivité et, d'autre part, les trois acceptions du terme « effectif » dégagées par Gérard Cornu dans son *Vocabulaire juridique* (CORNU, G. et *al.*, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 339). Reprenant ces trois sens dans leur ordre de développement : l'efficacité qualifie le sens 1, ce « qui produit l'effet recherché » ; la réalisation aboutit au sens 2, ce « qui a été réalisé, accompli, fait » ; l'effectivité est à rapprocher du sens 3, ce « qui correspond à la réalité ».

¹⁵⁹ Entrée « téléologique », *TLFi*, sens B.

¹⁶⁰ Entrée « pragmatique », *TLFi*, sens B, 1, a). V. encore sens B, 2, c) : « qui étudie le langage du point de vue de la relation entre les signes et leurs usagers ».

¹⁶¹ *A contrario*, v. PORTA, J., *La réalisation du droit communautaire*, *op. cit.*, p. 22-23 et p. 24 : « nous continuerons à faire usage du terme de "réalisation" afin de désigner, du point de vue du droit, tout à la fois l'ensemble des opérations de concrétisation du droit, que le résultat de ces opérations ».

¹⁶² Entrée « dynamique », *TLFi*, sens I, 2. V. aussi entrée « dynamique », *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^{ème} éd., sens I., 2.

¹⁶³ Entrée « économique », *Dictionnaire de l'Académie française*, 8^{ème} éd.

¹⁶⁴ V. sur cette notion la contribution fondatrice de POSNER R., « The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication », *Hofstra Law Review*, vol. 8, n° 3, 1980, p. 487-508. Pour une illustration de l'efficacité en prise avec le concept de concurrence, v. ZEVOUNOU, L., *Le concept de concurrence en droit*, thèse dactylographiée, Université Paris Ouest Nanterre la Défense, 2010, p. 422-426. Pour une approche du droit de la non-discrimination à la lueur de l'efficacité, v. not. IACOBUCCI, E. M., « Antidiscrimination and Affirmative Action Policies: Economic Efficiency and the Constitution », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 36, n° 2, 1998, p. 293-337.

l'appréciation portant sur la validité des normes¹⁶⁵, ce qui a notamment permis d'alimenter de célèbres controverses¹⁶⁶. En écartant l'idée d'une perte de validité de la norme en cas d'ineffectivité, nous marquerons une certaine distanciation vis-à-vis des positions de Hans Kelsen¹⁶⁷.

35. À la suite de ces précisions préliminaires, le constat déjà effectué de l'ineffectivité du droit de la non-discrimination ainsi que la nécessité d'opter pour un point de vue juridique conduisent à recentrer le propos. L'ambition de la recherche est alors resserrée sur *les moyens par lesquels les autorités normatives sont susceptibles de favoriser sa réalisation*.

III. La réalisation du droit comme ambition de la recherche

36. Au regard des définitions posées, la mesure de l'effectivité implique une analyse des comportements sociaux¹⁶⁸ qu'à défaut de compétence nous ne saurions conduire. Par ailleurs, et surtout, au-delà des affirmations de la doctrine, le constat de l'ineffectivité de l'interdiction de la

¹⁶⁵ Contrairement au normativisme et aux réalismes, l'effectivité ne semble pas constituer une préoccupation majeure des courants jusnaturalistes. Sur ce point, v. BETAÏLLE, J., *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne*, *op. cit.*, p. 51-52 et RICHARD, V., *Le droit et l'effectivité : contribution à l'étude d'une notion*, *op. cit.*, p. 46 et s.

¹⁶⁶ Pour la controverse entre Alf Ross et Hans Kelsen, v. not. ROSS, A., « La validité et le conflit entre le positivisme juridique et le droit naturel », in ROSS, A., *Introduction à l'empirisme juridique*, *op. cit.*, not. p. 160-164. V. encore MILLARD, É., « Deux lectures critiques d'Alf Ross », *op. cit.*, p. 10 et MILLARD, É., « Alf Ross and Realist Conceptions of Legislation », in BRUNET, P., MILLARD, É. et MINDUS, P., *The Theory and Practice of Legislation*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 79. V. en écho le passage « Validité et effectivité » in KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, 2^{de} éd., Dalloz, *op. cit.*, p. 281-289. Dans sa seconde édition, Hans Kelsen se fend notamment de longs développements en réaction à la critique d'Alf Ross.

¹⁶⁷ Selon cet auteur, l'effectivité joue un rôle dans l'appréciation de la validité, même si ce rôle est secondaire et négatif. L'effectivité ne conditionne pas la validité de la règle de droit. Simplement, l'ineffectivité criante d'une règle de droit la prive de sa validité. V. KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, 2^{de} éd., Dalloz, *op. cit.*, p. 281-282, p. 286 et *supra* note 12. Il récuse d'une part les « théories réalistes » dont la vision « consiste à réduire la validité à l'efficacité, à affirmer que la validité du droit se confond purement et simplement avec son efficacité ». Cette position n'est pourtant pas exactement celle d'Alf Ross qui distingue entre validité idéale et validité matérielle (v. MILLARD, É., « Point de vue interne et science du droit : un point de vue empirique », *RIEJ*, vol. 59, 2007/2, p. 64-68). Il récuse ensuite les « théories idéalistes » qui adhèrent à l'affirmation selon laquelle « entre la validité, qui est un *Sollen*, et l'efficacité, qui est un *Sein*, il n'y a absolument aucun rapport », de telle sorte « que la validité du droit est absolument indépendante de son efficacité ». Telle est pourtant la position que nous retiendrons à défaut de partager les prémisses du raisonnement de Hans Kelsen. Sur ce point, soulignons que l'utilité du lien entre effectivité – désignée efficacité – et validité pour la *Théorie pure du droit* est d'éviter la coexistence théorique de règles de droit valides et absolument ineffectives. Une telle situation contribue à la démythification de la force obligatoire du droit en normalisant la validité de règles de droit ineffectives. En somme, ce n'est que la thèse visant à associer validité et obligatorité qui contraint Hans Kelsen à admettre ce postulat (v. ici KELSEN, H., *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1997, p. 89-90 : « la validité du droit signifie que les normes juridiques ont force d'obligation, que les hommes doivent se conduire conformément à ce que prescrit le droit, qu'ils doivent obéir aux normes juridiques et les appliquer »). Or, que ces énoncés juridiques perdent la crédibilité de leur obligatorité lorsqu'elles cessent d'être effectives est une chose. Qu'elles perdent leur validité juridique en est une autre, bien différente dès lors que l'on admet de nuancer le dogme de la force obligatoire du droit. En clair, comme le relève Jean Carbonnier : « la loi inappliquée n'en reste pas moins la loi » et « l'effectivité n'appartient pas à la définition de la règle de droit » (CARBONNIER, J., « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *op. cit.*, p. 3). V. aussi sur ce point PORTA, J., *La réalisation du droit communautaire*, *op. cit.*, p. 27 : « l'existence d'une norme est indépendante de son effectivité. Peu importe que les prescriptions qu'elle prévoit se réalisent concrètement, son existence en tant que norme dépendra seulement de sa validité ».

¹⁶⁸ Juristes et sociologues sont donc contraints d'aller de concert pour déterminer respectivement la signification de la norme et les comportements sociaux de ses destinataires, qui correspondent aux deux composantes utiles à toute assertion relative à la mesure de l'effectivité du droit.

discrimination et du droit à la non-discrimination a d'ores et déjà été posé par diverses études empiriques¹⁶⁹. La problématique n'est pas tant de déterminer, à nouveau, cette ineffectivité, que d'envisager les moyens par lesquels il serait possible de « rendre effectif le droit [de] la non-discrimination »¹⁷⁰, c'est-à-dire de le réaliser. C'est pourquoi nous optons pour une considération indirecte de l'effectivité, en tant que simple préoccupation au stade de la production normative. Celle-ci fait naître une question de recherche relative aux modalités par lesquelles les autorités normatives sont susceptibles de contribuer à la réalisation du droit de la non-discrimination (A). Elle exige une démarche préalable d'identification, dans le discours doctrinal, des facteurs juridiques qui sont réputés œuvrer à ce processus (B).

A. D'une préoccupation pour l'effectivité au stade de la production normative à l'analyse des facteurs juridiques de réalisation du droit

37. Sans écarter la possibilité d'assumer alternativement plusieurs points de vue, Max Weber considérerait que, « quand on parle de "droit" et d'"ordre juridique", de "règle de droit", on doit être particulièrement attentif à distinguer les points de vue juridique et sociologique »¹⁷¹. Le point de vue juridique est cantonné à « ce qui a valeur de droit du point de vue des idées »¹⁷², c'est-à-dire la validité et la signification de la norme. Le point de vue sociologique sur le droit porte, quant à lui, sur « ce qu'il advient en fait dans la communauté »¹⁷³. Nous renoncerons dans cette étude à endosser ces deux points de vue¹⁷⁴, complémentaires, pour ne retenir que le premier et envisager indirectement l'effectivité comme une simple *préoccupation* au stade de la production normative, sans

¹⁶⁹ Sur ce point, v. en complément des développements précédents Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, I, A. V. en général les baromètres et eurobaromètres qui insistent, d'une part, sur l'occurrence fréquente de pratiques et mesures discriminatoires (*i.e.* ineffectivité de l'interdiction de la discrimination), et, d'autre part, sur le phénomène extrêmement conséquent de non-recours au droit (*i.e.* ineffectivité du droit à la non-discrimination en tant que capacité à contester devant les autorités d'application du droit une pratique ou mesure estimée contraire à l'interdiction de la discrimination). Les constats de la doctrine juridique, dont nous nous ferons le relai en détail ci-après, attestent également, à partir de l'analyse des décisions des juridictions (*i.e.* point de vue juridique), de la difficile satisfaction des actions pourtant fondée en fait et en droit (*i.e.* ineffectivité du droit à la non-discrimination en tant que directive adressée aux autorités d'application du droit de satisfaire la revendication qui est fondée). Sur ces trois niveaux de lecture, ou trois normes, v. la note. 213 de la présente introduction.

¹⁷⁰ CALVÈS, G., « Justice : rendre effectif le droit à la non-discrimination », *op. cit.*, p. 75.

¹⁷¹ WEBER, M., *Économie et société*, Paris, Plon, 1995, t. 2, p. 11, relevé in PORTA, J., *La réalisation du droit communautaire*, *op. cit.*, p. 27.

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ *Ibidem*. En un sens proche, v. SERVERIN, É., « Points de vue sur le droit et processus de production des connaissances », *RIEJ*, vol. 59, 2007, p. 84 : « Le sociologue doit partir de ce qui est tenu pour droit dans une société pour pouvoir observer ce qu'il en advient dans la communauté ».

¹⁷⁴ Si l'articulation des points de vue aurait pu être envisagée dans la présente étude, le renoncement au point de vue sociologique s'est imposé, principalement en raison de l'absence de formation solide et de compétences en la matière, accessoirement en raison de l'ampleur du terrain à réaliser pour conduire simultanément ces deux points de vue.

prétendre la déterminer ni même l'étudier¹⁷⁵. Cette perspective déplace la focale sur « une compréhension de la dialectique entre le droit et sa concrétisation, dans une visée interne au système juridique »¹⁷⁶. Elle a notamment été théorisée par Cédric Roulhac qui identifie trois types d'analyses sur ce qu'il qualifie d'« effectivité envisagée dans la perspective droit/concrétisation du droit »¹⁷⁷. L'effectivité, telle que définie ci-dessus, n'est généralement pas, dans ces configurations, l'objet direct du discours. Elle est simplement envisagée indirectement comme une conséquence possible ou probable des objets juridiques directement analysés, à savoir les énoncés juridiques et les pratiques des autorités normatives. Nous préférons pour cette raison évoquer trois *points de vue juridiques sur la réalisation*, entendue comme le processus qui engendre l'état d'effectivité.

38. Le premier point de vue juridique sur la réalisation s'intéresse à la « concrétisation d'un énoncé ou d'une règle par des énoncés ou des règles inférieurs du système juridique »¹⁷⁸. Il peut notamment s'attacher à l'« impact dynamique ou force de résonance d'une norme de droit positif sur d'autres normes du droit positif »¹⁷⁹, rejoignant la problématique des interactions normatives. Cette analyse juridique peut, à certains égards, être rapprochée de la démarche de Mathilde Heitzmann-Patin lorsqu'elle identifie les normes issues de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui indiquent au législateur les critères de mise en conformité des dispositions législatives aux dispositions constitutionnelles de référence¹⁸⁰. Elle correspond de manière plus flagrante à la démarche de Jérôme Porta lorsqu'il envisage *La réalisation du droit communautaire* par le biais de « l'ensemble des règles, dispositifs ou exigences que secrète le droit communautaire pour assurer la réalisation par les autorités nationales des énoncés qu'il produit »¹⁸¹. En envisageant les interactions normatives pour « exposer comment le système juridique *pense* sa propre réalisation dans les droits nationaux »¹⁸², l'auteur structure sa recherche autour d'un point de vue juridique.

39. Une deuxième analyse juridique type sur la réalisation est envisagée en complément par Cédric Roulhac. Elle considère « l'existence d'une garantie juridictionnelle, et l'idée de degré de réception/utilisation d'un énoncé ou d'une règle par les acteurs juridictionnels »¹⁸³. Ce deuxième

¹⁷⁵ CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Théorie générale des droits et libertés*, op. cit., p. 261 : « S'il est impossible de faire l'impasse sur les éclairages des sciences sociales pour penser la concrétisation des droits et libertés, cela ne signifie pas pour autant que la façon dont les juristes envisagent et tentent de résoudre, du point de vue du droit lui-même, la question du passage de la norme à sa réalisation doive être dépréciée ».

¹⁷⁶ ROULHAC, C., *L'opposabilité des droits et libertés*, op. cit., p. 338.

¹⁷⁷ *Idem*, p. 339 (nous soulignons).

¹⁷⁸ *Idem*, p. 338.

¹⁷⁹ HEUSCHLING, L., « Effectivité, efficacité, efficience et qualité », op. cit., p. 59, v. quatrième sens.

¹⁸⁰ HEITZMANN-PATIN, M., *Les normes de concrétisation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2020.

¹⁸¹ PORTA, J., *La réalisation du droit communautaire*, op. cit., p. 36.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ ROULHAC, C., *L'opposabilité des droits et libertés*, op. cit., p. 340.

point de vue peut, notamment¹⁸⁴, être associé à l'ambition de Henri Motulsky lorsque ce dernier s'emploie à déterminer *Les principes d'une réalisation méthodique du droit privé*. L'auteur affirme dans cet ouvrage que « la réalisation du droit [...], ce n'est donc rien d'autre que la concrétisation [d'une] virtualité »¹⁸⁵, celle du modèle normatif reporté aux faits par les juridictions à travers l'application mécanique du syllogisme juridique¹⁸⁶. Ce sont alors les pratiques des autorités normatives et les règles qui régissent les procédures juridictionnelles qui constituent des moyens – ici restrictivement conçus – de réalisation de la norme dont il est fait application dans le cas d'espèce.

40. Enfin, un troisième point de vue juridique type sur la réalisation peut être souligné. Il porte sur « la qualité de la garantie » et sur le « degré de protection d'un énoncé ou d'une règle au sein d'un système juridique donné »¹⁸⁷. Cette approche semble particulièrement adaptée lorsque sont envisagés les droits et libertés. Elle repose sur l'idée selon laquelle les autorités normatives sont susceptibles de favoriser le processus de réalisation par la qualité de la protection juridique d'un droit ou d'une liberté¹⁸⁸, notamment par l'adoption de normes qui le soutiennent et qui sont parfois qualifiées d'« aménagement-concrétisation »¹⁸⁹. Il n'est alors pas question de déterminer directement l'effectivité du droit par son évaluation au regard des faits sociaux. Il s'agit simplement de s'en préoccuper, indirectement, au stade de la production normative, par l'évaluation du régime juridique qui est réputé conditionner – en partie – les « chances de réalisation du droit/d'une norme juridique dans la réalité sociale »¹⁹⁰. La démarche conduit à apprécier, en amont, la qualité, l'adéquation et, le cas échéant, l'opportunité d'un perfectionnement des mécanismes juridiques, afin de fournir des outils de réalisation d'un droit ou d'une liberté (*e.g.* droit à la non-discrimination), pour tâcher d'engendrer, en aval, une situation d'effectivité qui lui est plus favorable.

41. Sans nous interdire quelques incursions dans les deux premiers niveaux d'analyse, c'est essentiellement au cœur du troisième que se logera notre propos. Cette approche au stade de la

¹⁸⁴ Là encore, la démarche Mathilde Heitzmann-Patin pourrait être soulignée en complément lorsqu'elle identifie cette fois les normes issues de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui déterminent des méthodes encadrant l'exercice du contrôle de constitutionnalité. V. HEITZMANN-PATIN, M., *Les normes de concrétisation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*

¹⁸⁵ MOTULSKY, H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, *op. cit.*, p. 45. Penser la réalisation du droit est pour l'auteur « une tâche belle et humble qui consiste à ramener le droit des "hautes sphères de la philosophie... aux zones inférieures des difficultés journalières" » (*idem*, p. 2, citant M. Demogue). V. aussi ROUBIER P., « Préface », *in* MOTULSKY, H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, *op. cit.*, p. XII. V. aussi p. IX : « la réalisation du droit est bien un problème de première importance » car « le droit n'atteint sa plénitude qu'en se réalisant ».

¹⁸⁶ La perception que relaie l'auteur au sujet de l'application mécanique du droit semble masquer les latitudes – de plus en plus importantes – qu'empruntent les juges au cours de l'acte d'interprétation. V. ici Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, not. Section 1.

¹⁸⁷ ROULHAC, C., *L'opposabilité des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 341.

¹⁸⁸ *Ibidem* : « plus les effets attachés à un droit ou une liberté sont protecteurs (par des mécanismes, des procédures, la mise à disposition du bien affirmé, etc.), plus la prétention est [susceptible d'être] effective ».

¹⁸⁹ DUPRÉ DE BOULOIS, X., *Droits et libertés fondamentaux*, *op. cit.*, p. 175. V. aussi CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Théorie générale des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 262-305

¹⁹⁰ HEUSCHLING, L., « Effectivité, efficacité, efficience et qualité », *op. cit.*, p. 59, v. deuxième sens.

production normative, qui embrasse un point de vue juridique, possède nécessairement une ambition limitée, à la fois réduite et conditionnée à *ce que peut le droit*, conçu comme ressource¹⁹¹. Elle ne saurait en aucun cas suffire à penser exhaustivement la réalisation du droit de la non-discrimination ou, plus exactement, la réalisation de ses deux principales normes que sont l'interdiction de la discrimination et le droit à la non-discrimination. Tout au plus permet-elle de prolonger un point de vue sociologique, indispensable, davantage centré sur la compréhension des modalités de recours – et de non-recours – au droit par les acteurs individuels et collectifs¹⁹². Une telle perspective est notamment empruntée en France par Vincent-Arnaud Chappe¹⁹³.

42. Ce recadrage de l'analyse, qui passe de l'effectivité à la *réalisation*¹⁹⁴, implique inévitablement de dévoiler les mécanismes sur lesquels repose ce processus. De manière classique, le droit

¹⁹¹ COMMAILLE, J., *À quoi nous sert le droit ?*, Paris, Gallimard, 2015, p. 65-78. Jacques Commaille évoque notamment cette conception d'un « droit ressource », « conçu d'abord en fonction des attentes, des représentations et des pratiques de ceux qui l'utilisent ou s'y soumettent » (p. 75).

¹⁹² V. LÖHRER, D., « La fonction d'aide à l'accès au juge du Défenseur des droits », *RFDC*, n° 121, 2020/1, p. 191 : « l'effectivité d'un droit se [pense] tout autant [ou presque] à l'aune de son régime juridique que de ses usages sociaux ».

¹⁹³ CHAPPE, V-A., *L'égalité au travail : justice et mobilisation contre les discriminations*, Paris, Presses des Mines, 2019, 210 p. V. pour une version plus détaillée quoique précédente CHAPPE, V-A., *L'égalité en procès : sociologie politique du recours au droit contre les discriminations au travail*, thèse dactylographiée, École normale supérieure de Cachan, 2013, 737 p. Not. p. 40-49 : l'auteur, qui inscrit sa démarche dans la sociologie du droit de la non-discrimination, concentre son analyse sur les usages sociaux du droit, qu'ils soient individuels (*e.g.* victimes) ou collectifs (*e.g.* organismes militants et institutionnels), pour « analyser [...] leurs conditions, leurs contraintes, les tensions qu'ils suscitent, les possibilités qu'ils offrent » (p. 41) et pour interroger « les conditions d'efficacité du droit comme instrument d'une politique de lutte contre les discriminations » (p. 44). Pour une explication détaillée du point de vue sociologique retenu, v. p. 49-57. Pour une illustration de la démarche appliquée à un cas récent et particulièrement médiatique, v. aussi CHAPPE, V-A. et KEYHANI, N., « La fabrique d'un collectif judiciaire. La mobilisation des cheminots marocains contre les discriminations à la SNCF », *Revue française de science politique*, vol. 68, 2018/1, not. p. 15-29.

¹⁹⁴ Nous ferons de la réalisation le concept de référence pour désigner le processus qui qualifie le passage du sens de la norme aux comportements sociaux, bien que d'autres termes soient parfois mobilisés. V. ROULHAC, C., *L'opposabilité des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 328, note 1329 : « Sur le plan du lexique lié aux opérations relatives à la réalisation du droit, on s'interroge quant aux rapports entre les concepts d'"application", de "mise en œuvre", d'"exécution", de "concrétisation" ». V. aussi FLÜCKIGER, A., *(Re)faire la loi*, *op. cit.*, p. 607-608. Les concepts d'*application* et de *mise en œuvre* nous apparaissent plus circonscrits que celui de *réalisation*, en ce qu'ils se réfèrent spécifiquement – quoiqu'avec plus ou moins de formalisme – à la mobilisation de la norme par les autorités d'application du droit (*e.g.* juridictions). Pour une conception élargie de la mise en œuvre, considérée au regard du droit communautaire, v. cependant PORTA, J., *La réalisation du droit communautaire*, *op. cit.* V. aussi p. 27-28, not. p. 28 au sujet de la réduction du concept de réalisation à la seule application mécanique, que révèle notamment la lecture de Henri Motulsky : « À la vérité, une telle représentation voile davantage qu'elle ne dévoile les phénomènes de concrétisation du droit. [...] En effet, décrite comme une simple opération de mise en conformité, la réalisation devient une opération peu significative pour la compréhension du droit. Elle la dissimule sous les habits d'un mécanisme logique, dont témoigne la rigueur du syllogisme juridique dans la formalisation de la décision judiciaire d'application de la règle de droit. L'opération est comprise comme le simple report de la norme ». Si notre acception de la réalisation englobe la mise en œuvre et l'application du droit, elle ne s'y réduit pas. De son côté, le concept de *concrétisation* se présente davantage comme un équivalent fonctionnel de la *réalisation*. En ce qu'il se réfère à une action, en l'occurrence l'action de rendre concret ce qui est abstrait » (entrée « concrétiser », sens A, et entrée « concrétisation », *TLFi*, sens a), il correspond également à une appréciation dynamique. Toutefois, la représentation droit/faits sous les traits de l'opposition abstrait/concret n'apparaît pas pleinement satisfaisante pour saisir la démarche de la présente étude. Il semble en effet réducteur d'associer l'élaboration du droit à un processus qui a vocation à « isoler, par l'analyse, un ou plusieurs éléments [*i.e.* les normes] du tout dont ils font partie [*i.e.* le monde social], de manière à les considérer en eux-mêmes et pour eux-mêmes » (entrée « abstraire », *TLFi*, sens A, 1). Parce que la réalisation se rapporte à l'action de faire passer du stade de la conception, du projet, à celui de l'existence effective » (entrée « réalisation », *TLFi*, sens A, 2), elle conçoit à l'inverse la norme à la fois comme l'objet d'une activité évolutive (entrée « projet », *TLFi*, sens B : « travail préparatoire, première rédaction ») et comme l'objet d'une activité conduite, non pas en elle-même et pour elle-même, mais en tenant

l'organise par la création et l'application de normes d'« aménagement-concrétisation »¹⁹⁵, conçues en soutien des normes primaires ou secondaires. Qu'il s'agisse de règles qui prévoient les dispositifs de mise en œuvre (*e.g.* voies d'action, régime de preuve) ou de la pratique des juridictions en tant qu'autorités d'application du droit, ces éléments fournissent de premières bases à la réflexion. Analyser le corpus du droit de la non-discrimination permet à ce stade de mettre en évidence certains de ces rouages qui, par définition¹⁹⁶, le structurent. Tel est le cas des facteurs déjà conçus et mobilisés par le législateur (*e.g.* répartition de la charge de la preuve, organisation collective de l'action, *testings*). Cette approche n'est toutefois pas suffisante pour saisir la richesse des modalités diverses par lesquelles les énoncés juridiques et les pratiques des autorités normatives peuvent déterminer le rayonnement des normes. D'autres facteurs, notamment identifiés par la doctrine, méritent d'être envisagés en complément.

B. L'identification doctrinale des facteurs de réalisation du droit

43. Dans leur quête de compréhension des modalités de passage des énoncés juridiques aux comportements de leurs destinataires, plusieurs auteurs ont entrepris un travail d'identification des facteurs réputés contribuer à la réalisation¹⁹⁷. Afin d'avancer un discours explicatif sur le rayonnement du droit et d'établir éventuellement un raisonnement prospectif sur son optimisation¹⁹⁸, ils ont établi différents critères, généralement avancés sans prétention à l'exhaustivité. Il s'agit en quelque sorte de fragmenter l'automatisme du lien de causalité entre l'énonciation du droit et son impact social conforme. Ce processus fait ainsi l'objet d'une décomposition, toujours plus détaillée, afin de saisir avec davantage de finesse la fonction du droit en tant qu'instrument de direction et d'orientation des comportements sociaux.

compte de son devenir social (entrée « projet », *TLFi*, sens A : « ce qu'on a l'intention de faire et estimation des moyens nécessaires à la réalisation »). Penser la réalisation devient sous cet angle consubstantiel à l'activité des autorités normatives. Cette conception est notamment véhiculée par la légistique, à la fois prospective et rétrospective. V. ici FLÜCKIGER, A., *(Re)faire la loi*, *op. cit.*, p. X : « la légistique prend le pari de la méthode en ouvrant un carrefour interdisciplinaire. Dans un cycle inspiré par l'analyse des politiques publiques, la loi sera successivement et inlassablement croquis, esquisse, ébauche, ouvrage, usage puis retouche ».

¹⁹⁵ DUPRÉ DE BOULOIS, X., *Droits et libertés fondamentaux*, *op. cit.*, p. 175.

¹⁹⁶ *I.e.* en tant que droit de la réalisation (v. note 83).

¹⁹⁷ COHENDET, M-A., *L'Épreuve de la cohabitation (mars 1986 – mai 1988)*, thèse dactylographiée, Université Jean Moulin – Lyon, 1991, p. 512 : il s'agit d'« analyser l'écart qui existe entre droit et application du droit afin d'essayer de comprendre quels sont les facteurs qui le déterminent, et quels rapports dynamiques peuvent exister entre eux ».

¹⁹⁸ Le travail d'identification dont il est question s'inscrit en partie dans le cadre de l'activité de la dogmatique juridique en ce qu'il pose des principes et théories pour permettre « d'une part, de développer des discours explicatifs sur le droit positif, et d'autre part, de servir de nouveau point de départ rationalisé pour conduire des raisonnements déductifs destinés à résoudre des cas particuliers » (CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2016, p. 91)

44. Jean-Guy Belley soulignait déjà en 1975 l'enrichissement progressif du travail d'identification par la doctrine des « facteurs pouvant affecter l'effectivité » d'une loi¹⁹⁹. Ce travail n'a néanmoins pas débouché sur l'édification d'une systématisation commune de référence, ordonnée et cohérente. Il laisse plutôt émerger une stratification de plus en plus dense qui alimente ce qui s'apparente désormais à un véritable catalogue. Jean-François Perrin axe, par exemple, sa réflexion autour des facteurs « de consensus » (*e.g.* connaissance de la règle de droit, adhésion ou refus idéologique suscité, intériorisation, effort de propagande) et des facteurs « de sanction » (*e.g.* connaissance de la sanction, administration de la sanction, propagande)²⁰⁰. Lawrence Meir Friedman insiste sur le rôle joué par la connaissance de la règle, la capacité et la disposition à la respecter, les avantages et les inconvénients prévus par l'ordre juridique en cas de respect ou de violation, les réactions du groupe social et la conscience personnelle²⁰¹. Peter Noll structure, quant à lui, la problématique autour des facteurs « de psychologie individuelle » (*e.g.* les valeurs et motifs personnels impliqués), les facteurs de « psychologie sociale » (*e.g.* les comportements de groupe) et les facteurs « d'organisation étatique » (*e.g.* gravité et probabilité de la sanction, importance et probabilité des avantages liés au respect de la règle de droit)²⁰². Karl Dieter Opp centre son propos sur quatre « variables » : la connaissance du droit, l'écart entre les comportements réels et le nouveau comportement prescrit, les sanctions négatives et les sanctions positives²⁰³. Ces quatre « variables » sont, elles-mêmes, précisées par une dizaine de « sous-variables »²⁰⁴. Distinguant les « mécanismes juridiques » des « mécanismes non juridiques », Véronique Champeil-Desplats souligne enfin l'importance particulière d'un complexe de facteurs tels la force performative et la structure modale de la règle de droit, la configuration du système juridique, l'existence de tiers

¹⁹⁹ BELLEY, J.-G., « La loi du dépôt volontaire : une étude de sociologie juridique », *Les Cahiers de droit*, vol. 16, n° 1, 1975, p. 41 : « depuis les précurseurs de la sociologie du droit jusqu'aux chercheurs actuels, la connaissance des facteurs pouvant affecter l'effectivité d'une loi s'est graduellement enrichie. Parmi les facteurs évoqués, certains valent pour l'ensemble des lois étatiques, d'autres concernent de façon plus particulière les lois facultatives ».

²⁰⁰ PERRIN, J.-F., *Pour une théorie de la connaissance juridique*, *op. cit.*, p. 92-94.

²⁰¹ FRIEDMAN, L. M., *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York, Russell Sage Foundation, 1975, p. 56, 67 et s.

²⁰² NOLL, P., *Von der Rechtsprechungslehre zur Gesetzgebungswissenschaft*, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, vol. 2, 1972, p. 524-540, tel que relevé in MADER, L., *L'évaluation législative*, *op. cit.*, p. 58.

²⁰³ OPP, K. D., *Soziologie im Recht*, Hamburg, Reinbek, 1973, p. 190 et s., tel que relevé in MADER, L., *L'évaluation législative*, *op. cit.*, p. 58-59.

²⁰⁴ *Ibidem* : « la propension à déposer plainte des personnes au courant d'un comportement non conforme, la stigmatisation sociale liée à l'infraction, le pourcentage de cas connus non conformes, la compétence ou l'autorité morale du législateur, la pertinence des buts de la législation par rapport aux buts personnels des particuliers, la perceptibilité ou visibilité des comportements déviants, le caractère privé de la situation, l'intelligibilité de la législation, la diffusion du contenu normatif par les mass media et les sanctions légales ».

impartiaux et de services publics²⁰⁵, la procéduralisation, ou encore les rapports de force et les conditions socio-économiques²⁰⁶.

45. Ces énumérations suffisent à illustrer la richesse et la transversalité des facteurs qui sont réputés contribuer à la réalisation. L'ambition limitée du point de vue retenu pour cette étude gagne toutefois à recentrer le propos sur les facteurs de nature juridique²⁰⁷, c'est-à-dire ceux qui peuvent être appréhendés par la seule analyse des normes ou des pratiques des autorités normatives. Dans cette optique, le travail conduit par Julien Betaille dans sa thèse de doctorat constitue une œuvre de systématisation utile²⁰⁸. Il s'y essaie à une typologie des « conditions juridiques d'effectivité de la norme en droit public interne » qui dissocie : d'une part, les conditions « classiques », telles que la cohérence de l'ordre juridique (*e.g.* réception des normes externes, articulation des normes internes) et la sanction ; d'autre part, les conditions « ampliatives », telles que la conception de la norme (*e.g.* élaboration, mise en œuvre) et la réception de la norme (*e.g.* par les sujets de droit, par les juges)²⁰⁹. François Rangeon centre également son propos sur les facteurs juridiques et se réfère à la nature et au contenu de la règle, qui déterminent le caractère impératif, incitatif, interprétatif, la clarté, la cohérence et la précision de l'énoncé. Il évoque encore l'existence, l'applicabilité et l'application des sanctions, la nature des destinataires de la règle de droit, sa légitimité, les pratiques administratives d'application, le formalisme procédural, la communication entre autorités responsables, les procédures de contrôle et de suivi, la fréquence de la modification ou de l'interprétation de la législation²¹⁰, etc. Le catalogue doctrinal est en conséquence amplement fourni.

46. Outre la sélection des seuls facteurs juridiques de réalisation, encore convient-il d'opérer un tri supplémentaire en focalisant l'analyse sur ceux qui présentent un intérêt marqué lorsqu'il est question d'envisager le droit de la non-discrimination²¹¹. À ce titre, il peut sembler pertinent

²⁰⁵ En ce sens, v. aussi DUPRÉ DE BOULOIS, X., *Droits et libertés fondamentaux*, *op. cit.*, p. 177, au sujet de la garantie des droits-créances, et notamment de la protection de la santé : « cette exigence de concrétisation justifie la création de services publics ».

²⁰⁶ CHAMPEIL-DESPLATS, V., « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », *op. cit.*, p. 18-23.

²⁰⁷ Du fait de cette limitation et de l'exclusion des facteurs économiques, sociologiques, psychologiques, éthiques, religieux... la portée de l'étude est éminemment relative face à l'ampleur de la problématique que représente la réalisation du droit. Elle peut alors être réduite à une forme d'« ingénierie intra-sectorielle », en l'occurrence juridique (CHAPPE, V-A., « Le cadrage juridique, une ressource politique ? La création de la HALDE comme solution au problème de l'effectivité des normes anti-discrimination (1998-2005) », *Politix*, n° 94, 2011/2, p. 130).

²⁰⁸ BETAILE, J., *Les conditions juridiques d'effectivité de la norme en droit public interne*, *op. cit.*, p. 63 : l'auteur cherche, d'une part, à « identifier ces conditions juridiques de l'effectivité à l'intérieur du système juridique et d'autre part à tenter d'évaluer, au regard du droit positif, l'influence de chaque condition sur le degré d'effectivité de la norme ».

²⁰⁹ *Idem*, not. p. 743-754.

²¹⁰ RANGEON, F., « Réflexions sur l'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 140-141.

²¹¹ Pour une démarche proche, v. HAVELKOVÁ, B. et MÖSCHEL, M., « Introduction: Anti-Discrimination Law's Fit into Civil Law Jurisdictions and the Factors Influencing it », *op. cit.*, p. 9-23, not. p. 9 pour une explication de la démarche : « From the contributions to this volume (as well as existing literature) we have developed a matrix of factors which can begin to explain what would tend to favour or hinder anti-discrimination law – or certain aspects of anti-discrimination law – in civil law jurisdictions ». V. encore pour une démarche similaire PORTA, J., « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2^e partie) », *loc. cit.* L'auteur évoque notamment une « série de dispositions visant

d'opérer ce tri en tenant compte de sa nature particulière. Trois considérations méritent ici d'être mises en exergue. Premièrement, le droit de la non-discrimination repose sur deux principales normes, à savoir l'interdiction de la discrimination et le droit à la non-discrimination, entendu comme la capacité juridique à demander et – le cas échéant – à obtenir réparation du préjudice subi du fait de la violation de la première norme. Deuxièmement, le droit de la non-discrimination, en tant que corpus juridique, organise un contrôle prioritaire de certaines inégalités apparentes de traitement. C'est dans ce cadre qu'un tiers, le plus souvent une juridiction, intervient pour évaluer la justification du traitement contesté. Troisièmement, parce que le droit de la non-discrimination repose tout entier sur ce contrôle de justification, il décharge considérablement le processus de réalisation sur la victime. C'est cette dernière qui doit procéder, d'une part, à un acte de qualification juridique de la situation vécue et, d'autre part, à un acte de mobilisation de la norme en vue de la réparation²¹². Le droit n'est toutefois pas étranger à ce processus. Il l'encadre. En amont, sa conception détermine les qualités de l'outil mis à disposition des acteurs. En aval, la manière dont il règle la contestation judiciaire conditionne la capacité des juridictions à satisfaire une revendication qui se révèle fondée. Pour conduire la présente étude, il est alors possible de retenir : d'une part, une série de facteurs liés à la conception du droit de la non-discrimination, telles les propriétés légistiques de la norme ou la cohérence de l'ordre juridique, qui sont susceptibles de favoriser – ou, à l'inverse, d'entraver – la réception, la compréhension, l'appropriation et à mobilisation du droit²¹³ ; et, d'autre part, des facteurs liés au traitement juridique de la revendication du droit à la non-discrimination, telles l'accessibilité des juridictions ou les modalités de règlement du litige.

47. Forte de l'identification de ces facteurs, la recherche peut ainsi être problématisée : *une analyse critique de l'appréhension des facteurs juridiques de réalisation par les autorités normatives en France peut-elle contribuer à expliquer l'ineffectivité du droit de la non-discrimination*²¹⁴ et, le cas échéant, contribuer à son

à mettre le plaideur en capacité d'agir en justice » en vue de la « pleine application de l'égalité de traitement » (information du requérant, protection contre les rétorsions, accessibilité de l'action en justice, régime de preuve et sanction).

²¹² Il s'agit là d'un élément caractéristique du « modèle de protection » du droit de la non-discrimination. V. BUMILLER, K., « Victimes dans l'ombre de la loi. Une critique du modèle de la protection juridique », trad. Laure Bereni, Vincent-Arnaud Chappe, Séverine Lacalmontie et Francis Corson, *Politix*, n° 94, 2011/2, p. 134. L'auteure illustre dans la suite de l'article son aspect problématique et, dans certains cas, excluant.

²¹³ Envisager la conception du droit sous l'angle de la réalisation constitue sans doute une approche plus singulière que l'attention qui est régulièrement portée aux dispositifs techniques qui en régissent la mise en œuvre. De la conception des normes (*e.g.* interdiction de la discrimination, droit à la non-discrimination) dépendent néanmoins leurs propriétés. L'approche susmentionnée apparaît ainsi justifiée lorsque ces propriétés jouent un rôle inhibiteur dans la réception, la compréhension, l'appropriation ou la mobilisation du droit par ses destinataires, alors que, précisément, la réalisation de ce droit est conditionnée par une multiplication massive des actes de revendication pour procéder à un vaste contrôle casuistique de justification des inégalités apparentes de traitement.

²¹⁴ *Nota bene* : il est possible de s'interroger quant à la pertinence d'une évocation de l'ineffectivité ou de la réalisation du droit de la non-discrimination après avoir défini celui-ci comme un corpus juridique transverse, composé d'une multitude de normes. D'autant plus que la réalisation et l'effectivité ont été définies ci-dessus, respectivement, comme un

amélioration ? Pour répondre à cette interrogation, l'appréhension de ces différents facteurs par les autorités normatives sera analysée afin de statuer sur les garanties du droit de la non-discrimination qui conditionnent, à terme, son « degré de protection »²¹⁵. Avant d'emprunter cette piste, il convient encore de clarifier les fondements méthodologiques et épistémologiques de la recherche.

IV. Méthodologie et épistémologie de la recherche

48. Fonder la démarche sur l'analyse des facteurs juridiques de réalisation du droit implique, inévitablement, de reconnaître en postulat le rôle actif qui leur est assigné par la doctrine. Pour être admis, ce postulat mérite en préalable d'être relativisé (A). Le fondement épistémologique de l'analyse mérite également d'être mis au jour (B), ainsi que la méthode qui, périodiquement, guidera la convocation de droits étrangers pour nourrir l'argumentaire (C).

processus et comme un état, qui ont pour référentiel une norme, et une seule. Nous pouvons alors fournir quelques éclairages accessoires. Comme expliqué plus haut, le droit de la non-discrimination repose, selon nous, sur deux principales normes, comprises comme modèles de comportement, à savoir l'interdiction de la discrimination et le droit à la non-discrimination. Ce dernier contient, lui-même, deux normes. Il contient, d'une part, une capacité juridique pour la victime et, d'autre part, une directive à l'attention des autorités d'application du droit. De telle sorte que la recherche peut s'attacher à trois normes principales : la norme 1 pose l'interdiction de la discrimination (*i.e.* non-occurrence de pratiques ou mesures ainsi qualifiables) ; la norme 2, première composante du droit à la non-discrimination, pose une capacité juridique (*i.e.* celle de contester devant les autorités d'application du droit une pratique ou mesure estimée contraire à la norme 1) ; la norme 3, seconde composante du droit à la non-discrimination, pose une directive à l'attention des autorités d'application du droit (*i.e.* celle d'enjoindre au responsable de satisfaire la victime par une juste réparation du préjudice subi lorsque la pratique ou mesure, contestée par le recours à la norme 2, est effectivement contraire à la norme 1). Lorsque, par commodité, nous nous référons ci-après ou dans le titre de cette étude à l'effectivité ou à la réalisation du droit de la non-discrimination, il s'agit de désigner, plus exactement, l'effectivité ou la réalisation de l'une ou plusieurs de ces trois principales normes. Mobilisé sans référence à l'effectivité ou à la réalisation, le droit de la non-discrimination sera entendu de manière plus vaste, comme corpus juridique. Un intitulé plus précis pour cette étude aurait été « Les réalisations de l'interdiction de la discrimination et du droit à la non-discrimination, comme capacité juridique des sujets de droit qui s'estiment lésés par une pratique ou mesure estimée discriminatoire et comme injonction à la réparation par les autorités d'application du droit en cas de discrimination avérée ». Cette précision systématique nous est apparue excessive. Soulignons par ailleurs que la réalisation de la norme 1 et celle de la norme 3 sont exclusives. Si la norme 3 se réalise dans un cas particulier, c'est que la norme 1 a été violée. Dans ce cas, pourquoi ne pas simplement acter le constat de l'ineffectivité de l'interdiction de la discrimination et axer le propos sur la seule réalisation du droit à la non-discrimination ? Premièrement, si l'assertion d'une réalisation mutuellement exclusive des normes 1 et 3 est le produit d'une opération logique dans un cas individuel, à un niveau macro, une nuance doit être apportée. Admettre que la norme 3 équivaut à une forme de sanction et, en parallèle, que la fréquence et la qualité de la sanction en cas de violation d'une norme primaire possèdent une influence sur son respect ultérieur, invite à considérer que la réalisation maximale de la norme 3, qui présuppose celle de la norme 2, si elle est rétrospectivement exclusive de la réalisation de la norme 1 dans chaque cas d'espèce, participe prospectivement à ses conditions de réalisation future. Deuxièmement, et plus fondamentalement, des facteurs de réalisation de l'interdiction de la discrimination seront ponctuellement envisagés dans la première partie de cette étude. Troisièmement, le droit de la non-discrimination, en tant que *droit de la réalisation* (note 83), est désormais composé d'une multitude de normes qui aménagent la réalisation du droit à la non-discrimination (*e.g.* voies d'action, charge de la preuve, *testings*, sanctions). L'étude considérera ces divers éléments. Par conséquent, pour évoquer la réalisation du droit à la non-discrimination, seront envisagées plus largement les réalisations de ces différentes normes du droit de la non-discrimination. À la lueur de ces considérations, et tout en admettant l'aspect perfectible de la formule, nous préférons, par commodité, évoquer *La réalisation du droit de la non-discrimination*.

²¹⁵ ROULHAC, C., *L'opposabilité des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 341.

A. La relativité des facteurs juridiques de réalisation du droit

49. Tels qu'ils ont été définis, les concepts d'effectivité, de réalisation et d'efficacité entretiennent des rapports distincts au regard d'une méthodologie empirique. En ce qu'elle porte sur l'état de correspondance de deux données accessibles à la connaissance (*i.e.* la signification de la norme²¹⁶ et les comportements sociaux), l'effectivité permet une détermination empirique exemplaire. En s'attachant au passage de la règle de droit aux comportements de ses destinataires, la réalisation suppose, en revanche, l'identification ciblée de certains effets du droit. Or, l'opération consistant à imputer des faits au droit²¹⁷, pour leur conférer le caractère d'effets du droit²¹⁸, ne peut être déterminée avec autant de certitude²¹⁹. Elle agit au cœur d'une « boîte noire »²²⁰. Cet « épineux problème » enjoint en conséquence à une « modestie salutaire » et implique de reconnaître qu'« il n'y a pas en ce domaine de déterminisme absolu »²²¹. La prudence relègue l'analyse à une vocation d'information sur les conséquences possibles ou probables d'un facteur de réalisation du droit, sans jamais lui prêter une pleine capacité à engendrer, automatiquement et isolément, une situation d'effectivité²²². Plus que le caractère irréfutable de la relation entre les facteurs de réalisation du droit et la situation d'effectivité, leur identification par la doctrine postule, en d'autres termes, « une certaine probabilité quant à l'existence [...] de tels rapports »²²³. Nombreux sont les auteurs qui ont

²¹⁶ Telle qu'elle résulte *prioritairement* des interprétations authentiques des juridictions compétentes (*i.e.* signification normative).

²¹⁷ Cette logique d'imputation est fortement présente en sociologie du droit dans la mesure où cette discipline acquiert son caractère juridique par la mise en relation des faits et du droit. V. ROSS, A., *On Law and Justice*, Londres, Stevens & Sons, 1958, p. 20. À noter que la remarque est pareillement applicable à l'efficacité qui suppose de surcroît la détermination de la volonté de l'auteur de la norme par un travail de reconstitution *a posteriori*, à partir de l'observation de l'énoncé juridique, du contexte d'énonciation, des débats préparatoires ou encore d'entretiens.

²¹⁸ V. DEMERS, V., *Le contrôle des fumeurs. Une étude d'effectivité du droit*, *op. cit.*, p. 55-86.

²¹⁹ V. en ce sens PORTA, J., *La réalisation du droit communautaire*, *op. cit.*, p. 451 : « une norme peut être posée afin que le comportement qu'elle prescrit soit obéi. Toutefois, il n'est pas possible de déduire de la conformité du comportement à la norme que la norme est la cause de ce comportement ». V. encore TROPER, M., *Philosophie du droit*, 4^{ème} éd., Paris, PUF, 2015, p. 64-65 : « sans doute, une norme est-elle généralement dictée avec l'espoir que les hommes adopteront le comportement prescrit, mais, même si c'est le cas, ce n'est pas la norme elle-même qui est la cause de leurs nouveaux comportements, mais, seulement la conscience qu'ils en ont, c'est-à-dire un fait psychique ».

²²⁰ AMSELEK, P., « La part de la science dans les activités des juristes », *D.*, 1997, p. 337 et s. : les facteurs de réalisation du droit renvoient à des éléments : « en fonction desquels se détermine la volonté de l'homme et se produisent les accomplissements qu'elle initie » mais « entre ces facteurs et les choses humaines, il y a l'intermédiaire de la "boîte noire", c'est-à-dire l'instance typique de volonté, d'autodétermination de l'homme, instigatrice des choses humaines ».

²²¹ DEMERS, V., *Le contrôle des fumeurs. Une étude d'effectivité du droit*, *op. cit.*, p. 63 et p. 65.

²²² MADER, L., *L'évaluation législative*, *op. cit.*, p. 54 : l'évaluation législative « ne prétend cependant pas apporter des preuves absolues, irréfutables des rapports de causes à effets ; tout au plus peut-elle démontrer avec un haut degré de probabilité ou de plausibilité l'existence respectivement l'inexistence de tels rapports ».

²²³ LEROY, Y., *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, *op. cit.*, p. 375.

pris le soin de poser explicitement cette réserve, qu'il s'agisse de Henri Motulsky²²⁴, Antoine Jeammaud, Évelyne Serverin²²⁵ ou Julien Betaille²²⁶.

50. Cette étude des *facteurs juridiques de réalisation du droit* relaie à son tour ces considérations par la terminologie employée²²⁷. Les expressions parfois mobilisées d'*éléments générateurs*²²⁸ ou de *mécanismes*²²⁹ ont ainsi été écartées, considérant le degré élevé de causalité dont ces termes sont porteurs. L'ambiguïté liée à la polysémie de la notion de *conditions*²³⁰, selon que les éléments ainsi désignés sont seulement propices ou bien nécessaires et suffisants, n'est pas non plus pleinement satisfaisante. Le terme de *facteurs* nous semble constituer une alternative adéquate en ce qu'il se réfère, plus simplement, à « ce qui joue un rôle dans l'apparition d'un phénomène [*i.e.* l'effectivité], le déroulement d'un processus [*i.e.* la réalisation] »²³¹. Dès l'instant où l'interrogation porte sur ces facteurs, elle revient à envisager la fonction qui leur est assignée. Ce faisant, transparait, même indirectement, la logique d'imputation des faits au droit. C'est pourquoi, au regard des définitions stipulatives retenues, nous préférons par la suite évoquer des facteurs de *réalisation* et non d'*effectivité*²³².

²²⁴ MOTULSKY, H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, op. cit.*, p. 4 : « dès l'abord, il convient de se garder d'un malentendu. Il ne s'agit pas, ici, de trouver des "recettes" ni de préconiser des constructions juridiques qui, selon la jolie formule de M. Demogue, ne seraient que des "machines logiques fournissant avec la même force les solutions raisonnables comme les plus bizarres". Que l'on ne confonde pas, surtout, la méthode de la réalisation avec un rigorisme outrancier, un fétichisme littéral ou d'autres péchés capitaux ! ».

²²⁵ JEAMMAUD, A. et SERVERIN, É., « Évaluer le droit », *loc. cit.* : les facteurs juridiques de réalisation ne suffisent pas « à expliquer les pratiques sociales dont une compréhension approfondie supposerait la maîtrise de maints autres acquis des sciences humaines et sociales en matière de théorie de l'action ».

²²⁶ BETAILLE, J., *Les conditions juridiques d'effectivité de la norme en droit public interne, op. cit.*, p. 649-651 : « Si, en principe, l'effectivité est conditionnée par ces différents éléments du système juridique, l'analyse de ces derniers tels qu'ils existent en droit positif révèle leurs limites et ainsi la modération de leur contribution réelle à l'effectivité de la norme » ; « les conditions juridiques de l'effectivité de la norme qui ont été identifiées se révèlent relatives et ne permettent pas totalement, à elles seules, d'expliquer l'effectivité ou l'ineffectivité d'une norme » ; « Il s'agit simplement d'un rapport de causalité faible. Il est donc possible d'en tirer la conclusion que l'effectivité de la norme est, en partie, susceptible d'être influencée par la configuration des éléments du système juridique ».

²²⁷ La qualification de l'étude en tant qu'« essai », un temps envisagée puis finalement abandonnée, aurait encore contribué à expliciter l'épistémologie sous-jacente. V. GAUDREAU-DESBIENS, J-F., « De l'essai en droit ou du droit à l'essai dans la doctrine ? », *RIEJ*, vol. 65, 2010, p. 139 et p. 160 : « l'essai valorise en effet le doute et considère la réflexion, voire le jugement, en droit comme un processus fondamentalement interlocutoire et contingent. [...] le juriste qui se fait essayiste tend à concevoir le droit comme un champ où il agit principalement comme révélateur et gestionnaire de l'incertitude (ou de la contingence) plutôt que comme producteur de certitude ou de vérité objective durables » ; l'essai « a, en ce sens, une nature spéculative ».

²²⁸ MOTULSKY, H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, op. cit.* Le sous-titre de l'étude étant *La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*.

²²⁹ CHAMPEIL-DESPLATS, V., « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », *op. cit.*, p. 18-23.

²³⁰ BETAILLE, J., *Les conditions juridiques d'effectivité de la norme en droit public interne, op. cit.*, not. p. 28-30.

²³¹ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^{ème} éd., entrée « facteur », sens II. V. aussi sens II, 5 : « Chacun des éléments qui concourent à un résultat ».

²³² *A contrario*, v. not. RANGEON, F., « Réflexions sur l'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 140.

B. La cadre épistémologique et la justification d'une posture affiliée à la dogmatique juridique

51. Parce qu'elle bâtit les fondements du discours sur le droit, l'épistémologie juridique²³³ mérite en continuité d'être explicitée²³⁴. La présente recherche s'inscrit à cet égard dans le cadre de la « pratique intellectuelle habituelle des juristes »²³⁵, y compris dans le champ des activités théorique²³⁶ et académique²³⁷, à savoir la dogmatique juridique²³⁸.

52. L'intérêt premier de la dogmatique juridique procède de la nécessité d'un discours ayant pour fonction pratique l'évaluation du droit de la non-discrimination par l'analyse des textes, l'approfondissement de leurs contenus, leurs interprétations, leurs explications et leur mise en relation en vue de coordonner leurs significations²³⁹. Un deuxième intérêt réside dans la fonction d'ordonnancement généralement attachée à cette posture, qui traduit un goût prononcé pour le travail de systématisation, de rationalisation et de mise en cohérence du droit²⁴⁰. L'émergence déstructurée du droit de la non-discrimination, par strates successives au cours des trente dernières

²³³ Entendue comme la théorie de la connaissance du droit qui précise « les modalités selon lesquelles les assertions de droit ou portant sur le droit sont fondées ou produites » (PERRIN, A., « Épistémologie juridique », in ARNAUD, A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 228).

²³⁴ NOREAU, P., « L'épistémologie de la pensée juridique : de l'étrangeté... à la recherche de soi », *Les Cahiers du droit*, vol. 52, n° 3-4, 2011, p. 707 : l'auteur évoque la « nécessité d'un questionnement constant sur la nature et la précision de nos activités de recherche, un questionnement qui, très précisément, n'effleure que rarement l'esprit du juriste-chercheur ». Selon lui, « ce sont ces inquiétudes et cette modestie qui fondent une posture authentiquement scientifique ».

²³⁵ GUASTINI, R., « Le "point de vue" de la science juridique », *RIEJ*, vol. 59, 2007/2, p. 52.

²³⁶ AMSELEK, P., « La part de la science dans les activités des juristes », *loc. cit.* : « la dogmatique juridique occupe à elle seule presque tout le champ des activités théoriques dans le domaine juridique ».

²³⁷ *Ibidem* : l'auteur considère la dogmatique comme le « pain quotidien des "enseignants-chercheurs" des facultés de droit ». V. aussi SERVERIN, É., « Points de vue sur le droit et processus de production des connaissances », *op. cit.*, p. 90 : il s'agit de la « partie la plus importante de la production académique des facultés de droit ».

²³⁸ Dogmatique juridique : étude du droit consacrée « à l'interprétation et à la systématisation des normes juridiques » (AARNIO, A., « Dogmatique juridique », in ARNAUD, A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 188).

²³⁹ Sur ce point, v. entre autres : JESTAZ, P. et JAMIN, C., *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 218-232 sur « l'opinion discrète : la présentation savante du droit positif » ; CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 91-93 ; FERRAJOLI, L., « La pragmatica della teoria del diritto », *Analisi e diritto*, 2002-2003, p. 360, tel que relevé in HERRERA, C. M., « Concepts juridiques et contraintes de l'argumentation », *Droits*, n° 55, 2012/1 ; JESTAZ, P., « "Doctrine" VS sociologie. Le refus des juristes », *Droit et société*, n° 92, 2016/1, p. 142 ; AMSELEK, P., « La part de la science dans les activités des juristes », *loc. cit.*

²⁴⁰ V. SERVERIN, É., « Points de vue sur le droit et processus de production des connaissances », *op. cit.*, p. 88-89 (le point de vue dogmatique renvoie le juriste « à "son cœur de métier" de description et de mise en ordre des règles ») ; CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 87 (« le travail dogmatique consiste dès lors, en substance, à reproduire, catégoriser, mettre en ordre, systématiser le droit ») ; DUNN, E., « Point de vue sur les spécificités des universitaires dans les Facultés de droit : comparaisons franco-anglaises », *op. cit.*, p. 45 (à travers la dogmatique, s'exprime « l'idéal logicien, de faire en sorte que le droit apparaisse logique, rationnel et cohérent ») ; AMSELEK, P., « La part de la science dans les activités des juristes », *loc. cit.* Pour une métaphore culinaire, v. JESTAZ, P. et JAMIN, C., « L'entité doctrinale française », *D.*, 1997, p. 167 et s. : « la doctrine, procède à un double travail. D'une part elle lave et dénoyaute les cerises après en avoir enlevé les queues : autrement dit, elle élimine les contradictions, obscurités ou insuffisances du droit à l'état brut. D'autre part elle élabore une pâte (la dogmatique) pour enrober les cerises (classer les solutions normatives) et faire du tout son clafoutis ».

années, rend cette tâche d'autant plus utile²⁴¹. C'est en réaction la fonction pédagogique du discours dogmatique qui est recherchée. Il s'agit *in fine* d'allier l'analyse et la synthèse pour favoriser la connaissance du système juridique et ainsi être en mesure de statuer sur la qualité des protections qu'il énonce²⁴².

53. Outre son rôle de mise en cohérence du droit²⁴³, la dogmatique juridique ouvre la voie en complément à un propos doctrinal²⁴⁴, possiblement prescriptif, issu du « déploiement de toutes les argumentations inspirées par une recherche indépendante »²⁴⁵. Les fonctions d'ordonnement et d'évaluation du droit s'apparentent alors à un travail préalable au commentaire²⁴⁶ qui conduit, entre autres, à se prononcer sur ses défauts de lisibilité, d'accessibilité, de cohérence, par la formulation de « critiques techniques »²⁴⁷. Même parés de la technicité, de tels commentaires participent fréquemment d'un discours prescriptif et relèvent de la préconisation²⁴⁸. Ils inscrivent le discours dans un point de vue critique²⁴⁹. En somme, le juriste dogmatique « opère des évaluations du droit

²⁴¹ Sur la consolidation du droit de la non-discrimination, v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, II, B.

²⁴² Cette fonction évaluative n'est pas le fruit d'un travail isolé. Sur l'aspect collectif du travail doctrinal, v. JESTAZ, P. et JAMIN, C., « L'entité doctrinale française », *loc. cit.* : « la doctrine ressemble à une fourmière où chacun des auteurs, même les plus célèbres, n'accomplit finalement qu'un très modeste travail. [...] Là est le vrai pouvoir de la doctrine, dont on dit toujours qu'il repose sur le savoir, mais qui repose aussi sur un immense travail collectif. Sans trêve ni répit, la doctrine invente ou polit des concepts, affine le langage et l'argumentation, classe les matériaux. Sans cesse elle construit et théorise ».

²⁴³ Parfois brocardé. V. SUPIOT, A., « Ontologie et déontologie de la doctrine », *loc. cit.* : pour l'auteur, la dogmatique juridique réduirait la doctrine à l'état d'« un paisible ruminant, occupé à digérer les herbes folles de la casuistique et de la législation pour les transformer en un lait comestible ». Dans une version satirique plus phallocratique, elle « serait l'épouse au foyer, chargée de mettre chaque jour en ordre les normes que le législateur et le juge ne cesseraient d'empiler ou de laisser traîner dans la maison du Droit ».

²⁴⁴ Doctrine : « opinions émises par les auteurs dans leurs ouvrages (Carbonnier) ; par extension, ces travaux mêmes et leurs auteurs (Cornu) » (CIMAMONTI, S., « Doctrine », in ARNAUD, A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 186).

²⁴⁵ SUPIOT, A., « Ontologie et déontologie de la doctrine », *loc. cit.*

²⁴⁶ AMSELEK, P., « La part de la science dans les activités des juristes », *loc. cit.* : il est alors question d'« apprécier la réglementation juridique telle qu'elle a été édictée et éventuellement telle qu'elle est appliquée en pratique, [de] dénoncer les imperfections, les obscurités, les lacunes, les antinomies qu'elle peut comporter, ou les conséquences socialement néfastes qu'elle risque d'engendrer ». Sur ce point, v. surtout JESTAZ, P. et JAMIN, C., *La doctrine*, *op. cit.*, p. 232-245 sur « l'opinion revendiquée : l'examen critique du droit positif ».

²⁴⁷ MAGNON, X., « En quoi le positivisme – normativiste – est-il diabolique ? », *RTD Civ.*, 2009, p. 269 et s.

²⁴⁸ AMSELEK, P., « La part de la science dans les activités des juristes », *loc. cit.* : « Ces commentaires critiques, dont la dogmatique ne s'est jamais privée jusqu'ici, loin de là, sont parfaitement légitimes et ne constituent nullement de sa part une espèce de dérive chronique, de manquement déontologique permanent : c'est le prétendu devoir de demeurer purement neutre, passif, acritique, de s'abstenir de tout jugement de valeur, qui constituerait de la part du juriste dogmaticien un manquement grave à sa fonction sociale, à ce que les autres attendent de lui : c'est-à-dire contribuer à faire progresser la réglementation juridique tant par ses analyses fouillées que par ses critiques et suggestions éclairées ».

²⁴⁹ V. JESTAZ, P. et JAMIN, C., *La doctrine*, *op. cit.* (« la doctrine ne se place plus seulement en aval de la loi – ou de la jurisprudence –, mais aussi en amont d'une correction, d'une réforme, d'un revirement ou d'un aboutissement que ses propos appellent d'une façon ou d'une autre ») ; JESTAZ, P. et JAMIN, C., « L'entité doctrinale française », *loc. cit.* ; SUPIOT, A., « Ontologie et déontologie de la doctrine », *loc. cit.* ; HERRERA, C. M., « Concepts juridiques et contraintes de l'argumentation », *op. cit.*, p. 10. En ce sens, v. encore RANGEON, F., « Réflexions sur l'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 135 : pour l'auteur, l'activité doctrinale « ne consiste pas seulement à analyser le contenu et la portée juridiques d'un texte (loi, règlement ou décision judiciaire) en vue d'en dégager la cohérence ou au contraire d'en souligner les lacunes, mais aussi à en évaluer la portée pratique, à en mesurer les effets (prévisibles ou effectifs), à suggérer éventuellement des réformes permettant d'en améliorer l'efficacité ».

positif, en propose des réformations et reconstructions »²⁵⁰, et formule parfois un écho aux constats politiques²⁵¹. L'analyse, l'explication, les commentaires, les réflexions et suggestions portant ci-après sur le droit de la non-discrimination laisseront transparaître cette dimension prescriptive²⁵². Ce biais est inhérent à l'angle d'analyse, qui part du constat de l'ineffectivité du droit, et à sa problématisation, qui porte sur les modalités de conception – et d'optimisation – des facteurs juridiques de réalisation du droit²⁵³. Il s'agit, pour reprendre les mots de Jacques Chevallier, d'« [utiliser] le vecteur juridique (le droit n'étant plus seulement un terrain d'application mais un moyen de réalisation de l'exigence de non-discrimination) »²⁵⁴. Penser ce moyen implique fatalement de penser l'instrumentalisation du vecteur juridique²⁵⁵, y compris de manière prospective, d'autant plus si l'on considère avec Jean-Jacques Urvoas qu'« il est devenu nécessaire de réformer le fond du droit de la lutte contre les discriminations »²⁵⁶.

54. La posture épistémologique ainsi explicitée, qui conduit à osciller entre l'analyse du droit et son commentaire²⁵⁷, est également liée à une axiologie sous-jacente. L'objectivité, qui « tient plus du travail d'épuration que d'un état préalable de pureté »²⁵⁸, conduit à préciser cette assise. Celle-ci est formée de trois couches dès lors que peuvent être distinguées l'axiologie de l'objet d'étude, l'axiologie de la recherche, et l'axiologie de l'argumentation.

55. Premièrement, concevoir le droit comme « mode d'agir social, comme mode de réalisation d'ambitions philosophiques »²⁵⁹, implique inévitablement de lui concéder une part d'axiologie. Elle apparaît avec clarté dans notre objet qui sert une volonté de lutte contre les discriminations. Relayer

²⁵⁰ CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 92. V. aussi p. 91.

²⁵¹ Sur les liens entre l'activité doctrinale et l'activité des autorités normatives, v. JESTAZ, P. et JAMIN, C., *La doctrine*, op. cit., p. 256-264 ; JESTAZ, P. et JAMIN, C., « L'entité doctrinale française », loc. cit. (not. sous « Un pouvoir proche du pouvoir »).

²⁵² Bien entendu, « Les universitaires restent aussi libres de proposer, de suggérer ou de critiquer le législateur que ce dernier est libre de rester sourd à leurs [analyses] » (FLÜCKIGER, A., *(Re)faire la loi*, op. cit., p. 108).

²⁵³ Soulignons à un autre niveau que le discours doctrinal sur la réalisation pourrait être considéré comme une modalité de réconciliation de la dogmatique juridique avec le réel considérant que le principal reproche adressé à ce programme méthodologique « est de rester refermé sur les règles juridiques et, partant, d'être déconnectée de la réalité » (CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 88).

²⁵⁴ CHEVALLIER, J., « Lutte contre les discriminations et État-providence », op. cit., p. 40.

²⁵⁵ Pour une démarche similaire, v. BRILLAT, M., *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, op. cit., p. 218 : l'auteure évoque la nécessité de « proposer une amélioration du raisonnement et arriver à une meilleure efficacité du principe de non-discrimination » afin que celui-ci, en raison de son caractère central, « puisse servir de vecteur de la réalisation de droits concrets et effectifs ».

²⁵⁶ Jean-Jacques Urvoas, tel que cité in ASSEMBLÉE NATIONALE (CLÉMENT, J-M. et LE BOUILLONEC J-Y.), *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi de modernisation de la Justice du XXIème siècle*, n° 3726, enregistré à la présidence le 6 mai 2016, p. 313.

²⁵⁷ Pour Michel Bazek, l'ambition de la doctrine doit être « de réaliser la synthèse entre le donné résultant de l'observation du droit positif et le construit issu de la réflexion ». V. BAZEK, M., « L'ambition de la doctrine », in *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, Paris, LGDJ, 2007, p. 367.

²⁵⁸ GAUDREAU-DESBIEENS, J-F., « De l'essai en droit ou du droit à l'essai dans la doctrine ? », op. cit., p. 162.

²⁵⁹ FONTAINE, L., *Qu'est-ce qu'un "grand" juriste ? Essai sur les juristes et la pensée politique moderne*, Paris, Lextenso, 2012, p. 174.

son contenu revient non seulement à conférer un écho aux valeurs qui le sous-tendent²⁶⁰, mais également à les légitimer²⁶¹. Admettre ce point en préalable à l'analyse, c'est déjà, selon Danièle Lochak, éviter de s'« abriter derrière une neutralité de façade »²⁶². En tant que droit qui favorise la réalisation du principe d'égalité et du droit à la non-discrimination, le droit de la non-discrimination reflète d'abord une volonté de limiter la part d'arbitraire dans l'exercice du pouvoir. Cette volonté conduit, ensuite, à évaluer la justification des traitements défavorables fondés sur un motif de discrimination. Or, qu'elles soient consacrées en droit positif par le législateur ou identifiées par les juridictions dans le cadre contentieux, les justifications admises reposent sur des points de vue particuliers, rarement aveugles aux impératifs de justice sociale, eux-mêmes relatifs.

56. À l'axiologie de l'objet d'étude s'ajoute l'axiologie de la recherche. Conduire l'analyse en envisageant la maximisation du potentiel des facteurs juridiques de réalisation emporte, notamment, une adhésion à la conception active du droit décrite par Jacques Chevallier (« il ne s'agit plus de poser un principe mais de lutter [par le droit] pour sa réalisation »²⁶³). Outre le choix du sujet qui relaie l'axiologie du droit analysé, c'est alors le choix de la problématique qui embrasse une axiologie dans la conception et la mobilisation du droit²⁶⁴.

57. Enfin, en dépassant le cadre de l'apparente neutralité de la description²⁶⁵, l'attitude évaluative liée au discours doctrinal comporte une part de prescription. Il en va ainsi lorsque sont avancées des suggestions²⁶⁶ – et non de simples déductions – comme autant de perspectives potentielles de

²⁶⁰ LOCHAK, D., « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité », in AMSELEK, P. (dir.), *Théorie du droit et science*, *op. cit.*, p. 294 (« la dogmatique juridique, sous couvert de respecter le postulat de neutralité, contribue à diffuser les valeurs sous-jacentes à la législation en vigueur et à renforcer la croyance en leur légitimité ») et p. 308 (« toute législation, à des degrés variables, véhicule des valeurs auxquelles le commentaire de la loi, même lorsqu'il prétend en faire abstraction, fait nécessairement écho »).

²⁶¹ JESTAZ, P. et JAMIN, C., *La doctrine*, *op. cit.*, p. 246-256. Les auteurs distinguent la légitimation par l'analyse du droit positif (qui rejoint l'argumentation de Danièle Lochak dans l'article précité) et, *a fortiori*, la légitimation par la reconstruction de la matière analysée – notamment dans le cadre du travail de systématisation. En ce sens, notre propos tend à relayer et, plus encore, à légitimer le droit de la non-discrimination.

²⁶² LOCHAK, D., « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité », *op. cit.*, p. 308. V. aussi COMMAILLE, J., *À quoi nous sert le droit ?*, *op. cit.*, not. p. 394-398. L'auteur évoque l'« idée reçue » qu'est la neutralité du droit qui tend à « euphémiser les enjeux politiques contenus dans la réalité même des solutions juridiques en affirmant l'évidence de leur nature technique » (p. 395).

²⁶³ CHEVALLIER, J., « Lutte contre les discriminations et État-providence », *op. cit.*, p. 40.

²⁶⁴ Sur les biais axiologiques que reflète le travail de problématisation, v. BACHAND, R., « Pour une théorie critique en droit international », in BACHAND, R. (dir.), *Théories critiques et droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 118.

²⁶⁵ AMSELEK, P., « La part de la science dans les activités des juristes », *loc. cit.* : « est-ce vraiment là le travail - l'unique travail - de la dogmatique juridique que de reproduire, ou paraphraser, les paroles du législateur ? Kelsen lui-même, dans certains passages de la Théorie pure du droit, a éprouvé ce côté dérisoire impliqué par sa conception et en a été visiblement embarrassé ». Surtout, sur l'aspect normatif et la fonction formalisante de la description du droit par les juristes, v. FORRAY, V. et PIMONT, S., *Décrire le droit... et le transformer. Essai sur la déécriture du droit*, Paris, Dalloz, 2017, not. p. 159-161.

²⁶⁶ JESTAZ, P. et JAMIN, C., *La doctrine*, *op. cit.*, p. 233-236. Not. p. 233 : « Dès lors que les auteurs ne se cantonnent pas dans la pure paraphrase, la critique perce forcément à travers leurs œuvres, fût-ce sous la forme la plus discrète. Le droit savant, en tout temps et en tout lieu, produit aussi d'innombrables critiques constructives ».

réforme²⁶⁷. La mise en lumière de ces possibilités parmi un ensemble nécessairement plus vaste traduit une forme d'« engagement intellectuel »²⁶⁸. C'est alors qu'apparaît l'importance primordiale de l'argumentation, dont la justification peut régulièrement être appréciée, selon Michel Troper, de trois points de vue²⁶⁹, non exhaustifs. Dans le premier cas, sa justesse dépend de son aspect « formellement valide »²⁷⁰. Ce critère de validité, bien que pris en compte, ne peut résumer la démarche de la présente étude qui avance des considérations critiques en termes d'opportunité, à apprécier au prisme du bien-fondé de la justification et de la conviction suscitée, plus que de la vérité ou de la vérification. Dans le deuxième cas, la justesse de l'argumentation est fonction de sa conformité « à une norme morale »²⁷¹. Elle repose sur des jugements de valeur, reflets d'une axiologie personnelle, formulée en termes de bien, de mal, de juste ou d'injuste à des fins d'évaluation du droit²⁷². Elle possède l'inconvénient majeur d'être fréquemment implicite. Nous tâcherons préférablement de convaincre par le troisième type d'argumentation, pour lequel la justesse des suggestions dépend des « conséquences bénéfiques »²⁷³, estimées à partir d'« un jugement de réalité dénotant une attitude de connaissance »²⁷⁴ dont les fondements sont, à l'inverse, explicites. En définitive, il s'agira tout au plus d'une activité de suggestion²⁷⁵, fonction des connaissances et sous-tendue par l'impératif de réalisation du droit. C'est notamment dans l'optique d'élargissement des connaissances que seront mobilisés les droits étrangers.

²⁶⁷ En ce sens, v. CARAYON, L., *La catégorisation des corps. Étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, thèse dactylographiée, Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne, 2016, p. 9-10.

²⁶⁸ CHEVALLIER, J., « Juriste engagé(e) », in *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, *op. cit.*, p. 306 : « par engagement intellectuel, on entend par là souligner que le juriste est toujours amené à adopter un point de vue sur la norme qu'il étudie, point de vue qui comporte nécessairement une dimension subjective et est indissociable d'un ensemble de références, de valeurs présentes de manière explicite ou latente ». Not. p. 306-308 : l'engagement intellectuel est conçu en opposition à l'engagement militant qui fait sortir le juriste de sa fonction professionnelle.

²⁶⁹ TROPER, M., « Argumentation et explication », *Droits*, n° 54, 2011/2, p. 3. L'argumentation étant entendue comme « la formulation de plusieurs énoncés ayant vocation à convaincre de la justesse d'une thèse, d'une décision, d'une proposition ».

²⁷⁰ *Ibidem*.

²⁷¹ *Ibidem*.

²⁷² CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 26.

²⁷³ TROPER, M., « Argumentation et explication », *op. cit.*, p. 3.

²⁷⁴ OST, F. et VAN DE KERCHOVE, M., *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 27.

²⁷⁵ Celle-ci étant caractéristique du travail de thèse. En ce sens, v. JESTAZ, P. et JAMIN, C., *La doctrine*, *op. cit.*, p. 234.

C. Les fonctions de la comparaison

58. Les droits étrangers seront périodiquement mobilisés au cours de la recherche non pas dans une perspective différentielle et culturaliste²⁷⁶ ni aux fins de modélisation²⁷⁷ mais, plus simplement, afin d'éclairer²⁷⁸, enrichir et soutenir l'argumentation. La comparaison prend alors essentiellement corps dans l'observation en contrepoint des évolutions internes aux droits étrangers qui saisissent cette matière depuis plus longtemps. Nous partageons le souci manifesté par d'autres auteurs « de tirer profit des croisements comparatifs sur le droit de l'égalité ou de la non-discrimination »²⁷⁹ considérant la relative jeunesse du dispositif antidiscriminatoire français. D'autant plus que certaines autorités normatives, législateurs ou juridictions, ont favorisé des mutations et améliorations du droit de la non-discrimination, parfois profondes, précisément afin de répondre aux enjeux de réalisation et d'effectivité du droit, également marqués à l'étranger. L'évaluation du droit positif, à la lueur de son ineffectivité, et les réponses avancées en écho qui ont conduit à son adaptation, en vue de sa réalisation, renforcent ainsi l'intérêt de la comparaison et de l'analyse des droits étrangers comme modalité de décentrement intellectuel²⁸⁰. Outre les mérites du décentrement, qui alimente la fonction critique de l'étude du droit français, la mise en exergue d'expériences et de standards étrangers permet, en complément, de soutenir à l'occasion les développements prospectifs²⁸¹. Les adaptations étrangères du droit positif qui répondent à un objectif de lutte contre les discriminations et qui se sont révélées efficaces peuvent, notamment,

²⁷⁶ CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 224-227. Il est ici question « d'insister sur les particularités et sur les irréductibilités des cultures juridiques nationales », « d'identifier les éléments culturels, historiques, sociaux ou économiques, les traditions propres à chaque État » (p. 224).

²⁷⁷ *Ibidem*. L'objectif est dans cette perspective de dégager des « classifications générales », des « transplants », « familles » ou « modèles » (not. p. 225).

²⁷⁸ Sur le recours au droit comparé en vue d'éclairer la décision des juridictions, v. LASSERRE, B. (Vice-présidente du Conseil d'État), Discours d'ouverture, Conférence des chefs des Cours suprêmes des États membres du Conseil de l'Europe, Paris, 12 septembre 2019 : « je crois également nécessaire de continuer à développer, au sein de chaque juridiction, l'approche comparative. Le Conseil d'État, dans cet objectif, a créé en 2008 une cellule de droit comparé composée de juristes spécialistes d'autres systèmes juridiques nationaux » ; « Il ne s'agit bien sûr pas de s'aligner mécaniquement sur les solutions voisines, mais de juger de manière éclairée ».

²⁷⁹ MARTIN, D. et LATRAVERSE, S., « Approche comparative du droit de la non-discrimination », *RDT*, 2008, p. 760.

²⁸⁰ La comparaison peut en effet être conçue comme une technique de décentrement à l'instar de l'interdisciplinarité ou l'histoire du droit. En ce sens, v. NOREAU, P., « L'épistémologie de la pensée juridique : de l'étrangeté... à la recherche de soi », *op. cit.*, p. 705-706 : « Au plan épistémologique, on a parlé de l'interdisciplinarité comme d'une stratégie intellectuelle susceptible de favoriser un décentrement de la pensée juridique, mais ce n'est pas la seule. Dans tous les cas il s'agit de prendre une distance. Que cette distance soit historique (qu'est-ce qui fait que le droit est comme ci alors qu'il a déjà été comme ça), géographique (c'est le pari du droit comparé) ou théorique (comme le propose généralement le passage par d'autres disciplines, y compris par la philosophie), le procédé est toujours le même ».

²⁸¹ Sur les fonctions de la comparaison en droit de la non-discrimination, v. not. BRIBOSIA, E. et RORIVE, I., « Anti-Discrimination Law in the Global Age », *European Journal of Human Rights*, n° 1, 2015, p. 7-10.

lorsqu'elles sont susceptibles de s'intégrer au contexte juridique national²⁸², contribuer à modérer la dimension subjective – même argumentée – de la prescription²⁸³.

59. Le regard transatlantique a, de ce point de vue, déjà fait preuve de son influence décisive²⁸⁴. La notion de *disparate impact*²⁸⁵ et la jurisprudence étatsunienne relative aux discriminations indirectes, ainsi que – moindrement – les politiques d'*affirmative action*²⁸⁶, en constituent de célèbres illustrations²⁸⁷. Il en va de même de la notion d'accommodements raisonnables, développée par la jurisprudence canadienne²⁸⁸ et aménagée en France. Quelques auteurs ont en continuité relayé les richesses du droit canadien, moins exploré dans la littérature française que son voisin étatsunien. Diane Roman lui décernait une « mention spécifique » tant il constitue un « terrain d'étude propice »²⁸⁹ au droit de la non-discrimination. Daniel Borrillo confiait quant à lui son admiration pour les moyens juridiques mis en œuvre en vue de la lutte contre les discriminations dans un pays

²⁸² *Nota bene* : sur les oppositions culturelles en matière d'égalité, nous partageons les remarques de Jean-Marc Sauvé, alors Vice-président du Conseil d'État, lorsqu'il souligne l'aspect réducteur de la démarche consistant, à « opposer un modèle français, qui serait nécessairement abstrait, ignorant des inégalités réelles et incapable de les résorber, et une approche anglo-saxonne, plus empirique, réactive et donc plus effective » (SAUVÉ, J.-M., « Le principe d'égalité et le droit de la non-discrimination », in DÉFENSEUR DES DROITS, *10 ans de droit de la non-discrimination*, op. cit., p. 13) ; sur l'opposition des traditions juridiques ensuite, nous souscrivons aux propos de Bertrand Louvel, alors Premier président de la Cour de cassation, lorsqu'il insiste sur le « phénomène d'internationalisation » qui « appelle la culture judiciaire et juridique française à entrer en synthèse avec la culture anglo-saxonne qui a toujours réservé une plus grande place au juge dans la définition de l'état de droit, attendant de lui, en contrepartie de ce pouvoir, une motivation développée de ses décisions », pour conclure, en s'adressant aux nouveaux membres de la Cour de cassation, magistrats et personnels de justice, que « c'est à cette grande maturation de notre droit que nous participons actuellement et c'est ce défi que vous êtes appelés à partager désormais avec nous, chers collègues » (LOUVEL, B. Audience d'installation du lundi 3 septembre 2018 [URL : https://www.courdecassation.fr/publications_26/prises_parole_2039/discours_2202/premier_president_7084/lundi_3_40024.html]). V. également sur ce point les différents discours d'ouverture qui se sont tenus à Paris le 12 septembre 2019 lors de la Conférence des chefs des Cours suprêmes des États membres du Conseil de l'Europe (not. Bruno Lasserre, Chantal Arens et François Molins).

²⁸³ La posture correspond à la première des quatre tendances des comparatistes identifiées par Véronique Champeil-Desplats. V. CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 223.

²⁸⁴ En ce sens, v. entre autres, MULDER, J., « Cultural Narratives and the Application of Non-Discrimination Law », in HAVELKOVÁ, B. et MÖSCHEL, M. (edit.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, op. cit., p. 31 : « EU non-discrimination law has been characterized as an Anglo-American legal transplant [...]. The Court of Justice of the European Union ('CJEU') was also inspired by the US Supreme Court's judgment in *Griggs v Duke Power* when it first developed the EU concept of indirect sex discrimination. There thus seems to be a clear link between non-discrimination law and the common law legal heritage. It may therefore not be too surprising that the concept has proven particularly influential in common law countries. Non-discrimination law is also often associated with the North American legal culture ».

²⁸⁵ *Ibidem*. V. encore la mobilisation de la décision *Griggs vs. Duke Power Co*, [1971] 401 US 424 in COUR EDH, Grande ch., 13 novembre 2007, *DH et autres c. République tchèque*, req. n° 57325/00, § 107.

²⁸⁶ Pour une illustration des allers-retours entre *affirmative actions* aux États-Unis et discriminations positives en France, v. notamment les travaux de Daniel Sabbagh et de Gwénaële Calvès.

²⁸⁷ V. encore MERCAT-BRUNS, M., *Discrimination at Work. Comparing European, French, and American Law*, Oakland, University of California Press, 2016.

²⁸⁸ V. not. GRÜNDLER, T. (dir.), *Aménagements raisonnables et non-discrimination*, rapport de recherche financé par l'Alliance de recherche sur les discriminations, 2016, not. BOUJEKA, A., « À l'origine, les accommodements raisonnables canadiens », p. 21-28 et GRÜNDLER, T., « Des aménagements raisonnables au bénéfice des usagers du service public ? Le cas des repas confessionnels », p. 97-115.

²⁸⁹ ROMAN, D., « La discrimination fondée sur la condition sociale, une catégorie manquante du droit français », *D.*, 2013, p. 1911 : « Une mention spécifique doit ici être faite au droit canadien, qui constitue un terrain d'étude propice ».

qualifié de « référence »²⁹⁰ en la matière. Plusieurs arguments soutiennent en effet l'opportunité d'un regard appuyé sur les évolutions de cet ordre juridique. La lutte contre les discriminations se situe, d'abord, au cœur de la conception des droits et libertés au Canada, comme l'illustrent les intitulés des codes ou des lois de consolidation antidiscriminatoires, généreusement qualifiés de codes ou lois sur les « droits de la personne »²⁹¹. La voie de la spécialisation institutionnelle empruntée dès les années 60 a, ensuite, permis de faire émerger une solide expertise, juridictionnelle et extrajuridictionnelle. La conception de l'office du juge, la richesse de ses motivations et son paradigme d'interprétation sont, par ailleurs, autant d'atouts pour favoriser la réalisation du droit de la non-discrimination par sa mise en œuvre contentieuse. À l'issue de huit à neuf décennies d'existence dans certaines provinces²⁹², la législation antidiscriminatoire a, enfin, et surtout, donné lieu à un contentieux fourni et connu de nombreux ajustements pour favoriser sa réalisation. L'analyse de l'ordre juridique canadien se révèle de ce fait particulièrement propice pour conduire cette étude et envisager les diverses modalités d'appréhension, par le droit, des facteurs juridiques de réalisation. Il sera ainsi scruté avec davantage d'insistance que d'autres droits étrangers, mobilisés en complément et dans la même optique.

V. Annonce de la thèse et du plan

60. En définitive, cette thèse prend pour point de départ le constat de l'ineffectivité du droit de la non-discrimination en France, régulièrement affirmé par la doctrine et étayé par de multiples études empiriques. De ce constat découle un double questionnement, portant à la fois sur les causes profondes de cette situation ainsi que sur les modalités susceptibles, le cas échéant, d'y remédier. La portée de ce questionnement est toutefois circonscrite et le caractère juridique de l'étude conduit à recentrer l'analyse sur le seul rôle du droit. Une fois cette limite admise, l'analyse peut prendre appui sur une grille de lecture forgée à partir de l'identification doctrinale des facteurs juridiques de réalisation du droit. Notre hypothèse était à ce stade que ces derniers ont été insuffisamment ou mal appréhendés par les autorités normatives. Une analyse méthodique et critique permet de confirmer ce point. La thèse consiste alors à avancer que l'appréhension relative de ces facteurs par

²⁹⁰ BORRILLO, D. (dir.), *HALDE : actions, limites et enjeux*, Paris, La Documentation française, 2007, p. 38 : « Depuis le premier colloque, nous invitons fréquemment des Canadiens, dans la mesure où ce pays constitue une référence dans la lutte contre les discriminations ». V. aussi p. 41 : « Je suis toujours très admiratif des moyens octroyés par les autorités canadiennes à la lutte contre les discriminations ».

²⁹¹ Sur quatorze législations (provinciales et fédérale), seuls la Charte québécoise des droits et libertés et les Codes de la Saskatchewan et du Yukon possèdent un objet plus vaste que la lutte contre les discriminations.

²⁹² V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, II, B, 1).

les autorités normatives, de laquelle découlerait leur contribution perfectible à la réalisation du droit de la non-discrimination, peut contribuer à expliquer – pour partie – la situation d’ineffectivité.

61. Cette analyse s’inscrit en soutien des propos de plusieurs auteurs qui considèrent que le droit de la non-discrimination, parfois qualifié de « droit pour rire » ou de droit « dont se moque le Parlement »²⁹³, souffre actuellement de l’absence d’une « réelle politique antidiscriminatoire »²⁹⁴, y compris juridique. Comprendre les malfaçons tout en saisissant les éléments structurants de ce que serait une politique juridique ambitieuse de lutte contre les discriminations constitue, certes, une première avancée. Mais si prendre le droit de la non-discrimination au sérieux²⁹⁵ signifie mettre les facteurs identifiés au service de sa réalisation, l’optimisation de leur contribution mériterait d’être minutieusement recherchée, y compris par la modification du droit en vigueur²⁹⁶. En continuité des avancées considérables des trente dernières années, une réflexion prospective sur les facteurs juridiques de réalisation peut fournir quelques éléments d’amélioration du droit de la non-discrimination, renforçant possiblement, à terme, sa mobilisation.

62. *Envisager la réalisation au stade de la production normative* repose en somme sur un double mouvement. Les qualités du droit gagnent à être analysées à la fois comme *explications* – partielles – et comme *réponses* – potentielles – à l’état d’ineffectivité. Pour ce faire, l’analyse peut être conduite en deux temps, envisageant successivement la réalisation par la conception du droit de la non-discrimination (Partie 1), puis par les modalités techniques de revendication du droit à la non-discrimination (Partie 2)²⁹⁷.

²⁹³ CALVÈS, G., « Le droit de la non-discrimination, un droit pour rire », *D.*, 2017, p. 653, au sujet des modifications successives de l’article L. 1132-1 du Code du travail et, plus généralement, du manque d’intelligibilité du droit de la non-discrimination. V. encore CALVÈS, G., « Motifs illicites de discrimination : poussée de fièvre à l’Assemblée nationale », *D.*, 2016, p. 1500.

²⁹⁴ MERCAT-BRUNS, M. et PERELMAN, J. (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination : perspectives pluridisciplinaires et comparées*, note de synthèse, Mission de recherche droit et justice, p. 9.

²⁹⁵ *Ibidem*. V. aussi CALVÈS, G., « Répression des discriminations : l’adieu aux armes », in *Frontières du droit, critique des droits. Billets d’humeur en l’honneur de Danièle Lochak*, Paris, LGDJ, 2007, p. 48 : « il est clair que les pouvoirs publics se refusent à prendre au sérieux la question de la lutte contre les discriminations ».

²⁹⁶ La démarche peut, à cet égard, constituer un prolongement – certes singulier – aux propos de Roscoe Pound lorsqu’il considère que « *It is the work of lawyers to make the law in action conform to the law in the books, not by futile thunderings against popular lawlessness, nor eloquent exhortations to obedience of the written law, but by making the law in the books such that the law in action can conform to it, and providing a speedy, cheap and efficient legal mode of applying it. On no other terms can the two be reconciled* » (POUND, R., « Law in Books and Law in Action », *op. cit.*, p. 36). L’invitation formulée par Roscoe Pound à l’attention des juristes tient davantage à ce que ces derniers accordent la plus haute importance aux modalités de manifestations concrètes du droit dans la société, et devant les juridictions (*law in action*), afin que la doctrine (*law in the books*) joue un rôle de médiation entre la rugosité des énoncés juridiques (*the written law*) et leur mise en œuvre concrète. L’invitation pourrait être prolongée, dans une démarche plus proche de la dogmatique juridique, pour assigner à la doctrine (*law in the books*) la tâche de questionner l’adéquation des énoncés juridiques (*the written law*) au regard des difficultés de leur mise en œuvre concrète (*law in action*) et, le cas échéant, d’envisager des perspectives de réforme.

²⁹⁷ Pour rappel, v. dans cette introduction le § 46. Par ailleurs, comme le suggère Jacques Chevallier, la préoccupation pour l’effectivité du droit au stade de la production normative peut, en effet, conduire à s’intéresser aux conditions de formulation des droits (Partie 1) ainsi qu’à leurs modalités de mises en œuvre concrètes (Partie 2). En ce sens, v. CHEVALLIER, J., « État de droit versus État des droits ? », in BAUDOT, P.-Y. et REVILLARD, A. (dir.), *L’État des droits, op.*

Partie 1 : La réalisation par la conception du droit de la non-discrimination

Partie 2 : La réalisation par la revendication du droit à la non-discrimination

cit., p. 249-250 : « Ce souci d'effectivité influera sur les conditions mêmes de *formulation des droits* » ; « Le même souci d'effectivité explique par ailleurs le déploiement de stratégies visant à assurer la *mise en œuvre concrète* des droits proclamés ».

PARTIE 1 : LA RÉALISATION PAR LA CONCEPTION DU DROIT DE LA NON-DISCRIMINATION

*Ce qui se conçoit bien est reçu clairement
et l'outil qui s'en suit peut servir aisément*²⁹⁸

63. La réalisation du droit, en général, est principalement envisagée par les juristes sous l'angle de la mobilisation contentieuse de la règle par ses destinataires, sujets et autorités d'application du droit²⁹⁹. Quoique fondée, une telle association ne peut cependant résumer, à elle seule, l'enjeu de la réalisation du droit de la non-discrimination. En effet, comme l'ont souligné plusieurs auteurs, avant le stade contentieux, les qualités des énoncés juridiques peuvent avoir une influence plus ou moins bénéfique sur la réception, la compréhension, l'appropriation et la mobilisation du droit par les acteurs. Ces derniers éléments (*i.e.* réception, compréhension, appropriation et mobilisation du droit) jouent un rôle dans le processus de réalisation, entendu ici comme le passage du sens de la norme aux comportements conformes de ses destinataires. C'est parce que les énoncés juridiques sont reçus, compris, appropriés et mobilisés qu'ils peuvent inciter les individus à suivre un modèle de comportement indiqué par la norme, qu'il s'agisse de se conformer directement à une conduite prescrite (*e.g.* interdiction de la discrimination) ou d'exercer une capacité juridique (*e.g.* le droit à la non-discrimination, entendu comme capacité à contester devant les autorités d'application du droit une pratique ou une mesure estimée contraire à l'interdiction de la discrimination). Lorsqu'elles favorisent la réception, la compréhension, l'appropriation ou la mobilisation du droit de la non-discrimination, les qualités des énoncés participent donc à sa réalisation. Pour cette raison, penser l'optimisation du potentiel du droit, c'est-à-dire sa capacité à impacter les comportements de ses destinataires, implique en premier lieu, selon Frédéric Rouvillois, de s'attacher à son élaboration³⁰⁰. Cette considération est relayée par Julien Betaille pour qui le « potentiel d'effectivité » du droit est prédéterminé par son élaboration et par la manière dont les autorités normatives considèrent et

²⁹⁸ Pastiche des vers de Boileau. BOILEAU, N., « Chant I », in *L'Art poétique*, 1974, not. vers 150 à 154. Après avoir mis en contexte le droit de la non-discrimination par l'analyse de ses modalités de conception et avoir envisagé leurs répercussions sur l'adéquation du contenu et la réception de ce droit, seront envisagées les difficultés liées à sa mobilisation qui découlent de l'incohérence du cadre normatif.

²⁹⁹ E.g. MOTULSKY, H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, *op. cit.*.

³⁰⁰ ROUVILLOIS, F., *L'efficacité des normes*, *op. cit.*, p. 16-22. Soulignons que l'auteur développe ces considérations au sujet de l'efficacité. Il vise ainsi la correspondance entre les comportements des destinataires de la règle et les objectifs assignés à cette règle par ses auteurs. L'assertion peut être renouvelée au sujet de l'effectivité lorsque ce n'est pas tant la réalisation des objectifs assignés à la règle de droit par ses auteurs qui est visée mais plutôt celle de son contenu, c'est-à-dire de la norme que recèle l'énoncé juridique. Sur la distinction opérée entre effectivité et efficacité, v. les développements en introduction ou les définitions posées à la fin de l'étude au sein du lexique.

traduisent, en amont, leurs préoccupations pour sa mise en œuvre³⁰¹. Avant même d'envisager les modalités techniques qui permettent de revendiquer le droit à la non-discrimination, il s'agit alors de considérer la conception du droit de la non-discrimination comme le point de départ d'une réflexion relative à sa réalisation. La détermination des qualités du droit au stade de sa conception ne saurait néanmoins suffire à rendre les normes effectives. Elle façonne simplement un contexte juridique propice à leur réception, à leur compréhension, à leur appropriation et à leur mobilisation par les sujets et autorités d'application du droit.

64. La qualité des énoncés doit en conséquence retenir l'attention et peut être envisagée de deux manières. Elle peut d'abord être examinée au regard des propriétés légistiques³⁰². Ces propriétés se répercutent sur l'adéquation – ou l'inadéquation – du contenu normatif formalisé avec les besoins des acteurs de la lutte contre les discriminations. Elles influent encore sur l'intelligibilité – ou l'inintelligibilité – de ce contenu normatif et, ce faisant, sur ses chances d'être convenablement reçu par les sujets de droit. La qualité des énoncés peut ensuite être appréhendée au regard de la cohérence du cadre normatif au sein duquel évolue le droit de la non-discrimination. La convocation de ce dernier sera d'autant plus aisée s'il fournit aux victimes des qualifications juridiques opérationnelles – et non incohérentes – pour traduire, dans la grammaire du droit, leurs expériences discriminatoires. À un autre niveau, cette convocation du droit de la non-discrimination sera également facilitée s'il offre aux juges des fondements juridiques clairs – et non conflictuels – pour statuer. Quelle que soit l'optique envisagée, la manière dont est conçu le droit ainsi que ses qualités contribuent, sans évidemment suffire, à favoriser sa réception et sa mobilisation par les acteurs qui, elles, participent plus directement à sa réalisation. Au terme de l'analyse, la mise en lumière de nombreuses carences qui altèrent tant les propriétés légistiques des normes antidiscriminatoires (Titre 1) que la cohérence du droit de la non-discrimination (Titre 2) conduit à avancer de premières pistes explicatives – partielles – à son ineffectivité.

Titre 1 : Les propriétés légistiques de la norme

Titre 2 : La cohérence du cadre normatif

³⁰¹ BETAÏLLE, J., *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne*, *op. cit.*, p. 327. Il souligne que « la conception implique non seulement de créer, d'élaborer, cette norme, mais aussi de penser *ex ante* sa mise en œuvre », « sa capacité de produire des effets sur la société, son effectivité » qui « se [jouent] en partie avant son entrée en vigueur ». Précisons que l'auteur définit l'effectivité comme « le degré d'influence qu'exerce la norme juridique sur les faits au regard de sa propre finalité » (p. 22). En envisageant ce qu'il désigne comme l'« effectivité », sa démarche se rapproche de ce que nous concevons comme une analyse de la réalisation, sous deux réserves. D'une part, c'est moins l'influence de la norme qui est en jeu que celle des acteurs qui s'en saisissent (approche exogène). D'autre part, le point de référence est moins la finalité qui lui est assignée par ses auteurs que le modèle de comportement qu'elle énonce.

³⁰² Comme détaillé ci-après, les propriétés légistiques englobent deux qualités types : les qualités organiques, tout d'abord, qui se rapportent aux procédures d'élaboration des règles de droit ; les qualités formelles, ensuite, qui se rapportent à la formulation des règles.

TITRE 1 : LES PROPRIÉTÉS LÉGISTIQUES DE LA NORME

65. La réflexion sur la réalisation du droit de la non-discrimination doit être amorcée dès le stade de la conception de la règle de droit³⁰³. Cette phase « lui confère un certain nombre de "qualités" comme une bonne partie de sa légitimité »³⁰⁴. Ces qualités peuvent être envisagées de différents points de vue. Luc Heuschling identifie trois qualités types : les qualités organiques, tout d'abord, qui dépendent de la procédure d'élaboration des règles de droit ; les qualités formelles, ensuite, fonction de leur formulation ; et les qualités matérielles, enfin, qui s'attachent au contenu substantiel des règles³⁰⁵. Ces trois qualités types constituent pour l'auteur des « propriétés ou caractéristiques essentielles » à la réalisation du droit³⁰⁶. Avant d'envisager la qualité matérielle des énoncés du droit de la non-discrimination, en soi³⁰⁷, encore convient-il de relever que cette qualité matérielle est partiellement déterminée par les qualités organiques et formelles. Les procédures d'élaboration (*i.e.* qualités organiques) participent, en effet, à l'identification du contenu opportun à formaliser. Leur analyse permet, à titre liminaire, une mise en contexte utile du droit de la non-discrimination. Les formulations sémantiques (*i.e.* qualités formelles) permettent, quant à elles, d'exprimer le contenu identifié de la manière la plus cohérente et intelligible possible. Elles conditionnent ainsi la réception de la norme.

66. L'appréhension de la qualité du droit de la non-discrimination repose alors sur la mobilisation des instruments de la légistique³⁰⁸, entendue comme l'activité des juristes qui étudient le processus de création du droit et identifient les méthodes permettant d'en améliorer le contenu³⁰⁹. Pour ce faire, la légistique porte d'abord sur les qualités organiques, c'est-à-dire les cheminements procéduraux par lesquels les auteurs déterminent le contenu des énoncés (*i.e.* légistique matérielle³¹⁰). Cette approche oriente l'analyse vers les fondements du droit. Elle permet

³⁰³ V. not. ROUVILLOIS, F., *L'efficacité des normes*, *op. cit.*, p. 20 : « L'efficacité d'une norme doit être envisagée dès le moment de son élaboration ».

³⁰⁴ BETAÏLLE, J., *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne*, *op. cit.*, p. 327. L'auteur poursuit : « Ce sont ces deux éléments – qualités et légitimité – qui sont, à ce stade, susceptibles d'influencer le degré d'effectivité de la norme ». V. aussi, p. 331.

³⁰⁵ HEUSCHLING, L., « Effectivité, efficacité, efficience et qualité », *op. cit.*, p. 58.

³⁰⁶ *Idem*, p. 57. En l'occurrence, pour l'auteur ces propriétés sont nécessaires à la réalisation des objectifs fixés (efficacité). L'assertion demeure valable dans le cadre de la réalisation de la norme (effectivité).

³⁰⁷ Titre 2 : La cohérence du cadre normatif.

³⁰⁸ Sur la légistique, v. not. FLÜCKIGER, A., *(Re)faire la loi*, *op. cit.* et MORAND, C-A. (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999.

³⁰⁹ V. not. CHEVALLIER, J., « L'apport et le statut de la légistique », in ALBERTINI, P. (dir.), *La qualité de la loi. Expériences française et européenne*, Paris, Mare et Martin, 2015, p. 31-51. V. toujours *idem*, p. 33-34 et p. 108 sur la dimension critique et prescriptive de la légistique et p. 145-238 sur « la loi pertinente ».

³¹⁰ CHEVALLIER, J., *L'État post-moderne*, 3^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2008, p. 152 : la légistique matérielle vise « à étudier l'activité de production normative et à définir les techniques adaptées à la gestion de cette production ».

notamment d'examiner les procédures d'élaboration par lesquelles divers acteurs, du fait de leur intervention, plus ou moins favorable à la lutte contre les discriminations, deviennent auteurs du droit de la non-discrimination. De ce point de vue, une mise en contexte qui insiste sur les fondements du droit de la non-discrimination permet de souligner leur aspect relativement précaire et d'éclairer ainsi, par une compréhension de carences originelles, bon nombre de nos développements ultérieurs (Chapitre 1). La légistique porte encore sur les qualités formelles du contenu exprimé (*i.e.* légistique formelle³¹¹). Cette seconde approche conduit à analyser le langage du droit de la non-discrimination, notamment le contenu des énoncés principaux qui le composent, au regard d'un impératif de clarté duquel dépend sa réception par les sujets de droit appelés à se conformer à l'interdiction de la discrimination ou à revendiquer leur droit à la non-discrimination. Envisagée sous cet angle, c'est le caractère hésitant, voire franchement balbutiant, qui caractérise notre objet (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Les fondements précaires du droit de la non-discrimination

Chapitre 2 : Le langage hésitant du droit de la non-discrimination

³¹¹ FLÜCKIGER, A., *(Re)faire la loi, op. cit.*, p. 523 : « La légistique formelle est une méthode visant à transcrire l'option législative retenue en un texte légal clair qui repose sur des principes destinés à favoriser la communication optimale du message normatif. Elle offre l'outillage conceptuel permettant d'exprimer un contenu normatif donné ». V. aussi p. 517-602 sur « la loi claire ».

CHAPITRE 1 : LES FONDEMENTS PRÉCAIRES DU DROIT DE LA NON-DISCRIMINATION

67. Plusieurs auteurs admettent que « la qualité du droit suppose l'amélioration de ses conditions de production »³¹². Ces auteurs ont alors érigé la procéduralisation en modalité de perfectionnement du droit, propre à permettre la détermination du contenu adéquat³¹³ pour maximiser ses chances de réalisation. Il s'agit notamment, par la procéduralisation, d'élargir le cercle des acteurs qui participent à l'élaboration du droit en envisageant des procédures d'enquête préalable, de négociation ou de consultation³¹⁴. Frédéric Rouvillois suggère en ce sens d'ouvrir la phase de production normative à la fois aux spécialistes, aux destinataires primaires des règles de droit ainsi qu'aux autorités chargées de leur mise en œuvre³¹⁵. Dans la première configuration, la consécration d'un contenu adéquat est favorisée par la colégislation ou la corégulation avec des spécialistes qui bénéficient d'une expérience pratique ou d'une expertise technique propre à limiter les erreurs d'appréciation³¹⁶. Dans la deuxième configuration, il est essentiellement question d'asseoir la légitimité démocratique afin de susciter l'acceptation de la règle par ses destinataires³¹⁷. Dans la troisième configuration, c'est l'opérationnalité de la règle et son appropriation par les autorités chargées de sa mise en œuvre qui sont améliorées. Indépendamment de la procéduralisation, qui permet l'implication de tiers à l'activité de production législative ou réglementaire, d'autres garanties sont susceptibles d'organiser la confrontation des points de vue pour déboucher sur un contenu de qualité, avant même la formalisation de l'énoncé. Il en va ainsi de la collaboration parlementaire

³¹² CHEVALLIER, J., *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 152. V. aussi DELARUE, J.-M., « Les limbes textuels ou la fabrication des textes normatifs par l'administration centrale », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, p. 220 : « la qualité des textes peut aussi dépendre de la manière dont est organisée leur rédaction ». Sur la légistique, v. encore BARRAUD, B., *La recherche juridique. Sciences et pensées du droit*, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 213-229.

³¹³ V. not. CHAMPEL-DESPLATS, V., « Penser l'efficacité de la norme », *Keio Hôgaku*, n° 29, 2014, p. 368-378 (l'article ayant été publié en version japonaise, nous nous référons à la version française, non paginée, communiquée par l'auteure) : « L'efficacité du droit peut en premier lieu être recherchée, en amont, à partir des modalités de production ou d'élaboration de l'énoncé juridique ». V. aussi CARCASSONNE, G., « Penser la loi », *Pouvoirs*, n° 114, 2005/3, p. 49 : selon l'auteur, avant de rédiger la loi il faut « questionner, consulter, concerter de la manière la plus large, la plus ouverte possible ; après seulement, commencer à écrire et, de nouveau, questionner, consulter, concerter comme devant. Alors naîtra un avant-projet qui aura quelque chance d'être bon, quitte à se révéler assez éloigné de ce que le concepteur initial pouvait avoir en tête ». Pour la présente étude, l'adéquation du contenu formalisé est appréciée au regard des besoins des acteurs de la lutte contre les discriminations.

³¹⁴ *Ibidem*.

³¹⁵ ROUVILLOIS, F., *L'efficacité des normes*, *op. cit.*, p. 20.

³¹⁶ *Idem*, p. 16-17.

³¹⁷ *Ibidem*. Sur ce point, v. aussi : BETAILLE, J., *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne*, *op. cit.*, p. 331 (« la légitimité de la norme favorise son effectivité », « constitue une condition de son effectivité ») ; COHENDET, M.-A., « Légitimité, effectivité et validité », *op. cit.*, p. 213 (« la légitimité est un facteur important de l'effectivité ») ; BOBBIO, N., « Sur le principe de légitimité », (1967), *Droits*, n° 32, 2000, p. 149 (« la légitimité du pouvoir est le fondement (du) devoir d'obéissance »).

à l'occasion des travaux en commission, des discussions en séance ou encore de l'utilisation du droit d'amendement. Mais l'élaboration de la norme ne s'arrête pas à la seule formulation de l'énoncé. Les juridictions confèrent ensuite à cet énoncé une signification normative qui participe à sa « détermination »³¹⁸.

68. Ainsi, *envisager la réalisation du droit de la non-discrimination au stade de la production normative invite – pour un éclairage liminaire – à considérer la nature des auteurs de ce droit et leurs influences sur le contenu formalisé*. Le sens comme la portée des normes ont en effet pour fondement l'intervention de multiples acteurs impliqués au cours des procédures d'élaboration et de détermination du droit. Parce que ces derniers témoignent d'un engagement politique – et d'une expertise – variable en faveur de la lutte contre les discriminations et bénéficient de légitimités diverses qui rejaillissent sur la règle élaborée³¹⁹, ces fondements humains et organiques précédant l'édiction des textes juridiques peuvent être qualifiés de « précaires ». L'analyse des qualités organiques du droit de la non-discrimination permet, dans ces conditions, une mise en contexte utile à notre étude. Elle illustre que la conception des normes ne répond pas toujours à l'ambition de réaliser l'interdiction de la discrimination et le droit à la non-discrimination, en réaction au constat de leur ineffectivité. Afin de saisir plus finement les implications et rôles respectifs – tantôt ambivalents tantôt inaboutis – de ces auteurs du droit antidiscriminatoire, il est possible de les distinguer selon qu'ils sont impliqués dans le processus de production normative en raison d'une habilitation générale³²⁰ (Section 1) ou d'une habilitation spécifique en lien avec la lutte contre les discriminations³²¹ (Section 2).

Section 1 : L'implication ambivalente des auteurs crédités d'une habilitation générale d'élaboration du droit

Section 2 : L'institutionnalisation inaboutie des auteurs spécialisés

³¹⁸ Détermination : « Action de déterminer, de délimiter avec précision, de caractériser clairement, sans ambiguïté ». *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^{ème} éd., sens 1.

³¹⁹ En ce sens, v. GAVINI, C., *L'efficacité des normes. Enquête en contrepoint*, Fondation pour un nouvel ordre politique, *working paper*, 2006, p. 42-43 [URL : http://www.fondapol.org/wp-content/uploads/pdf/documents/Etude_Efficacite_des_normes.pdf] : « la légitimité des normes peut provenir de plusieurs éléments : le travail de préparation et de justification des normes d'une part, la légitimité de l'émetteur de la règle d'autre part » ; « Chaque fois, la légitimité du porteur de la norme accroît la force de la règle et, partant, renforce son efficacité ».

³²⁰ E.g. cabinets ministériels, parlementaires, juridictions ordinaires. En raison de la nature essentiellement législative du droit de la non-discrimination, la présente analyse sera principalement centrée sur les débats parlementaires et l'interprétation authentique des juridictions. Pour une analyse de la fabrication de la loi au cours des phases ministérielle et interministérielle, v. not. DELARUE, J.-M., « Les limbes textuels ou la fabrication des textes normatifs par l'administration centrale », *op. cit.*, p. 221-248.

³²¹ E.g. délégations interministérielles spécialisées, Défenseur des droits, juridictions spécialisées.

SECTION 1 : L'IMPLICATION AMBIVALENTE DES AUTEURS CRÉDITÉS D'UNE HABILITATION GÉNÉRALE D'ÉLABORATION DU DROIT

69. Analyser le droit antidiscriminatoire au regard de ses qualités organiques et de la légistique matérielle invite, en premier lieu, à considérer le rôle des auteurs dont la compétence s'étend à l'ensemble du domaine de la production normative. Leurs identités sont multiples³²², qu'il s'agisse de ceux qui rédigent le texte ou de ceux qui le sanctionnent. Cette catégorie d'auteurs peut d'abord se référer aux « auteurs intellectuels »³²³, c'est-à-dire aux individus qui conçoivent l'énoncé linguistique, l'élaborent, le rédigent. Tel est le cas des parlementaires, de certaines personnes auditionnées lors des travaux en commissions ou encore des membres des cabinets ministériels. La notion englobe ensuite les autorités normatives, c'est-à-dire les organes qui sanctionnent l'énoncé linguistique, qui l'endossent formellement et lui confèrent par là même sa dimension juridique. Tel est le cas du Parlement, agissant dans une fonction législative ou constituante, ou encore d'un ministre, en tant qu'autorité réglementaire. Il convient également d'intégrer l'interprète authentique (*i.e.* le juge) au cercle restreint des auteurs qui exercent une influence au cours du processus d'élaboration ou, plus exactement, de détermination de la règle de droit en raison d'une habilitation générale. Qu'ils interviennent en tant qu'auteurs intellectuels (I) ou en tant qu'autorités normatives (II), leur implication oscille entre promotion et restriction de la lutte contre les discriminations. Elle peut de ce fait être qualifiée d'ambivalente.

I. Les diverses influences des auteurs intellectuels sur la formulation de l'énoncé

70. Les auteurs intellectuels possèdent incontestablement une influence primordiale. Ils se situent au fondement du contenu de l'énoncé et des objectifs qui lui sont assignés³²⁴. Leur travail

³²² ROUVILLOIS, F., *L'efficacité des normes*, *op. cit.*, p. 16 : « S'intéresser aux modalités d'élaboration de la règle pour déterminer ses conditions d'efficacité revient ainsi à s'interroger sur son auteur ; or ceci pose parfois un sérieux problème d'identification ». V. encore DELARUE, J.-M., « Les limbes textuels ou la fabrication des textes normatifs par l'administration centrale », *op. cit.*, p. 219-257.

³²³ TROPER, M., « Une théorie réaliste de l'interprétation », in JOUANJAN, O. (édit.) *Théories réalistes du droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2000, p. 54.

³²⁴ Considérant que le concept d'effectivité qualifie une situation de correspondance entre la signification d'une règle de droit (initialement sémantique – soutenue par des interprétations non authentiques – puis normative – soutenue par les interprétations authentiques) et les comportements sociaux auxquels elle a vocation à s'appliquer, les auteurs intellectuels déterminent d'abord le référentiel primaire des assertions portant sur l'effectivité de la règle de droit antidiscriminatoire (*i.e.* le contenu). Le référentiel secondaire étant constitué des comportements sociaux des destinataires (primaires ou secondaires) de la règle de droit. Considérant en prolongement que le concept d'efficacité qualifie, quant à lui, la situation de correspondance entre l'objectif assigné à la règle et les effets qui lui sont imputés, ils déterminent en outre le référentiel primaire des assertions portant sur l'efficacité de cette règle (*i.e.* les objectifs). Le référentiel secondaire étant constitué des effets supposés de la règle de droit.

réactionnel ainsi que leurs volontés constituent dès lors des enjeux – même indirects – pour la réalisation du droit. Ces éléments conditionnent la qualité du contenu à réaliser et permettent de s'assurer que l'élaboration normative s'inscrit bien dans une dynamique de lutte contre les discriminations. S'intéresser à l'intention des auteurs intellectuels permet de répondre à l'une des ambitions de la légistique matérielle, à savoir « éviter des textes mal conçus, inadaptés, voire contraires aux objectifs poursuivis »³²⁵ (B). Une autre ambition de la légistique matérielle consiste en « l'amélioration de la qualité de l'information disponible : plus cette information est étendue et moindre est, à première vue, le risque d'erreur dans la formulation des problèmes et la recherche de solutions »³²⁶. S'assurer en ce sens de la pluralité et de la compétence des auteurs intellectuels permet de maximiser l'information disponible. Ce faisant, cette précaution « [réduit], à défaut de pouvoir la supprimer, la marge d'incertitude qui s'attache à la prise de décision, en s'efforçant de faire de la loi le produit d'un "calcul objectif" »³²⁷ débouchant sur un contenu de qualité (A).

A. Pluralité des auteurs et qualité du contenu de la règle de droit antidiscriminatoire

71. Lors de l'élaboration du texte – y compris antidiscriminatoire –, les garanties procédurales qui régissent la production législative peuvent renforcer les probabilités d'aboutir à un contenu de qualité. La pluralité des auteurs présente à ce titre la première des garanties. Elle permet une multiplicité des opinions, organise l'opposition constructive, minimise les risques de carences rédactionnelles, et sert de modalité de contrôle qui évite les dérives d'une démarche solitaire. Si la pluralité des auteurs impliqués présente une garantie formelle, l'idéal est qu'elle soit doublée d'une garantie matérielle qui repose sur leur expertise ou, *a minima*, sur leur compétence en matière de non-discrimination. Jacques Chevallier insistait ainsi sur la nécessité d'« élargir le cercle des acteurs impliqués dans les processus législatifs », en particulier par le biais de la « consultation d'"experts" ou de "sages", dont le savoir ou l'autorité sont mis au service de la production normative et qui sont chargés d'éclairer le sens des choix »³²⁸. L'expertise et la compétence peuvent parfaitement émerger de la collaboration des parlementaires eux-mêmes et, notamment, dans une perspective critique, de ceux qui n'appartiennent pas au camp politique qui présente le texte (2). Les parlementaires peuvent encore compléter leur expertise ou compenser son absence en associant à leurs travaux la société civile et les tiers issus des sphères associative, institutionnelle ou

³²⁵ Ou, plus exactement, contraires aux objectifs présumés d'un point de vue externe. CHEVALLIER, J., « L'apport et le statut de la légistique », *op. cit.*, p. 31-52 [URL : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01766821>].

³²⁶ *Ibidem*.

³²⁷ *Ibidem*.

³²⁸ *Ibidem*.

académique (1). Quel que soit le cas de figure envisagé, la prise en compte des opinions formulées aux fins d'amélioration de la qualité du droit est la condition *sine qua non* pour que cette concertation dans le cadre du processus d'élaboration de la loi puisse être mise au service des chances de réalisation du droit.

1) La consultation parcimonieuse de la société civile par les parlementaires

72. Parmi les quatre derniers enrichissements majeurs du droit de la non-discrimination³²⁹, la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations et la loi organique du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits constituent des cas d'étude intéressants. Ils permettent non seulement de relativiser l'égard accordé à l'expertise de la société civile lors de l'élaboration parlementaire des énoncés antidiscriminatoires, mais également de lier à ce manque d'égard une perte de qualité matérielle de la norme³³⁰. Le processus d'élaboration de la loi organique du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits laisse, plus précisément, transparaître un manque d'égard en raison de l'absence de prise en compte des critiques unanimes formulées.

73. En continuité de la révision constitutionnelle de 2008, plusieurs auditions et consultations alimentèrent en effet un débat critique en amont de l'adoption de la loi organique du 29 mars 2011³³¹. Le temps consacré à l'audition parlementaire des associations spécialisées dans la lutte contre les discriminations fut, certes, réduit à néant. L'UNICEF ainsi que trois associations non spécialisées sur cette thématique (Amnesty International, l'Observatoire des libertés et l'Action des chrétiens pour l'abolition de la torture) furent néanmoins consultées. Cette faible place accordée au secteur associatif contraste avec celle consentie au secteur institutionnel, davantage représenté lors des auditions parlementaires, qu'il s'agisse des cinq autorités administratives indépendantes dont la fusion au sein du Défenseur des droits fut envisagée au cours du processus législatif

³²⁹ *I.e.* 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, loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté.

³³⁰ La loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances fut, elle aussi, élaborée sans réels égards accordés à la consultation des organismes associatifs (dix organismes syndicaux ou assimilés auditionnés au Sénat, quatorze organismes à l'Assemblée, dont le FASILD et la HALDE, aucune association ou personnalité qualifiée – hors représentants institutionnels).

³³¹ Pour une liste exhaustive, v. cumulativement : SÉNAT (GÉLARD, P.), *Rapport sur le projet de loi organique relatif au Défenseur des droits et sur le projet de loi relatif au Défenseur des droits*, n° 482, enregistré le 19 mai 2010, p. 160 ; ASSEMBLÉE NATIONALE (MOREL-À-L'HUISSIER, P.), *Rapport sur le projet de loi organique (n° 2573) et le projet de loi (n° 2574), adoptés par le Sénat, relatifs au Défenseur des droits*, n°s 2991 et 2992, enregistré le 1^{er} décembre 2010, p. 299 ; SÉNAT (GÉLARD, P.), *Rapport sur le projet de loi organique et sur le projet de loi, modifiés par l'Assemblée nationale, relatifs au Défenseur des droits*, n° 258, enregistré le 26 janvier 2011, p. 133.

(Médiateur de la République, Défenseur des enfants, Contrôleur général des lieux de privation de liberté, CNDS et HALDE³³²) ou d'autres acteurs institutionnels périphériques (CNCDH, CADA, CNIL, CNCIS³³³). Une place honorable fut également faite aux professionnels du droit, qu'il s'agisse d'organes institués (Conseil d'État, Syndicat de la magistrature, Union syndicale de la magistrature) ou de professeurs des universités (Guy Carcassonne, Didier Truchet, Catherine Teitgen-Colly, André Legrand, Gilles Lebreton).

74. Des critiques pour le moins virulentes émergèrent de ces auditions. Alors qu'Amnesty International s'interrogeait sur « l'intérêt de la création du Défenseur qui, en l'état, se traduirait plus par une perte de garanties d'expertise et d'indépendance que par une amélioration de la protection des droits du citoyen »³³⁴, la CNCDH estimait qu'au « regard de l'effectivité de la protection des droits, l'institution d'un Défenseur des droits tel que prévu par le projet de loi organique [était] à la fois inutile, dangereuse et inefficace, et constituerait une régression »³³⁵. D'autres acteurs majeurs, bien qu'écartés des arcanes parlementaires en l'absence d'audition, suscitèrent leur propre tribune. La LDH évoquait « un recul dangereux du dispositif français »³³⁶. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale craignait « que le mandat de lutte contre les discriminations [...] dévolu à la HALDE ne soit plus que l'un des éléments du mandat du Défenseur des droits », et recommandait « de maintenir une institution indépendante distincte »³³⁷. Ces protestations furent relayées avec force par les voix des parlementaires de l'opposition qui soulignaient le refus d'entendre « les cris d'alerte » de « l'ensemble des associations »³³⁸. Ces dernières fondaient

³³² Respectivement : Commission nationale de déontologie de la sécurité et Haute autorité à la lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

³³³ Respectivement : Commission nationale consultative des droits de l'homme, Commission d'accès aux documents administratifs, Commission nationale de l'informatique et des libertés, Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité.

³³⁴ Propos relevés par Jean-Jacques Urvoas (député socialiste) *in* JORF, mercredi 12 janvier 2011, n° 1, AN (CR), p. 36.

³³⁵ *Ibidem*.

³³⁶ *Ibidem*.

³³⁷ Relevé par Marie-George Buffet (députée communiste) *in idem*, p. 45.

³³⁸ Jean-Jacques Urvoas (député socialiste) *in* JORF, mercredi 19 janvier 2011, n° 4, AN (CR), p. 251 : « sûr de vous, vous avez refusé d'entendre la voix de toutes les associations [...] qui vous demandaient expressément de modifier votre texte » ; Catherine Coutelle (députée socialiste) *in* JORF, mercredi 9 mars 2011, n° 21, AN (CR), p. 1527 : « depuis un an, vous avez tenté de légiférer contre ces autorités, contre les associations, contre les parlementaires de l'opposition et, même parfois, contre ceux de votre majorité. [...] Nous continuons de penser que ce projet est une belle idée gâchée. C'est précisément parce que vous n'avez pas voulu entendre les cris d'alerte du monde associatif et politique, que nous sommes aujourd'hui si inquiets » ; Catherine Coutelle (députée socialiste) *in* JORF, mercredi 12 janvier 2011, n° 1, AN (CR), p. 28 : « En partant d'une idée qui aurait pu être bonne, vous parvenez à mobiliser contre vous toutes les autorités administratives concernées et l'ensemble des associations » ; Nicole Borvo Cohen-Seat (sénatrice communiste) *in* JORF, jeudi 3 juin 2010, n° 54, S (CR), p. 4336 « de très nombreuses organisations protestent : syndicats, associations de défense des droits généralistes ou œuvrant dans des secteurs divers que le handicap, l'homosexualité, l'antiracisme. Et elles ont beaucoup à faire ! Ces organisations savent la pertinence des missions de la HALDE » ; V. encore Richard Yung (sénateur socialiste) *in* JORF, jeudi 3 juin 2010, n° 54, S (CR), p. 4344 et Nicole Borvo Cohen-Seat (sénatrice communiste) *in* JORF, vendredi 11 mars 2011, n° 25, S (CR), p. 2068.

essentiellement leur argumentaire sur l'efficacité avérée de l'action de la HALDE³³⁹ et la probable dilution de la mission de lutte contre les discriminations au sein d'un « mastodonte administratif »³⁴⁰ à l'efficacité présupposée réduite³⁴¹. La HALDE elle-même, par l'intermédiaire de sa présidente, Jeannette Bougrab, estimait qu'une dilution de son mandat au sein du Défenseur des droits constituerait « un recul »³⁴², « un très mauvais signe politique pour les plus fragiles »³⁴³, et ne comprenait pas que l'on « veuille remettre en cause une institution qui fonctionne »³⁴⁴. L'incapacité de l'institution consultée à faire obstacle à sa propre absorption au sein du Défenseur des droits permit de situer le degré de considération que lui accordait le législateur de l'époque.

75. Les préceptes de la légistique matérielle, qui consiste, entre autres, à mettre au point des « outils visant à prévenir l'incompréhension, l'inertie ou la résistance des agents en charge de l'application ainsi qu'à obtenir l'adhésion des destinataires »³⁴⁵, furent ici écartés. Ces multiples et virulentes oppositions n'eurent en effet aucun impact sur le contenu de la version finale de la loi organique dont l'opportunité même était contestée. Quant à savoir si ces réticences se sont révélées fondées, les déclarations de Jacques Toubon fournissent un élément de réponse et laissent percevoir le sentiment d'une délicate mise à niveau : « nous avons réalisé une vaste enquête en 2016, qui a montré que la notoriété du Défenseur auprès du grand public était faible, ce qui explique en partie un taux de non-recours phénoménal, en particulier concernant les droits des enfants et les discriminations. Nous devrions par exemple être beaucoup plus saisis que nous ne le sommes en matière d'égalité femmes/hommes... Il est donc important que nous nous fassions mieux connaître »³⁴⁶. Sept années après la création de l'institution, il concluait en admettant « que la HALDE avait atteint un degré de notoriété qui reste encore aujourd'hui supérieur à celui du Défenseur... »³⁴⁷. En dépit des efforts et des mérites certains de l'institution nouvellement chargée du mandat de promotion de l'égalité, de nombreux observateurs s'accordent pour souligner que la

³³⁹ En ce sens, v. entre autres : Noël Mamère (député écologiste) *in* JORF, mercredi 19 janvier 2011, n° 4, AN (CR) p. 251 et JORF, mercredi 12 janvier 2011, n° 1, AN (CR), p. 23 ; Marie-George Buffet (députée communiste) *in* JORF, mercredi 12 janvier 2011, n° 1, AN (CR), p. 46 et JORF, mercredi 9 mars 2011, n° 21, AN (CR), p. 1528-1529 ; ou encore George Pau-Langevin (députée socialiste) *in* JORF, mercredi 12 janvier 2011, n° 1, AN (CR), p. 55.

³⁴⁰ Noël Mamère (député écologiste) *in* JORF, mercredi 19 janvier 2011, n° 4, AN (CR), p. 251.

³⁴¹ Catherine Coutelle (députée socialiste) *in* JORF, mercredi 12 janvier 2011, n° 1, AN (CR), p. 28 : « "Les discriminations sont telles dans notre pays [...] que cela justifie bien d'avoir quelqu'un dont l'unique mission est l'égalité", déclarait l'ancienne présidente de la HALDE. Or, les moyens et le mode de fonctionnement prévus dans le texte nuiront à l'efficacité de l'institution ».

³⁴² Propos relevé par Alain Anziani (sénateur socialiste) *in* JORF, mercredi 2 février 2011, n° 10, S (CR), p. 672.

³⁴³ Propos relevé par Noël Mamère (député écologiste) *in* JORF, mercredi 12 janvier 2011, n° 1, AN (CR), p. 24.

³⁴⁴ *Ibidem*.

³⁴⁵ CHEVALLIER, J., « L'apport et le statut de la légistique », *loc. cit.*

³⁴⁶ BONDUELLE, M., « La "réalité" est devenue une excuse (entretien avec Jacques Toubon) », *Délibérée*, 2018/1, p. 75 et s., § 8.

³⁴⁷ *Idem*, § 10.

dépossession du mandat de la HALDE s'est traduite par une altération – *a minima* temporaire – de la dynamique de lutte contre les discriminations en France.

76. Dans les travaux préparatoires de la loi du 27 mai 2008, en revanche, seule est mentionnée l'audition de Valérie Létard, secrétaire d'État chargée de la solidarité, et représentante du Gouvernement qui portait le projet de loi devant les chambres³⁴⁸. Ce cas précis ne permet pas, à l'évidence, d'illustrer les apports d'une maximisation de l'information disponible sur la qualité des dispositions antidiscriminatoires adoptées en raison de la consultation de la société civile. Il permet en revanche de constater, d'une part, l'absence d'automatisme de ce type de consultation et de suggérer, d'autre part, une corrélation entre un processus d'élaboration unilatéral – qui plus est précipité du fait de la procédure accélérée –, un manque d'expertise, et une piètre qualité du texte – envisagée en détail ci-après³⁴⁹.

77. D'autres initiatives législatives ont, à l'inverse, permis d'illustrer la mise à profit de l'expertise de la société civile par les parlementaires aux fins d'amélioration de la qualité matérielle du dispositif juridique élaboré. La loi du 30 décembre 2004 relative à la HALDE³⁵⁰ avait ainsi bénéficié d'un processus consultatif aussi large mais bien plus fructueux que la loi organique du 29 mars 2011. Le projet de loi pouvait se prévaloir de quarante-neuf auditions conduites par le rapporteur de l'Assemblée nationale³⁵¹, six auditions en Commission et cinq conduites par le rapporteur au Sénat³⁵². Il s'inscrivait surtout dans le sillon tracé par la mission de préfiguration de Bernard Stasi, alors Médiateur de la République, qui avait auditionné entre juin 2003 et janvier 2004 cent-quinze personnalités et représentants répartis de la manière suivante : trente-neuf associations, vingt-trois administrations et établissements publics, quatorze organisations syndicales et professionnelles, neuf entreprises ou fédérations d'entreprises, huit personnalités qualifiées, cinq représentants des religions, cinq partis politiques, quatre autorités administratives indépendantes, quatre organismes consultatifs liés aux droits et libertés et quatre organisations internationales³⁵³. Cette large

³⁴⁸ V. SÉNAT (DINI, M.), *Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, n° 253, enregistré le 2 avril 2008, p. 33-36. Préalablement au dépôt du projet de loi, un projet de texte fut soumis à l'avis de la HALDE. V. ASSEMBLÉE NATIONALE (VASSEUR, I.), *Rapport fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi n° 514 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, enregistré à la présidence le 6 février 2008, p. 17. V. aussi pour une audition entre parlementaires SÉNAT (HUMMEL, C.), *Rapport d'information n° 252 (2007-2008) fait au nom de la délégation aux droits des femmes*, déposé le 1^{er} avril 2008.

³⁴⁹ V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, I, A, 2).

³⁵⁰ Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la HALDE.

³⁵¹ ASSEMBLÉE NATIONALE (CLÉMENT, P.), *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles sur le projet de loi modifié par le Sénat (n° 1952) portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, n° 1965, enregistré le 1^{er} décembre 2004, p. 89.

³⁵² SÉNAT (LECERF, J.-R.), *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, n° 65, annexe, p. 100.

³⁵³ STASI, B., *Vers la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, *op. cit.*, p. 95-101.

consultation permet l'émergence d'une réforme concertée³⁵⁴, et attendue, qui fut saluée, acceptée et mise en œuvre avec le concours des acteurs de la société civile. Les préconisations de la légistique matérielle furent, dans ce cas, davantage respectées, notamment l'idée selon laquelle, « plus les destinataires de la norme sont réputés avoir participé [et, *a fortiori*, avoir adhéré] à la rédaction de l'énoncé en amont, plus celui-ci a des chances de produire les effets escomptés »³⁵⁵. La loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes illustra également, dix années plus tard, l'apport potentiel d'un large processus de consultation de nature à renforcer la qualité et la légitimité du droit³⁵⁶.

78. Qu'elle intervienne dans le cadre ou en amont des travaux parlementaires, la consultation des membres d'associations, d'institutions ou d'experts s'apparente à une plus-value non négligeable lorsque la production législative vise l'amélioration de la lutte contre les discriminations – et non sa neutralisation. En augmentant le nombre d'auteurs intellectuels et en rehaussant leur niveau d'expertise, les qualités organiques impactent positivement la qualité matérielle de la règle de droit par la détermination du contenu adéquat. Malgré l'importance d'associer pour ces raisons une partie des acteurs de la lutte contre les discriminations dès le stade de la production normative³⁵⁷, la faiblesse des consultations ainsi que la prise en compte pour le moins variable des remarques formulées à cette occasion caractérisent certains textes phares du droit de la non-discrimination. Ils sont au demeurant susceptibles d'en expliquer plusieurs carences significatives.

³⁵⁴ V. ici, entre autres, CHAPPE, V.-A., « Le cadrage juridique, une ressource politique ? La création de la HALDE comme solution au problème de l'effectivité des normes anti-discrimination (1998-2005) », *op. cit.*, p. 124-125.

³⁵⁵ CHAMPEIL-DESPLATS, V. et MILLARD É., « Efficacité et énoncé de la norme », *op. cit.*, p. 63-73.

³⁵⁶ V. entre autres : SÉNAT (KLÈS, V.), *Rapport n° 807 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes*, enregistré à la présidence le 24 juillet 2013, p. 139-141 (liste des personnes entendues) ; SÉNAT (GONTHIER-MAURIN, B.), *Rapport d'information (n° 788) fait au nom de la Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur les dispositions du projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes*, enregistré à la présidence le 22 juillet 2013, p. 93-95 (programme des auditions menées) ; ASSEMBLÉE NATIONALE (COUTELLE, C., BOURGUIGNON, B., GUEUGNEAU, É., ORPHÉ, M. et ROMAGNAN, B.), *Rapport d'information (n° 1655) fait au nom de la Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes*, enregistré à la présidence le 17 décembre 2013, p. 167-171 (personnes entendues par les rapporteuses) et p. 173-311 (comptes rendus des auditions de la délégation) ; ASSEMBLÉE NATIONALE (DENAJA, S.), *Rapport n° 1663 au nom de la commission des lois sur le projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes*, enregistré à la présidence le 18 décembre 2013, p. 541-548 (personnes entendues par le rapporteur).

³⁵⁷ Véronique Champeil-Desplats souligne en ce sens que « le rôle des représentants d'associations, des groupes d'intérêts et des partenaires sociaux est ici essentiel », renforçant la légitimité des consultations au stade de la production législative. V. CHAMPEIL-DESPLATS, V., « Effectivité et droits de l'Homme : une approche théorique », *op. cit.*, p. 21. Avant d'ajouter : « Toutefois, l'efficacité de ce procédé repose sur plusieurs facteurs : l'existence de représentants et leur capacité à s'inscrire dans des rapports de force représentatifs des intérêts en présence... ». À rapprocher des propos de Léon Duguit pour qui « la puissance publique sera d'autant mieux obéie qu'elle sera plus volontairement acceptée par les gouvernés. C'est la mission de l'art politique de trouver les procédés de gouvernement les plus propres à faire accepter volontairement par les sujets les commandements de l'autorité publique » (DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel – Tome deuxième : La théorie générale de l'État – Première partie : Éléments, fonctions et organes de l'État*, 3e éd., Paris, De Boccard, 1928, p. 48, tel que cité in BARRAUD, B., *La recherche juridique. Sciences et pensées du droit*, *op. cit.*, p. 214).

79. Toujours est-il que si les garanties procédurales qui organisent la consultation et la confrontation des opinions sur le droit élaboré permettent une amélioration qualitative de son contenu, cela est vrai tant lorsque l'éclairage émane d'acteurs tiers à la production législative sollicités par les parlementaires que lorsqu'il émane directement de ces derniers.

2) L'insuffisante collaboration parlementaire

80. Lorsque l'activité législative se résume à une opposition de blocs dans un contexte de majorité absolue, les bienfaits de la collaboration parlementaire ne sont, il est vrai, que peu mis à l'honneur. Cette collaboration est pourtant susceptible de contribuer, elle aussi, à l'amélioration des textes et à la correction des carences juridiques parfois conséquentes en cas de rédaction initialement médiocre. Une absence de consultation doublée d'un passage en force au Parlement constitue dans cette hypothèse la voie la moins propice à l'émergence d'un droit de qualité. Tel fut pourtant le cheminement de la loi du 27 mai 2008.

81. Alors que transparaissaient de multiples carences juridiques du projet de loi avancé par le Gouvernement³⁵⁸, en l'absence de consultations publiques, ces carences auraient, malgré tout, pu être rectifiées par une collaboration parlementaire judicieuse. L'étude des débats parlementaires révèle une attitude inverse de rejet manifeste et quasi systématique des amendements proposés en vue de l'amélioration du texte, aussi bien concernant la définition de la discrimination que l'énumération des motifs ou encore la détermination de leurs champs d'application.

82. La première carence résulte de l'absence de généralisation de la nouvelle définition de la discrimination. La loi du 27 mai 2008 devait pourtant mettre le droit interne en conformité avec le droit communautaire à la suite des mises en demeure répétées de la Commission européenne qui concluait à l'absence de définition satisfaisante de la notion. Face à son absence de généralisation, l'opposition dénonça l'introduction négligente d'une définition « à géométrie variable selon [les] différents codes »³⁵⁹, peu propice à la lisibilité du droit³⁶⁰. Martine Pinville, députée socialiste, soulignait notamment : « Introduire de l'instabilité dans la définition des discriminations est-il une bonne manière de procéder ? Mieux vaudrait arrêter une définition unique et modifier les codifications, de façon à n'avoir qu'une seule et même définition dans l'ensemble de nos lois », car

³⁵⁸ À titre anecdotique, la rapporteure du projet de loi retenait comme définition de la discrimination celle du dictionnaire *Le Robert*, soit le « fait de séparer un groupe social (ou un individu) des autres en le traitant plus mal », et ce, au détriment de la définition légale fournie, notamment, par l'article 225-1 du Code pénal. V. ASSEMBLÉE NATIONALE (VASSEUR, I.), *Rapport fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi n° 514, op. cit.*, p. 7.

³⁵⁹ Martine Billard (députée divers gauche) in JORF, mercredi 26 mars 2008, n° 15 [2], AN, (CR), p. 921.

³⁶⁰ En ce sens, v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, II.

« il est de notre devoir, en tant que législateurs, de produire des textes stables qu'on ne modifie pas tous les six mois et que tous nos concitoyens puissent utiliser sans être obligés de se livrer à de grands exercices d'interprétation parce que les définitions diffèrent d'un code à l'autre »³⁶¹. Une définition unique de la discrimination et une codification de l'article 1 du projet de loi auraient pu être envisagées³⁶². Les amendements furent néanmoins systématiquement rejetés, aboutissant à une multiplication des acceptions de la discrimination en droit interne³⁶³ qui ne facilite guère l'appropriation de la notion. Plusieurs dispositions du projet de loi faisaient pourtant l'objet d'une codification³⁶⁴. Le maintien volontaire de cette incohérence en est d'autant plus déplorable. En réponse aux objections mentionnées, la rapporteure avançait : « il n'y a pas de nécessité logique à aligner la définition pénale des délits de harcèlement ou de discrimination sur la définition civile, compte tenu du fait qu'elles entraînent des conséquences de nature tout à fait différente »³⁶⁵. Cette absence d'harmonisation débouche à terme sur la coexistence – et la divergence – des définitions de la discrimination selon la loi du 27 mai 2008, le Code pénal, le Code du travail et la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Ces divergences n'ont pas été corrigées depuis³⁶⁶.

83. L'absence de cohérence quant à l'énumération des motifs de discrimination au regard de la législation en vigueur fut, elle aussi, déplorée par certains parlementaires. Seuls huit motifs figuraient à l'article 1 de la loi du 27 mai 2008, auxquels se rajoutaient la grossesse et la maternité, mentionnées à l'article 2, 3^o, pour un total de dix motifs, soit huit de moins que la rédaction de l'article 225-1 du Code pénal au moment de l'adoption de la loi. Les recoupements n'étant pas parfaits, la loi du 27 mai 2008 mentionnait certaines caractéristiques protégées qui lui étaient spécifiques, en l'occurrence les convictions et la maternité³⁶⁷. Il fut judicieusement proposé face à ce constat de combiner les formulations pour leur préférer un article unique, cumulant un total de vingt motifs de discrimination. Annie David, sénatrice communiste, s'exclamait en ce sens : « il est difficile de trouver rédaction plus maladroite ! Il aurait été plus sage et plus simple de préciser au

³⁶¹ Martine Pinville (députée socialiste) *in* JORF, mercredi 26 mars 2008, n° 15 [2], AN, (CR), p. 922.

³⁶² V. encore *idem*, p. 925 : « il convient de décliner cet ajout législatif dans le code pénal, le code du travail ainsi que dans la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires afin de garantir la lisibilité de la loi et de faciliter son application ». V. aussi Annie David (sénatrice communiste) *in* JORF, jeudi 10 avril 2008, n° 24, S (CR), p. 1628.

³⁶³ V. MEDARD INGILTERRA, R., « L'intelligibilité par l'harmonisation des définitions de la lutte contre les discriminations en droit interne », *in* GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, Fédération interdisciplinaire de Nanterre en droit, rapport réalisé avec le soutien de la Mission de recherche droit et justice, 2016, annexes p. 177-178.

³⁶⁴ *E.g.* art. 6, 7 et 8.

³⁶⁵ Isabelle Vasseur (députée UMP) *in* JORF, mercredi 26 mars 2008, n° 15 [2], AN, (CR), p. 954.

³⁶⁶ Sur ce point, v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, II.

³⁶⁷ Auxquels fut ajouté le critère de la perte d'autonomie par l'art. 23 de la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement.

sein d'un même article l'ensemble des motifs discriminants »³⁶⁸. De même, fut relevée l'incohérence des ordonnancements différents de ces motifs, non seulement entre les divers instruments juridiques mais également au sein du projet de loi³⁶⁹. Tous ces amendements furent rejetés en dépit de leur pertinence, notamment car ils excédaient la simple ambition d'une transposition des directives communautaires. À la scission des définitions s'ajoutaient ainsi l'hétérogénéité des listes de motifs énumérés et l'inconstance de leur ordonnancement. Il fallut attendre plus de huit années pour que la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle harmonise finalement ces listes³⁷⁰, même de manière imparfaite³⁷¹, et corrige les principales inconséquences de la majorité de l'époque.

84. Accentuant le déficit d'intelligibilité du texte, les motifs de discrimination furent, enfin, hiérarchisés en fonction de leur applicabilité au sein des domaines mentionnés par la loi de transposition (*i.e.* emploi, protection sociale, santé, avantages sociaux, éducation, accès et fournitures de biens et services). Cette hiérarchie était le fruit d'une transposition mécanique et minimaliste, au sein de l'article 2, de dispositions issues de plusieurs directives communautaires adoptées entre 2000 et 2006³⁷² et qui possédaient des champs d'application distincts³⁷³. Seules les discriminations fondées sur l'ethnie, la race, la grossesse et la maternité³⁷⁴ étaient susceptibles d'être contestées sur le fondement de la loi du 27 mai 2008 lorsqu'elles relevaient de la protection sociale,

³⁶⁸ JORF, jeudi 10 avril 2008, n° 24, S (CR), p. 1599-1600. Elle poursuivait : « Le Gouvernement aurait pu, pour ce faire, combiner l'ensemble des motifs visés dans les directives européennes dont il est question aujourd'hui et ceux qui sont contenus dans l'article 225-1 du code pénal ». V. encore les propos de Martine Billard (députée divers gauche) *in* JORF, mercredi 26 mars 2008, n° 15 [2], AN, (CR), p. 924 : « Pourquoi, là encore, s'arrêter à ces [...] motifs – que la rapporteuse semble considérer comme étant les seuls motifs possibles de discriminations –, alors que la liste existant dans l'énoncé de l'article 225-1 du code pénal actuel est plus large ? Encore un recul ».

³⁶⁹ Art. 1 et art. 2, 2°. V. Martine Billard (députée divers gauche) *in* JORF, mercredi 26 mars 2008, n° 15 [2], AN, (CR), p. 924 : « Par ailleurs – et cela n'est pas très compréhensible –, pourquoi ne pas garder le même ordonnancement dans l'énonciation des motifs de discriminations (*sic*), d'un article à l'autre ? Autre exemple de complexification, inutile pour nos concitoyens, de la façon dont le législateur écrit les lois ! Pourquoi, à cet alinéa 3 de l'article 2, la discrimination fondée sur le sexe se retrouve-t-elle en tête dans l'énoncé, alors que ce n'est pas le cas dans l'autre article ? Cela peut ne paraître que rédactionnel, mais il en va de la facilité de lecture, alors même que le projet de loi réinvente des listes de motifs de discriminations (*sic*) différents selon les articles et alinéas ».

³⁷⁰ Art. 89 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. Sur ce point, v. MEDARD INGHILTERRA, R., « Le droit à la non-discrimination fait peau neuve : brèves considérations sur les incidences de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, chron. n° 27, 2016.

³⁷¹ En ce sens, v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, I, A, 1).

³⁷² Directives du Conseil 2000/43/CE du 29 juin 2000, 2000/78/CE du 27 novembre 2000 et 2004/113/CE du 13 décembre 2004 ainsi que la directive du Parlement européen et du Conseil 2006/54/CE du 5 juillet 2006.

³⁷³ V. Annie David (sénatrice communiste) *in* JORF, jeudi 10 avril 2008, n° 24, S (CR), p. 1599-1600. Pour Annie David, « cet article est, en quelque sorte, la quintessence des défauts de ce texte, qui se caractérise par son caractère hautement administratif et qui, au surplus, hiérarchise les discriminations ! ».

³⁷⁴ Sur l'applicabilité générale de ces deux motifs, le propos se trouve confirmé par les débats préparatoires relatifs aux anciens alinéas 5 et 6 qui composaient l'ancien point 3° de l'article 2 de la loi du 27 mai 2008. V. not. ASSEMBLÉE NATIONALE (VASSEUR, I.), *Rapport fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi n° 514, op. cit.*, p. 23 : « ces alinéas, en raison de leur portée très générale – aucune matière n'étant mentionnée, ils semblent avoir vocation à s'appliquer à toute situation –, assurent une transposition complète des directives communautaires existantes ».

de la santé, des avantages sociaux, de l'éducation, de l'accès ou de la fourniture de biens et services. Les autres motifs étaient exclus de cette protection et leur application était circonscrite à l'emploi³⁷⁵ – hormis le critère du sexe, qui voyait son emprise étendue à l'accès ou la fourniture de biens et services. Une fois de plus, les critiques et amendements de l'opposition parlementaire avancés sur ce point aux fins d'amélioration du droit³⁷⁶ furent éconduits par Nadine Morano, secrétaire d'État chargée de la famille³⁷⁷. Cette hiérarchisation des protections accordées aux victimes en fonction de leurs caractéristiques persista, elle aussi, jusqu'à la loi du 18 novembre 2016, freinant durant plus de huit années le développement des recours³⁷⁸.

85. Du rejet systématique de la collaboration parlementaire en dépit d'un projet de loi carencé naquit en définitive un texte « incomplet », « mal écrit » et « imprécis », issue d'une « transposition *a minima* »³⁷⁹, qui ajouta confusion et illisibilité au droit de la non-discrimination. Comme le résume Bariza Khiari, sénatrice socialiste, lors du compte rendu en Commission mixte paritaire : « cette absence d'approche globale de la lutte contre les discriminations est patente dans la forme même du texte, qui ne présente aucune cohérence et ne fait qu'empiler des mesures hétéroclites. [...] Le Gouvernement aurait dû saisir cette occasion pour légiférer de façon plus globale et plus ordonnée, en reprenant à son compte les recommandations de la HALDE. Au lieu de quoi, ce texte ne fait que complexifier encore notre droit en matière de discriminations »³⁸⁰.

86. Si les répercussions négatives n'ont, fort heureusement, pas toujours été si flagrantes, cette situation est loin d'être isolée. Qu'il s'agisse de la loi du 30 décembre 2004 relative à la HALDE, de la loi du 11 février 2005 relative aux droits des personnes handicapées³⁸¹, de la loi du 31 mars 2006

³⁷⁵ Plus exactement à « [l]'affiliation et [l]'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, y compris [les] avantages procurés par elle, [l]'accès à l'emploi, [l]'emploi, [la] formation professionnelle et [le] travail, y compris [le] travail indépendant ou non salarié, ainsi que [les] conditions de travail et de promotion professionnelle ».

³⁷⁶ E.g. Martine Billard (députée divers gauche) *in* JORF, mercredi 26 mars 2008, n° 15 [2], AN, (CR), p. 924 : « Une telle hiérarchie constitue une régression ». V. aussi Martine Pinville (députée socialiste), p. 920 : « cette distinction [...] introduit une différence de traitement entre les victimes selon les motifs de discriminations (*sic*) qui est contraire au principe d'égalité. Elle instaure entre les discriminations une hiérarchisation qui n'est pas recevable au regard du principe d'égalité inscrit dans l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958 ». V. encore Annie David (sénatrice communiste) *in* JORF, jeudi 10 avril 2008, n° 24, S (CR), p. 1628 : « je regrette encore que la rédaction de ce projet de loi poursuive la triste et dangereuse hiérarchisation qui n'aura pour seul effet que d'amoindrir le niveau de protection de nos concitoyens, en différenciant leurs droits ».

³⁷⁷ JORF, jeudi 10 avril 2008, n° 24, S (CR), p. 1601.

³⁷⁸ Sur ce point, v. not. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, II, A, 2). La voie civile était notamment exclue en cas de discrimination en matière d'accès ou de fourniture de biens et services dès lors que le motif pris en compte était autre que la prétendue race, l'origine ethnique, la grossesse, la situation de maternité ou le sexe.

³⁷⁹ Martine Billard (députée divers gauche), Christophe Caresche (député socialiste) et Marie-George Buffet (députée communiste) *in* JORF, jeudi 10 avril 2008, n° 24, S (CR), p. 922 et 926. V. aussi Jacqueline Alquier (sénatrice socialiste), Roger Madec (sénateur socialiste) et Annie David (sénatrice communiste) *in* JORF, jeudi 10 avril 2008, n° 24, S (CR), p. 1577, 1578, 1600, 1606 et 1628.

³⁸⁰ V. SÉNAT, *Compte rendu analytique officiel*, jeudi 15 mai 2008.

³⁸¹ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

pour l'égalité des chances, ou encore de la loi organique du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, aucune ne fut le fruit d'un consensus parlementaire³⁸². Cette absence de consensus, que traduit l'opposition ou l'abstention lors du vote, est bien souvent le fruit d'une collaboration restreinte entre groupes parlementaires de la majorité et de l'opposition lors de l'élaboration du texte. Elle est intrinsèquement vectrice de contestation de sa légitimité et a pour effet de limiter les possibles améliorations qualitatives. Inversement, si rares soient-ils, les consensus parlementaires œuvrent à la construction de la légitimité des textes, à leur pérennité ainsi qu'à leur renommée.

87. Les prémices du droit de la non-discrimination en France laissaient précisément espérer une approche plus optimiste. La loi Pleven du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme fut adoptée après collaboration à l'unanimité, et les parlementaires firent grand cas de cette dimension plus que symbolique. Aymar Achille-Fould, député UDF, insistait ainsi : « par le texte qui vous est soumis et qu'il me semble très important de voir voter à l'unanimité de ses membres, car il domine nos divergences ou nos différences politiques, le Parlement français donnera au peuple de ce pays et aux peuples qui l'entourent un exemple de civilisation qui l'honorera et le grandira »³⁸³. Michel Rocard, alors député socialiste, poursuivait : « nous voici saisis d'un texte qui pourrait – du moins je le souhaite – faire l'unanimité de cette Assemblée [...]. Il est donc d'une importance considérable », « il faudrait que l'effort que nous allons faire, tous associés dans un même combat contre ce fléau dangereux qu'est le racisme, se traduise par des interventions convergentes dans tous les domaines de notre législation »³⁸⁴. Le panache rhétorique virant opportunément au ralliement, cet idéal se concrétisa dans les suffrages et le projet fut adopté à l'unanimité. Force est

³⁸² Le détail des positions des groupes parlementaires peut être résumé comme suit : pour la loi du 30 décembre 2004 (favorables : groupes UMP et Union centriste ; s'abstiennent : groupes SRC, GDR et Verts) ; pour la loi 11 février 2005 (favorables : groupes UDF, UMP et RDSE ; défavorables : groupes CRC et Socialiste) ; pour la loi du 31 mars 2006 (favorables : groupes UMP, Rassemblement démocratique et social européen ; défavorable : groupe Socialiste ; s'abstiennent : groupes UC-UDF et Gauche Républicain Citoyen) ; pour la loi du 29 mars 2011 (favorables : groupes UMP et Nouveau-centre ; défavorables : groupes Socialiste, radical et citoyen et Gauche démocrate et républicaine).

³⁸³ JORF, AN, Séance du 7 juin 1972, p. 2281.

³⁸⁴ *Idem*, p. 2289.

de constater que cette dimension consensuelle ne fut qu'un coup d'éclat en matière de non-discrimination³⁸⁵, en dépit des appels ponctuels formulés en ce sens par certains parlementaires³⁸⁶.

88. La compétence et la pluralité des auteurs intellectuels qui interviennent au cours du processus d'élaboration du texte peuvent constituer des garanties procédurales qui contribuent à sa qualité, que ces auteurs soient parlementaires ou experts et membres de la société civile sollicités par les parlementaires. La vérification de cette assertion repose toutefois sur la compatibilité des volontés. Si les auteurs visent ensemble la lutte contre les discriminations, alors il sera possible de supposer une linéarité entre pluralité des opinions, collaboration des auteurs intellectuels, amélioration du texte, convergence – idéalement consensus – sur le vote du texte et, une fois entériné, acceptation et application par les acteurs chargés de sa mise en œuvre. Or, présupposer que les différentes forces en présence partagent nécessairement pour objectif commun la lutte contre les discriminations lorsqu'elles élaborent les textes revient, dans une certaine mesure, à pêcher par excès de naïveté. Au-delà des modalités d'élaboration de la règle de droit et de délibération entre auteurs intellectuels, surgit la problématique délicate de la conciliation de leurs volontés, potentiellement conflictuelles.

B. Intentions des auteurs et objectifs de la règle de droit antidiscriminatoire

89. Dès lors qu'est en cause un processus réformiste en droit de la non-discrimination, la tentation de présumer l'intention des auteurs de lutter contre les discriminations est forte. Cette présomption conduit à penser que la réalisation et la qualité du droit de la non-discrimination

³⁸⁵ Pour un point de comparaison, la tradition parlementaire canadienne liée aux droits de la personne est relativement intéressante. Comme le soulignait John Tory, *leader* de l'opposition officielle en 2006 lors de l'adoption du *Bill 107* portant réforme du Code ontarien des droits de la personne – la plus importante depuis son adoption en 1962 –, la coopération interpartisane constitue une qualité procédurale ayant jusqu'alors marqué l'adoption des dispositions du droit de la non-discrimination (« *I talk about good traditions, I talk about the tradition that has existed throughout time. I referred in the speech I gave earlier on this subject [...] to the fact that in years gone by there was great care taken to make sure there was multi-party co-operation on the development and passage of human rights legislation* », Legislative Assembly of Ontario, Parliamentary Debates, Monday 4 December 2006, [URL : <http://www.ontla.on.ca>]). Loin d'être spécifique à l'Ontario, cette caractéristique a marqué l'ensemble des grandes réformes canadiennes du droit de la non-discrimination des années soixante et soixante-dix. Et si les modifications législatives se font relativement rares depuis, la plus importante réforme québécoise des années 2000, relative à l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics fut, elle aussi, singularisée par une adoption à l'unanimité et un processus d'amendement du texte axé sur une réelle collaboration (v. *Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics*, RLRQ c A-2.01). Jean-Sébastien Lamoureux, au nom de l'opposition officielle de l'époque concluait les débats en précisant que « si on veut convaincre nos concitoyens et nos concitoyennes de faire preuve d'ouverture, [...] c'est important qu'au niveau de l'Assemblée nationale on envoie un message fort, un message unanime » (Journal des débats de l'Assemblée nationale, vendredi 1 décembre 2000, vol. 36, n° 146).

³⁸⁶ En ce sens, v. les propos de Sylvia Pinel (députée groupe radical, républicain, démocrate et progressiste) *in* JORF, mercredi 26 mars 2008, n° 15 [2], AN, (CR), p. 937 au moment de l'élaboration de la loi du 27 mai 2008 : « les objectifs poursuivis par ce texte ne peuvent que recueillir le consensus de notre assemblée – du moins, je l'espère – puisqu'il s'agit de renforcer notre arsenal juridique pour mieux lutter contre les discriminations. Ce doit être aussi pour nous l'occasion de réaffirmer les principes républicains d'égalité et de laïcité ».

seraient nécessairement les finalités souhaitées par les auteurs. En cas d'adhésion à ces objectifs au sein de l'hémicycle, la collaboration y trouverait sa force motrice pour converger vers un texte rationnellement pensé à cette fin (1). Un brin de scepticisme conduit néanmoins à envisager l'hypothèse inverse, selon laquelle certains auteurs attribueraient à la règle de droit des finalités autres, y compris engendrer les conditions faisant échec à la lutte contre les discriminations (2).

1) La lutte contre les discriminations comme finalité supposée

90. S'avancer sur le terrain de l'intention des auteurs de la règle de droit oriente l'analyse vers un propos particulièrement propice à la spéculation³⁸⁷. Considérant toutefois la nécessité de la tâche, les aléas de la divination pourraient être atténués en recourant à un faisceau d'indices permettant d'objectiver – dans la mesure du possible – les attentes des auteurs intellectuels, sans se borner à la simple analyse des énoncés³⁸⁸. Ce faisceau d'indices peut notamment prendre en compte la rhétorique des auteurs, les fondements et la nature des critiques opposées en écho qui permettent d'éprouver ce discours, l'adéquation entre la rhétorique des auteurs et les moyens mis en œuvre (*e.g.* renforcement du dispositif, innovation juridique), ainsi que la source d'impulsion de la réforme (*e.g.* initiative gouvernementale, parlementaire, obligations internationales). Considérer les travaux préparatoires au prisme de cette grille de lecture – si perfectible soit-elle – contribue à la révélation des lois qui obéissent manifestement à une volonté de lutte contre les discriminations. La loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations offre, à cet égard, une illustration significative, proche de l'archétype.

91. L'analyse des discours permet tout d'abord d'identifier de manière non équivoque l'objectif assigné à la proposition de loi par les auteurs du texte initialement présenté à l'Assemblée nationale. Le rapporteur précisait en première lecture : « notre proposition vise donc à participer efficacement

³⁸⁷ En ce sens, v. PORTA, J., *La réalisation du droit communautaire*, *op. cit.*, p. 463-464 : « Le caractère indécidable de la "volonté du législateur" interdit de concevoir celle-ci comme un donné immédiatement observable pour l'évaluation ». La multiplicité des auteurs intellectuels ainsi que leur intervention tout au long de la procédure d'élaboration du texte, de sa première ligne à son dernier amendement, constituent en effet de sérieux obstacles à l'identification et à la hiérarchisation de leurs volontés, elles-mêmes possiblement contradictoires. En ce sens, v. CHAMPEIL-DESPLATS, V. et MILLARD, É., « Efficacité et énoncé de la norme », *op. cit.*, p. 71 : « bien souvent, la détermination de cette intention ainsi que du ou des objectifs qu'ils poursuivent s'avère délicate : en cas d'objectifs pluriels et contradictoires qui n'ont été surmontés que par la nécessité et les vertus d'un vote à la majorité, lequel privilégier ? ».

³⁸⁸ *Ibidem* : « De ce fait, l'évaluation de la réalisation d'un acte communautaire implique, à partir de son énoncé, d'objectiver les attentes normatives de son auteur. [...] L'objectivisation de ces attentes reste bien soumise à l'indétermination sémantique de l'énoncé juridique qui interdit de croire que la seule contemplation du texte suffise à en révéler la signification ». Ce travail d'objectivisation – toujours perfectible – peut prendre pour fondements des objets de déductions dégagés des débats préparatoires, des notes ministérielles ou du contexte politique et social – bribes de données factuelles mais à la représentativité nécessairement partielle.

à la lutte quotidienne contre les discriminations »³⁸⁹. Cette proclamation intervenant toutefois en amont de la phase d'amendement et des potentielles contributions des parlementaires, une zone d'ombre persistait sur les intentions de ces contributeurs qui, en cas d'influence réelle sur l'énonciation des dispositions, auraient également pu être perçus comme auteurs intellectuels. Sur ce point, outre le ralliement des groupes communiste et écologiste³⁹⁰, les groupes de l'opposition, UDF et RPR, ajoutèrent explicitement leurs voix en soutien de « l'exigence d'égalité »³⁹¹, « aux valeurs de la République et à la lutte contre les discriminations »³⁹². De telle manière que, ne serait-ce que sur le plan rhétorique, « il est donc bien évident que la lutte contre les discriminations ne fait pas problème dans son principe [...] tout cela dans un climat de bonne volonté générale, tant le sujet prête à consensus pour le législateur »³⁹³.

92. Ce valeureux discours, même recouvert de la force de l'unanimité, ne parvint pas à emporter l'adhésion des groupes UDF et RPR lors du vote. Ces derniers expliquaient leur suffrage par un désaccord sur le choix des moyens à mettre en œuvre. Plusieurs éléments étaient contestés. L'ouverture des actions de substitution aux syndicats était d'abord considérée comme abusive en l'absence d'autorisation expresse de la victime du fait d'un mandat implicite³⁹⁴. La traditionnelle *summa divisio* public/privé fut ensuite dénoncée comme servant de support à l'exemption commode de l'État vis-à-vis d'obligations pourtant imposées aux employeurs privés³⁹⁵. Plus largement, était

³⁸⁹ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Archives de la XI^{ème} législature, Les comptes rendus*, 1^{ère} séance du jeudi 12 octobre 2000, en ligne [URL : <http://www.assemblee-nationale.fr>].

³⁹⁰ *Ibidem*. V. les interventions de Maxime Gremetz et de Jean-Michel Marchand.

³⁹¹ *Ibidem*. Rudy Salles, pour le groupe UDF : « Le groupe UDF, famille de pensée humaniste, ne peut être que sensible à cette proposition de loi. [...] Nous sommes fiers de vivre dans un pays qui affirme de cette manière l'exigence d'égalité et qui la traduit dans sa législation ».

³⁹² Thierry Mariani, pour le groupe RPR, précisant que les députés de l'opposition étaient particulièrement « attachés aux valeurs de la République et à la lutte contre les discriminations », *in ibidem*.

³⁹³ Gilbert Chabroux (sénateur socialiste) *in* SÉNAT, *Travaux parlementaires. Compte rendu intégral*, Séance du 9 janvier 2001, p. 6 et s.

³⁹⁴ V. not. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, I, A, 1).

³⁹⁵ Au sujet de l'absence de remise en cause des emplois fermés aux étrangers dans la fonction publique, v. Thierry Mariani (députée RPR) *in* ASSEMBLÉE NATIONALE, *Compte rendu analytique*, 1^{ère} séance du jeudi 12 octobre 2000, présidence de M. Pierre Lequiller, archives de la XI^e législature [URL : <http://www.assemblee-nationale.fr/11/cra/2000-2001/2000101209.asp>] : « ce texte ne s'applique qu'au secteur privé. L'État, premier employeur de France, s'en exonère... Mme la ministre a parlé de l'immigration. Mais c'est la fonction publique qui applique la préférence nationale. Si vous êtes si préoccupée d'intégrer les immigrés, ouvrez-leur les emplois de fonctionnaires ! [...] Évidemment, cela provoquerait quelques réticences chez vos électeurs. Mais vous ne serez crédible que lorsque vous imposerez les mêmes obligations au public et au privé. [...] Ce texte est certes généreux et sympathique. Au mieux il n'aura aucun effet, au pire il multipliera les contentieux. Personnellement, je choisis l'abstention, mais une abstention négative ». V. encore l'intervention de Pierre Cardo (député RPR) : « Qui, en 1990, a fait voter une loi légalisant la discrimination dans la fonction publique ? Qui a interdit aux collectivités locales et aux entreprises publiques de recruter des étrangers sauf en contrat précaire ? Qui a seul la prérogative de maintenir les étrangers dans les contrats à durée déterminée sinon l'État ? Et qui critique ces mêmes contrats lorsqu'ils sont utilisés dans le privé, encadrés par le droit du travail ? Ceux-là mêmes qui veulent accorder le droit de vote aux immigrés ne les laissent pas devenir acteurs à part entière des services publics ! [...] Ainsi, dans le privé, la précarité est immorale et dans le public elle serait une chance ! ». Au sujet des emplois fermés aux étrangers et également de l'obligation d'emploi de personnes en situation de handicap, v. aussi les interventions de Anicet Turinay (député RPR) et de Jean Auclair (député RPR) : « Et quand cesserez-vous d'imposer au secteur privé ce que vous n'exigez pas du secteur public ? [...] Quand ces mesures seront-elles applicables aux

dénoncé le procès d'intention et la stigmatisation du patronat, notamment en raison de l'aménagement de la charge de la preuve. Contrairement aux critiques formulées lors de l'élaboration de la loi du 27 mai 2008 et de la loi organique du 29 mars 2011, aucun argument ne fut cependant opposé aux défenseurs du texte allant dans le sens d'une remise en cause de leur intention de lutter effectivement, par les dispositions envisagées, contre les discriminations.

93. Quant à l'adéquation entre la rhétorique des auteurs et les moyens mis en œuvre, elle révèle une incontestable cohérence. Nul doute n'est en effet permis sur l'importance des mesures envisagées en vue du renforcement du droit de la non-discrimination par la loi du 16 novembre 2001, qu'il s'agisse de l'extension de la prohibition de la discrimination dans l'emploi, de l'ajout des nombreuses caractéristiques protégées (apparence physique, patronyme, orientation sexuelle, âge), de la mise en place d'un aménagement de la charge de la preuve³⁹⁶, d'actions de substitution pour les associations et les syndicats³⁹⁷, ou encore de la codification des dispositions. Si des progrès supplémentaires auraient éventuellement pu figurer dans le texte final, l'apport de ces seules mesures à la lutte contre les discriminations est des plus manifestes.

94. Pour confirmer la noblesse de l'intention affichée, non contestée et soutenue par des moyens crédibles, il importe enfin de s'attacher au volontarisme et à la source de l'initiative. Pour la loi du 16 novembre 2001, ce volontarisme est d'abord imputable à une impulsion amorcée par les instances de l'Union européenne, qui enjoignaient aux autorités nationales de transposer plusieurs directives. La transposition de l'aménagement de la charge de la preuve en droit civil pour les contentieux liés à la discrimination sur le fondement du sexe devait être opérée avant le 1^{er} janvier 2001, et avant le 19 juillet 2003 concernant la discrimination sur le fondement de la prétendue race et de l'origine ethnique. Pour le rapporteur du texte, cette transposition constituait l'objet de la proposition de loi³⁹⁸. Force est de constater que cette impulsion fut, cependant, prolongée par un élan politique national complémentaire. De nombreuses mesures vinrent s'ajouter au corpus issu du droit communautaire. Furent ainsi introduits en supplément de nouvelles caractéristiques protégées, un aménagement de la charge de la preuve plus favorable que celui envisagé par les directives 1997/80/CE et 2000/43/CE³⁹⁹, l'instauration de l'action de substitution des associations

collectivités territoriales, à la fonction publique hospitalière ? C'est à croire que les comportements discriminatoires n'existent que dans le secteur privé ! Et pourtant... La fonction publique ne réserve-t-elle pas ses emplois statutaires aux nationaux ? Je regrette que l'article 8 ne rétablisse pas l'égalité entre les secteurs privé et public ».

³⁹⁶ Sur cette question, v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, I, not. A.

³⁹⁷ V. sur ce point, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, I.

³⁹⁸ Gilbert Chabroux (sénateur socialiste) in SÉNAT, *Travaux parlementaires. Compte rendu intégral*, Séance du 9 janvier 2001, *op. cit.*

³⁹⁹ Ce point ayant précisément cristallisé l'opposition entre l'Assemblée nationale et le Sénat. Les directives européennes précisant que la victime alléguée « établit [...] les faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination » quand la loi du 16 novembre 2001 lui préfère la formulation suivante : la victime alléguée « présente les éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination ».

et syndicats, un élargissement des compétences du Fonds d'action social, un encadrement des candidatures à l'institution prud'homale, ou encore l'introduction d'une base légale au service d'accueil téléphonique gratuit de prévention contre les discriminations raciales. Le rapprochement du discours et des moyens mis en œuvre tend, dès lors, à corroborer une volonté des auteurs intellectuels de légiférer en vue de renforcer l'efficacité de la lutte contre les discriminations, par l'adoption de mesures ayant prétention à lever certains verrous persistants.

95. Outre les premières lois ayant marqué l'amorce du droit de la non-discrimination en France (*e.g.* loi Pleven de 1972, loi du 16 novembre 2001), les actions positives et mesures préférentielles adoptées en parallèle en droit de l'égalisation⁴⁰⁰ illustrent également une volonté manifeste de réduction des inégalités. Le volontarisme de leurs auteurs ne peut que difficilement être mis en cause. D'une part, la rhétorique et les objectifs affichés sont généralement clairs. D'autre part, ces mesures ne résultent jamais d'une obligation internationale ou communautaire⁴⁰¹. Un léger scepticisme peut émerger, tout au plus, lorsque les moyens envisagés pour réaliser la mesure phare (*e.g.* représentation des femmes dans l'emploi ou au sein des institutions politiques) sont conçus de manière pusillanime. La relative timidité des sanctions envisagées par 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 électives⁴⁰² nuance ainsi l'intention des auteurs de réaliser pleinement le principe d'égalité par ce biais⁴⁰³. Le dispositif retenu s'apparente davantage à un compromis qui tiendrait compte d'un habitus politique qu'il conviendrait de faire évoluer en douceur. L'élan de lutte contre les inégalités est alors entravé et les objectifs rhétoriques se trouvent modérés par les moyens posés en vue de leur réalisation.

⁴⁰⁰ À dissocier du droit de la non-discrimination tel qu'entendu dans cette étude. Pour rappel : le droit de la non-discrimination est entendu comme un objet juridique transverse qui réalise l'égalité par l'organisation d'un contrôle prioritaire de certaines inégalités apparentes de traitement afin d'en apprécier *in concreto* la justification ; le droit de l'égalisation réalise l'égalité par l'adoption de mesures visant l'égalisation concrète des conditions de jouissance et d'exercice des droits, par exemple par le biais de mesures préférentielles et actions positives. Sur ce point, v. introduction. En prolongement, sur le lien existant entre le droit de la non-discrimination et les actions positives et mesures préférentielles, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, II, A et C).

⁴⁰¹ *E.g.* Les directives européennes se contentent d'inciter les États à mettre en place des mesures correctrices : « pour assurer la pleine égalité dans la pratique, 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 la race ou à l'origine ethnique » (art. 5 de la directive 2000/43/CE).

⁴⁰² Article 9-1 de la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique : « Lorsque, pour un parti ou un groupement politique, 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 deuxième alinéa de l'article 9, dépasse 2 % du nombre total de ces candidats, le montant de la première fraction qui lui est attribué en application des articles 8 et 9 est diminué d'un pourcentage égal à la moitié de cet écart rapporté au nombre total de ces candidats ».

⁴⁰³ Sur la réalisation de l'égalité par la dérogation à l'isonomie, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, II, C et Section 3, II.

96. Loin d'être systématiquement imputable à un manque d'audace, la faible contribution de certains textes est parfois dictée par une volonté des auteurs intellectuels qui orchestrent la mise en échec de la lutte contre les inégalités ou les discriminations. En droit de la non-discrimination, les lois du 27 mai 2008 et du 29 mars 2011 illustrent cette dernière hypothèse.

2) La mise en échec de la lutte contre les discriminations comme stratégie récurrente

97. Pour esquisser la volonté des auteurs intellectuels de la loi du 27 mai 2008, un faisceau d'indices peut à nouveau être mobilisé, insistant en particulier sur l'initiative de la loi, les modalités procédurales de son adoption, la contribution qu'elle apporte au dispositif existant, ou encore son intelligibilité en vue d'une appropriation plus aisée par les victimes de discrimination.

98. Concernant l'initiative de la mesure, loin des impulsions spontanées, il fallut attendre deux mises en demeure pour défaut de transposition et un avis motivé de la Commission européenne avant que le projet de loi ne finisse par échouer sur le bureau de la chambre basse le 19 décembre 2007. En écho à ces événements, l'intention principale des auteurs de la réforme fut assumée comme étant, non pas la lutte contre les discriminations, mais la nécessité de « se mettre à l'abri de procédure judiciaire avant la présidence française » du Conseil de l'Union européenne, de juillet à décembre 2008. Cet objectif fut explicitement confirmé par la rapporteure du texte⁴⁰⁴ et la secrétaire d'État à la solidarité⁴⁰⁵. Après une réticence prolongée, c'est par conséquent « contrainte et forcée »⁴⁰⁶ que la France enrichissait le droit de la non-discrimination par la loi du 27 mai 2008⁴⁰⁷.

99. Sur le plan procédural, le traitement parlementaire du projet de loi fut pour le moins hâtif. Contrairement à la proposition de loi de 2001, où la collaboration parlementaire avait été mise à l'honneur⁴⁰⁸, les possibilités de débat furent ici expédiées sans ambages. Le projet de loi fut discuté en Commission la veille de la suspension des travaux de l'Assemblée nationale pour être examiné

⁴⁰⁴ SÉNAT (DINI, M.), *Rapport n° 253, op. cit.*, p. 6.

⁴⁰⁵ Nadine Morano *in* JORF, jeudi 10 avril 2008, n° 24, S (CR), p. 1590, 1594, 1595 et 1600.

⁴⁰⁶ Christophe Caresche (député socialiste) *in* JORF, mercredi 26 mars 2008, n° 15 [2], AN, (CR), p. 927 : « si ce projet de loi comporte des dispositions qui vont dans le bon sens, c'est bien parce que la Commission européenne a mis la France en demeure de transposer les directives communautaires [...]. Toutefois, le résultat de ces transpositions est loin d'être satisfaisant, et même inquiétant. Face à ce travail inachevé, on a le sentiment que la France ne s'y résout que contrainte et forcée ».

⁴⁰⁷ V. encore Pascale Crozon (députée socialiste) *in idem*, p. 934 : « les procédures engagées contre nous par la Commission européenne [sont] la seule raison pour laquelle nous discutons aujourd'hui de ce texte ».

⁴⁰⁸ En ce sens, Louis Souvet (sénateur UMP), rapporteur sur le texte pour la Commission des affaires sociales, soulignait : « la poursuite du processus législatif a pu trouver tout son sens, puisqu'elle a rendu possible une confrontation des opinions qui, loin d'opposer des certitudes, a permis à plusieurs reprises des aménagements et des compromis qui font honneur à notre démocratie ». V. SÉNAT, Séance du 9 janvier 2001, Compte rendu intégral de la 1^{ère} lecture.

le jour même de la reprise⁴⁰⁹. La procédure accélérée ne permit, par ailleurs, que la tenue d'une séance par lecture et d'une seule lecture par chambre avant que soit réunie la Commission mixte paritaire. Ce cheminement procédural trahissait manifestement « le désir d'en finir rapidement »⁴¹⁰, quitte à faire « vite et mal »⁴¹¹. Comme le souligne Martine Pinville, il était en résumé question de légiférer « dans l'urgence tout en transposant avec retard, ce qui est pour le moins paradoxal »⁴¹². Tout débat susceptible de permettre l'enrichissement et le perfectionnement du texte fut soigneusement évité, en dépit de la rédaction extrêmement médiocre du projet⁴¹³, qui fixait au demeurant des garanties en deçà des impératifs communautaires.

100. Au-delà de l'initiative du projet et de ses modalités procédurales d'adoption, l'apport de la loi du 27 mai 2008 se borne, sur le fond, à une transposition *a minima* des directives européennes. Non seulement tout renforcement supplémentaire des dispositions communautaires fut refusé, mais la portée de quelques dispositions transposées fut même atténuée. Pour Marie-George Buffet, députée communiste : « deux procédés ont été alternativement utilisés au cours de ce débat pour empêcher tout progrès significatif dans la lutte contre les discriminations : à plusieurs reprises, on [...] a affirmé qu'il fallait s'en tenir à la transposition des directives ; à d'autres moments, le Gouvernement a au contraire montré sa volonté de ne pas tenir compte de l'avis de la Commission européenne »⁴¹⁴. La définition de la discrimination directe fut ainsi transposée à la suite d'une interprétation restrictive conduisant à substituer au conditionnel (« ne l'est, ne l'a été ou ne *l'aurait* été ») le futur antérieur (« ne l'est, ne l'a été et ne *l'aura* été »)⁴¹⁵. Cette nuance, qui détermine la temporalité du traitement défavorable, restreint – ne serait-ce que dans la signification sémantique de l'énoncé⁴¹⁶ – la possibilité d'établir la similitude des situations par le recours à des comparaisons hypothétiques. Une exception à l'interdiction de la discrimination fut également ajoutée dans le domaine de l'éducation, entérinant l'organisation d'enseignements par regroupement des élèves en fonction de leur sexe.

⁴⁰⁹ V. Lionel Tardy (député UMP) in JORF, mercredi 26 mars 2008, n° 15 [2], AN, (CR), p. 936. V. encore Nicolas About (sénateur social-démocrate) in SÉNAT, *Compte rendu analytique officiel*, jeudi 15 mai 2008, p. 32.

⁴¹⁰ Annie David (sénateur communiste) in JORF, jeudi 10 avril 2008, n° 24, S (CR), p. 1600.

⁴¹¹ Martine Billard (députée divers gauche), JORF, mercredi 26 mars 2008, n° 15 [2], AN, (CR), p. 921.

⁴¹² ASSEMBLÉE NATIONALE (VASSEUR, I.), *Rapport fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi n° 514, op. cit.*, p. 20.

⁴¹³ En ce sens, v. Josiane Mathon-Poinat (sénatrice communiste) in SÉNAT, *Compte rendu analytique officiel*, jeudi 15 mai 2008, p. 31 et Martine Pinville (députée socialiste) in JORF, mercredi 26 mars 2008, n° 15 [2], AN, (CR), p. 920.

⁴¹⁴ JORF, mercredi 26 mars 2008, n° 15 [2], AN, (CR), p. 957.

⁴¹⁵ Nous soulignons.

⁴¹⁶ Les juges demeurent évidemment libres de lui conférer une signification normative plus souple.

101. Enfin, et surtout, la loi du 27 mai 2008 contribua à la complexification, à l'illisibilité et à l'inaccessibilité du droit de la non-discrimination⁴¹⁷ pour un ensemble de raisons déjà évoquées (*e.g.* codification partielle, non-généralisation de la définition de discrimination, non-harmonisation des motifs protégés, hiérarchisation des motifs en fonction des champs d'application)⁴¹⁸. Les amendements proposés qui avaient pour objectif affiché la mise en cohérence du droit se virent opposer en écho les propos de la secrétaire d'État chargée de la solidarité qui, à de multiples reprises, considéra qu'ils devaient être rejetés dans la mesure où ils n'étaient « pas [nécessaires] pour [s']acquitter [des] obligations de transposition »⁴¹⁹. Au Sénat, le rapporteur rétorquait avec un détachement similaire : « nous constatons que l'Europe n'en finit pas de légiférer sur les discriminations et, bien entendu, nous pouvons imaginer que, dans très peu de temps, une nouvelle directive sera adoptée sur ce sujet ! Il me semble donc préférable d'attendre la prochaine directive et d'essayer d'y intégrer toutes les dispositions que vous avez proposées aujourd'hui⁴²⁰, dont nous pouvons approuver le principe, mais qu'il n'est pas opportun, me semble-t-il, de faire figurer dans le présent texte »⁴²¹. Les propos tenus par Josiane Mathon-Poinat en réaction possèdent une certaine vertu synthétique : « il n'y a pas de souffle humaniste ! C'est la regrettable conséquence d[un] entêtement à n'appréhender le sujet que sous un angle technique, à décréter une urgence que rien n'imposait et à refuser de recevoir des associations qui auraient eu bien des choses à [...] dire »⁴²².

102. Pour l'ensemble de ces raisons, la loi du 27 mai 2008 ne saurait être présentée comme la résultante d'une volonté de contribuer significativement à la lutte contre les discriminations⁴²³. Les motivations des auteurs intellectuels se révèlent au contraire étrangères à cet impératif, qui se trouve finalement entravé par les carences d'intelligibilité d'un texte qui ne procède qu'à « une

⁴¹⁷ V. SÉNAT (DINI, M.), *Rapport n° 253, op. cit.*, p. 7 : « d'une manière générale, le projet de loi pose donc un problème d'accessibilité du droit ».

⁴¹⁸ V. Marie-George Buffet (députée communiste) *in* JORF, mercredi 26 mars 2008, n° 15 [2], AN, (CR), p. 932 ou encore SÉNAT (DINI, M.), *Rapport n° 253, op. cit.*, p. 5 : « le texte se contente en effet de répondre un à un aux griefs de la Commission européenne en juxtaposant les définitions et les interdictions, rendant le droit applicable difficilement intelligible ».

⁴¹⁹ Valérie Létard *in* JORF, 26 mars 2008, n° 15 [2], AN (CR), 2008, p. 942.

⁴²⁰ Rejets successifs, au Sénat, des amendements n°s 14, 37, 15, 16 et 38, à l'Assemblée nationale, des amendements n°s 58, 22, 2, 54, 16, 25, 60, 17, 20 et 26. V. JORF, 26 mars 2008, n° 15 [2], AN (CR), 2008, p. 941-943 et JORF, 10 avril 2008, n° 24, S (CR), 2008, p. 1599-1600.

⁴²¹ Muguette Dini (sénatrice centriste) *in* JORF, 10 avril 2008, n° 24, S (CR), 2008, p. 1601.

⁴²² SÉNAT, *Compte rendu analytique officiel*, jeudi 15 mai 2008, p. 31.

⁴²³ V. SÉNAT, *Compte rendu analytique officiel*, jeudi 15 mai 2008 : « par sa forme et les dispositions qu'il contient, ce texte ne constituera pas une avancée majeure dans la lutte contre les discriminations. [...] il n'est en aucun cas le fruit d'une volonté du Gouvernement de répondre concrètement au phénomène des discriminations ».

transposition minimaliste, parfois à contrecœur et sans ambition, dessinant un paysage inutilement complexifié »⁴²⁴.

103. La loi organique du 29 mars 2011 se révèle toute aussi propice au questionnement des motivations de ses auteurs. L'intérêt porte ici sur le seul volet « discrimination » de cette réforme générale et, plus particulièrement, sur l'effet recherché par l'absorption du mandat de la HALDE au sein du Défenseur des droits. Au moment de la réforme, la HALDE voyait non seulement croître le nombre de réclamations de manière exponentielle depuis sa création en 2005 mais, en outre, elle était particulièrement saluée pour son action par les associations et relativement bien identifiée du public⁴²⁵. Une telle réforme ne pouvait dès lors se prévaloir d'une inefficacité de l'organisme en cause. Sans qu'il ne soit question de faire le procès du Défenseur des droits, ne peuvent pour autant être écartés les arguments qui corroborent la thèse d'une mesure-sanction venant précisément frapper un organisme ayant durant six années marqué son goût pour un engagement très – trop ? – proactif⁴²⁶. Sans nécessiter le recours à un faisceau d'indices, la seule considération du contexte politique et de la rhétorique des auteurs suffit à discerner une volonté d'entraver la lutte contre les discriminations.

104. Comme il a été souligné dans les travaux préparatoires, le volontarisme de la HALDE a, tout d'abord, été perçu par certains comme une menace en ce qu'il faisait fi tant des intérêts politiques du pouvoir exécutif en place⁴²⁷ que des intérêts économiques de grandes entreprises⁴²⁸. Les sujets caractérisés par une confrontation directe au pouvoir exécutif furent en effet nombreux. Il s'agissait, entre autres, de l'opposition aux tests ADN pour les candidats au regroupement familial en 2007⁴²⁹, de l'opposition à la refonte du régime de prescription ou à la condition de résidence de

⁴²⁴ MINÉ, M., « Discrimination : une transposition laborieuse... », *RDT*, 2008, p. 532. V. encore MEDARD INGHLITERRA, R., « L'intelligibilité par l'harmonisation des définitions de la discrimination en droit interne », *op. cit.*, p. 177-179.

⁴²⁵ Selon Richard Yung, sénateur socialiste, 83 % des Français connaissaient l'existence et le mandat de la HALDE. V. JORF, jeudi 3 juin 2010, n° 54, S (CR), p. 4 344. Ce chiffre doit néanmoins être nuancé. V. en ce sens HALDE, *Rapport annuel d'activité 2009*, Paris, La Documentation française, 2010, p. 36 ou encore COUR DES COMPTES, *Le Défenseur des droits : mission et gestion*, 2014, p. 58.

⁴²⁶ BORRILLO, D. et CHAPPE, V-A., « La Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité : un laboratoire juridique éphémère ? », *RFAP*, n° 139, 2011/3, p. 369-380. En ce sens, v. encore DUPRÉ DE BOULOIS, X., *Droits et libertés fondamentaux*, *op. cit.*, p. 245 et CHAPPE, V-A., *L'égalité en procès : sociologie politique du recours au droit contre les discriminations au travail*, *op. cit.*, p. 288-303 (not. sur les répercussions, ici non-évoquées, de la gestion interne de l'affaire « Baby Loup », p. 291-294).

⁴²⁷ Louis Mermaz (sénateur socialiste) in JORF, jeudi 3 juin 2010, n° 54, S (CR), p. 4347 : « La HALDE a traité, sur le front des discriminations, où il reste tant à accomplir, des milliers de réclamations par an et s'est opposée à la pratique des tests ADN sur les migrants. Autant dire que ces autorités indépendantes ont souvent fait tomber le masque d'un pouvoir autocratique. Le coup que le Gouvernement est en train de leur porter est à la hauteur du devoir qu'elles ont accompli ».

⁴²⁸ E.g. BNP Paribas et Airbus. Soulignés par Nicole Borvo Cohen-Seat (sénatrice communiste) in JORF, mercredi 2 février 2011, n° 10, S (CR), p. 665-666 et JORF, vendredi 11 mars 2011, n° 25, S (CR), p. 2069.

⁴²⁹ En ce sens, Noël Mamère (député écologiste) in JORF, mercredi 12 janvier 2011, n° 1, AN (CR), p. 26 : « en ce qui concerne la HALDE, la situation est pour le moins limpide. Il s'agit, purement et simplement, d'une punition infligée

cinq ans en vue de l'octroi du RSA pour les étrangers non communautaires en 2008, de la dénonciation des discriminations institutionnelles à l'égard des gens du voyage en 2009, ou encore de la fermeture de certains emplois publics aux étrangers non communautaires en 2010⁴³⁰. Les tentatives successives de la majorité de l'époque visant à restreindre le budget de la HALDE ne peuvent non plus être négligées : de 2,7 millions d'euros en 2006, de 527 000 euros en 2009, d'un million d'euros en 2010 et de 344 358 euros en 2011⁴³¹. L'absorption de la HALDE fut dans ces circonstances perçue comme une mesure qui trahissait une volonté de « faire taire des voix indépendantes et diminuer les moyens budgétaires de la lutte contre les discriminations »⁴³². Daniel Borrillo et Vincent-Arnaud Chappe relevaient en ce sens : « tout à coup, on se rendait compte que la création d'une autorité en charge d'aider les victimes de discriminations impliquait, d'une façon ou d'une autre, la recherche symétrique de coupables ou la mise en cause de règles produisant des effets discriminants. La bonne volonté antidiscriminatoire [fut] ainsi mise à l'épreuve des conséquences d'une véritable politique de lutte contre les discriminations [...] illustrant le constat souvent fait qu'en France la lutte contre les discriminations n'est légitime que pour autant qu'elle reste au niveau discursif »⁴³³.

105. Une attention spécifique accordée à l'instigateur de la réforme laisse surtout émerger un détail significatif. C'est le rapporteur du texte, Patrice Gélard, qui avait personnellement proposé l'intégration de la HALDE au sein du Défenseur des droits⁴³⁴, alors que le projet de loi ne prévoyait rien de tel et suivait sur ce point les recommandations de l'étude d'impact⁴³⁵. Membre de la majorité, ce sénateur était l'un des douze signataires de la proposition de loi n° 2962 visant à supprimer la HALDE par l'abrogation pure et simple de la loi du 30 décembre 2004. En raison de sa virulence et d'un exposé des motifs pour le moins évocateur, cette proposition de loi corrobore l'existence d'un lien de causalité entre sanction et intégration de la HALDE au sein du Défenseur des droits.

à une institution qui avait fini par irriter la majorité et le plus [haut] niveau de l'État. Rappelons les déclarations du président de la commission des lois du Sénat [Jean-Jacques Hiest] qui, en mars 2010, justifiait les critiques contre la HALDE : "Ils se sont mis au-dessus du Parlement et du Conseil constitutionnel, en 2007, dans l'affaire des tests ADN imposés aux candidats à l'immigration. Ils ont poussé le bouchon un peu loin" ».

⁴³⁰ Pour une énumération détaillée, v. Jean-Jacques Urvoas (député socialiste) *in* JORF, jeudi 17 février 2011, n° 16 [2], AN (CR), p. 1202-1203.

⁴³¹ *Ibidem*.

⁴³² Noël Mamère (député écologiste) *in* JORF, mercredi 12 janvier 2011, n° 1, AN (CR), p. 24.

⁴³³ BORRILLO, D. et CHAPPE, V.-A., « La Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité : un laboratoire éphémère ? », *op. cit.*, p. 378.

⁴³⁴ Amendement n° 13, déposé lors de l'examen en commission des lois du Sénat, le mercredi 19 mai 2010, sur le projet de loi organique n° 610 (2008-2009) relatif au Défenseur des droits, portant modification de son article 9.

⁴³⁵ L'étude d'impact relative au projet de loi organique relatif au Défenseur des droits précisait, p. 34 : « Il est en revanche proposé, à ce stade, de maintenir deux autorités de création plus récentes, la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, instituée par la loi du 30 décembre 2004, et le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, institué par la loi du 30 octobre 2007. Il paraît en effet préférable de laisser ces institutions développer leurs activités dans le champ qui leur est propre, et de faire un bilan dans quelques années ».

Dans l'exposé des motifs, l'institution était mise en cause car elle était « non seulement illégitime et inutile, mais [...] par-dessus tout, extrêmement coûteuse pour la collectivité ». En référence au développement de la pratique du *testing*⁴³⁶, qui constitue un moyen permettant de révéler l'existence de discriminations, était de surcroît souligné que la HALDE s'était « lancée dans une grotesque chasse aux sorcières, inventant même des discriminations afin de justifier son existence ». Les signataires précisait encore que « la HALDE n'[avait] plus de raison d'être » et qu'il importait de « mettre fin à cette gabegie inutile »⁴³⁷. Il ne semble dès lors pas abusif de soutenir que la loi organique du 29 mars 2011 constituait une mesure-sanction, adoptée en réaction aux investissements personnels et financiers de l'institution et aux résultats d'une lutte efficace contre les discriminations.

106. Ces deux illustrations permettent de mettre en exergue que la volonté des auteurs intellectuels n'est pas systématiquement de réaliser le droit de la non-discrimination par l'activité de production normative. De possibles avancées ont au contraire été freinées (*e.g.* loi du 27 mai 2008) et des institutions efficaces ont été sanctionnées (*e.g.* loi organique du 29 mars 2011) grâce à de nouvelles dispositions pourtant constitutives du droit français de la non-discrimination. Outre les exemples de 2008 et 2011, les débats préparatoires envisagés ci-après de la loi du 18 novembre 2016⁴³⁸, qui a introduit en France les actions de groupe en matière de discrimination, illustrent également cette tendance à la neutralisation de la lutte contre les discriminations, parfois en dépit d'une rhétorique prometteuse. D'une manière plus générale, quelques auteurs, à l'instar de Erhard Blankenburg, ont d'ores et déjà eu l'occasion d'insister sur ce phénomène dans le cadre de leurs recherches portant sur l'efficacité de la loi⁴³⁹.

107. Les considérations exposées ci-dessus illustrent l'importance des qualités organiques du processus d'élaboration du droit auxquelles se réfère Luc Heuschling⁴⁴⁰. La légistique matérielle fournit des préconisations utiles afin de maximiser ces qualités organiques et, à terme, les qualités matérielles des dispositions élaborées. Par contraste, l'analyse rétrospective des carences qui ont

⁴³⁶ Sur ce point, v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, II, A, 2).

⁴³⁷ ASSEMBLÉE NATIONALE (BESSE et *al.*), Proposition de loi n° 2962 visant à supprimer la HALDE, enregistrée le 18 novembre 2010. Certaines critiques suscitérent un écho au sein des parlementaires, not. Jacques Mézard (sénateur rassemblement démocratique et social européen) *in* JORF, jeudi 3 juin 2010, n° 54, S (CR), p. 4333-4334.

⁴³⁸ V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, II.

⁴³⁹ V. not. BLANKENBURG, E., « La recherche de l'efficacité de la loi. Réflexions sur l'étude de la mise en œuvre (Le concept d'"implementation") », *op. cit.*, p. 71 et s. : « les législateurs ne tiendraient pas toujours à une mise en œuvre effective de leurs programmes. La politique implique beaucoup de doubles discours : il se peut que les lois soient votées davantage pour des raisons symboliques qu'en vue d'une mise en œuvre réelle, il est possible qu'elles expriment des intentions différentes au plan des déclarations générales d'intention et à celui de la mise en œuvre et elles peuvent se contredire à chacun de ces niveaux. Il est possible que les décideurs politiques aient prévu ces sortes de barrières et les aient délibérément prises en compte ».

⁴⁴⁰ HEUSCHLING, L., « Effectivité, efficacité, efficience et qualité », *op. cit.*, p. 58.

grevé l'élaboration de plusieurs dispositions antidiscriminatoires met en lumière la contribution ambivalente des auteurs intellectuels du droit de la non-discrimination. En altérant la qualité de la règle élaborée, ces auteurs sont susceptibles de nuire à la conception du droit et, en bout de course, à ses chances de réalisation. Au-delà des influences que possèdent les auteurs intellectuels du droit de la non-discrimination, celles des autorités normatives s'avèrent également perfectibles.

II. Les influences perfectibles des autorités normatives sur l'opposabilité de l'énoncé

108. Les auteurs intellectuels ne sont pas les seuls acteurs impliqués dans le processus d'élaboration du droit. Grâce à leur sanction, des auteurs « juridiques »⁴⁴¹ (e.g. Parlement, ministres) confèrent en complément sa dimension normative à l'énoncé. Celui-ci est ensuite mobilisé par des interprètes authentiques (i.e. juges) qui lui confèrent une signification normative et déterminent plus précisément ses implications concrètes. Ces deux types d'acteurs ont la particularité d'intervenir une fois la disposition juridique formellement élaborée. Son tissu linguistique ainsi que les objectifs qu'elle poursuit ont d'ores et déjà été fixés. L'influence de ces acteurs sur le droit de la non-discrimination est par conséquent à situer ailleurs. Ni dans la lettre ni dans l'esprit, elle réside dans l'opposabilité de la disposition antidiscriminatoire. Les auteurs juridiques impactent d'abord son opposabilité⁴⁴² par leur faculté à déterminer sa valeur juridique, plus ou moins importante. Ils déterminent par conséquent la sphère de sa réalisation. En tant qu'interprètes authentiques, chargés de la détermination des implications concrètes de cette disposition⁴⁴³, les juges définissent en complément son contenu opposable⁴⁴⁴. Une réalisation ambitieuse du droit de la non-discrimination semble alors fonction d'une valeur juridique optimale, à savoir constitutionnelle (A.), et d'une interprétation audacieuse et proactive de l'interprète constitutionnel (B). Là encore, l'analyse laisse poindre quelques carences.

⁴⁴¹ TROPER, M., « Une théorie réaliste de l'interprétation », *op. cit.*, p. 54.

⁴⁴² Sur cette notion, v. ROULHAC, C., *L'opposabilité des droits et libertés*, *op. cit.*

⁴⁴³ MILLARD, É., « Les limites des guides de légistique : l'exemple du droit français », in FLÜCKIGER, A. et GUY-ESCABERT, C. (dir.), *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer. Le rôle des guides de légistique*, Zürich – Bâle, Schulthess, 2008, p. 126 : « si la linguistique a raison de dire que toute signification suppose une interprétation, il est possible que les guides de légistique contribuent à réduire la part indéterminée, mais ils ne la feront jamais disparaître », laissant *in fine* au juge le soin de déterminer la signification de la règle de droit. Plus particulièrement, v. LANQUETIN, M-T., « La double discrimination à raison du sexe et de la race ou de l'origine ethnique », *Migrations Études*, n° 126, 2004, p. 1 : « un texte ne signifie rien par lui-même. Son sens est à constituer, les normes sont à mobiliser pour leur faire produire un sens ».

⁴⁴⁴ Sur l'interprétation des motifs et des types de discrimination, v. plus particulièrement Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

A. Opposabilité et valeur juridique de l'énoncé antidiscriminatoire : l'enjeu de la constitutionnalisation

109. Considérant que la valeur juridique d'une règle de droit conditionne directement le champ de son opposabilité (aux sujets de droit dans leurs relations privées, à l'action de l'administration, à la production législative), elle constitue un facteur essentiel de détermination du périmètre au sein duquel le contenu de la règle de droit aura prétention à se réaliser. Cette valeur se voit essentiellement engendrée par la fonction de l'auteur juridique. La hiérarchie des normes⁴⁴⁵ révèle, en effet, moins une hiérarchie des organes⁴⁴⁶ à qui sont confiées des fonctions qu'une hiérarchie de ces fonctions elles-mêmes⁴⁴⁷. De la sanction d'un texte par le Parlement dérivera sa valeur législative ou constitutionnelle, selon qu'il aura été adopté en session ordinaire ou en Congrès, dans le cadre d'une fonction de législateur ou de pouvoir constituant dérivé. Les décrets signés par le Président de la République en Conseil des ministres ou par les membres du Gouvernement posséderont, quant à eux, une valeur réglementaire. De la fonction qu'assume l'auteur juridique lorsqu'il sanctionne l'énoncé élaboré par les auteurs intellectuels dérive en conséquence la valeur juridique de la règle de droit antidiscriminatoire. L'ambition de réalisation du droit de la non-discrimination se voit alors idéalement servie par la considération du pouvoir constituant.

110. Rares sont cependant les dispositions antidiscriminatoires à avoir bénéficié en France des considérations du pouvoir constituant originaire. Le préambule de la Constitution de 1958 n'ayant initialement qu'une valeur déclarative, seul l'ancien article 2, devenu article 1^{er}, dispose un principe limité d'égalité de traitement. Il précise que la République « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Par la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999, le pouvoir constituant dérivé a néanmoins ajouté à l'article 3 la disposition suivante : « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives »⁴⁴⁸. La mention, depuis déplacée à l'article 1^{er}, favorise l'adoption de dispositifs proactifs en droit de l'égalisation. Elle fut complétée par la loi constitutionnelle du 24 juillet 2008 qui ajouta aux mandats électoraux et fonctions électives les responsabilités professionnelles et sociales⁴⁴⁹.

⁴⁴⁵ Pour un point de vue critique, v. MILLARD, É., « La hiérarchie des normes : une critique sur un fondement empiriste », *REVUS*, n° 21, 2013, p. 163-199. V. encore GUASTINI, R., « Lex Superior : pour une théorie des hiérarchies normatives », *REVUS*, n° 21, 2013, p. 47-55.

⁴⁴⁶ V. TROPER, M., *La philosophie du droit*, 3^{ème} éd., Paris, PUF, 2011, p. 20. Le positivisme théorique postule de manière classique une définition du droit en fonction de l'autorité dont il émane.

⁴⁴⁷ DE BÉCHILLON, D., *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Économica, 1996, 577 p.

⁴⁴⁸ Art. 1 de la loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes.

⁴⁴⁹ Art. 1 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

111. En élargissant les normes de référence du contrôle de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a, surtout, par sa décision du 16 juillet 1971, crédité certaines dispositions antidiscriminatoires d'une opposabilité nouvelle à la production législative⁴⁵⁰. Contrairement aux volontés du pouvoir constituant originaire⁴⁵¹, le législateur fut assujéti à un principe d'égalité de traitement au-delà de l'article 1^{er} de la Constitution. Parmi les dispositions bénéficiaires, se trouvaient notamment les articles 1 et 6 de la DDHC⁴⁵² (« les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune » ; 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 »). Le droit de la non-discrimination fut encore enrichi des alinéas 1, 3 et 5 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (« tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés » ; « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme » ; « nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances »). En dépit de sa fonction initiale d'interprète, le Conseil constitutionnel peut, dès lors, être considéré comme l'auteur juridique le plus prolifique lorsqu'il est question de consacrer des dispositions antidiscriminatoires à valeur constitutionnelle. S'il s'agit selon François Goguel, qui avait pris ses quartiers rue de Montpensier quatre mois avant ladite

⁴⁵⁰ Dans un élan amorcé par la décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970 et révélé par sa décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, le Conseil constitutionnel s'érigea en effet en pouvoir constituant dérivé au terme d'un « véritable coup d'État juridique » (BADINTER, R., « Une longue marche "Du Conseil à la Cour constitutionnelle" », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008, p. 6) pour conférer une valeur juridique à plusieurs dispositions qui en étaient jusque-là dépourvues. Une valeur constitutionnelle fut ainsi reconnue au préambule de la Constitution de 1958 et, par extension, aux textes auxquels il renvoyait, notamment les « Droits de l'Homme et [les] principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 » – et par la suite élargi à la Charte de l'environnement de 2004 par la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005. Commodément, les Sages purent ainsi renforcer leur contrôle et combler la carence générale des droits et libertés constitutionnellement consacrés.

⁴⁵¹ En ce sens, v. LUCHAIRE, F. et CONAC, G. (dir.), *La constitution de la République française*, 2^{ème} éd., Paris, Economica, 1987, p. 88-89. Bertrand Mathieu évoquait une décision « créatrice, car le Conseil va se donner le système normatif de référence à partir duquel il pourra développer, voire même exercer son contrôle de l'activité législative. Créatrice parce que cette décision s'opère contre la volonté exprimée par la plupart des rédacteurs de la Constitution ». V. MATHIEU, B., « Les décisions créatrices du Conseil constitutionnel », in Actes de colloque, *Cinquantenaire du Conseil constitutionnel*, 3 novembre 2008 et 30 janvier 2009, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, hors-série, 2009, p. 28-35 tel que cité in BOUDOU, G., « Autopsie de la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association », *RFDC*, n° 97, 2014/1, p. 50. Guillaume Boudou ajoute p. 49 : « affirmer non seulement la juridicité, mais encore la valeur constitutionnelle du préambule de la Constitution s'opposait audacieusement à la conception d'une grande partie de ses rédacteurs et marquait un "tournant psychologique fondamental" en offrant au Conseil constitutionnel les moyens d'une (re)naissance au service des libertés ».

⁴⁵² Première application in CC, Décision n° 73-51 DC, 27 décembre 1973. Ici, le Conseil constitutionnel mentionnait dans le corps même de la décision et non plus simplement en visa le « principe de l'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le préambule de la Constitution » (cons. 2) pour *in fine* conclure à l'inconstitutionnalité de la loi examinée. À ces deux articles pourrait être ajouté l'article 13 de la DDHC : « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés ».

décision, de « la première fois [où] le Conseil a joué son rôle de protecteur des libertés »⁴⁵³, il ne s'agit pas, pour autant, d'un rehaussement explicite de la valeur juridique de ces dispositions qui serait fondé sur une axiologie constitutionnelle assumée des droits et libertés⁴⁵⁴.

112. En dépit de ce rehaussement considérable de dispositions antidiscriminatoires au sein des textes à valeur constitutionnelle, il put être envisagé, tant au niveau des institutions politiques⁴⁵⁵ que de la doctrine, de « déclencher le levier de la révision constitutionnelle »⁴⁵⁶ pour modifier l'article 1^{er} de la Constitution et y insérer un « principe » de non-discrimination⁴⁵⁷. Une telle entreprise consisterait, selon Félicien Lemaire, à « élever expressément le principe de non-discrimination à la dignité constitutionnelle afin de lui donner l'autorité normative qu'il mérite »⁴⁵⁸. Elle aurait pour principale ambition de dépasser les réticences du Conseil constitutionnel dans l'interprétation du principe d'égalité⁴⁵⁹. Elle permettrait également, selon Jimmy Charruau, d'insister sur la nécessité d'une lutte contre les discriminations plus efficace⁴⁶⁰, notamment si l'on considère la possible vertu incitative de l'insertion sur l'action du législateur. La constitutionnalisation d'un principe de non-discrimination présenterait, selon ces auteurs, un avantage en vue de sa réalisation en ce qu'elle posséderait tant une « puissance communicationnelle » que des « vertus structurelles »⁴⁶¹, au premier plan desquelles figurerait l'opposabilité au législateur de la disposition ainsi consacrée. Soulignons toutefois que, en l'état, aux quelques dispositions constitutionnelles déjà opposables au législateur national, s'ajoutent les dispositions issues du droit international et européen (*e.g.* article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁴⁶², article 14 de la

⁴⁵³ GOGUEL, F., « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux. Conseil constitutionnel français », in Actes du colloque, *La Protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe* (Aix-en-Provence, 19-21 février 1981), RIDC, n° 2, vol. XXXIII, 1981, p. 436-437.

⁴⁵⁴ *A contrario*, la Cour suprême canadienne a, quant à elle, rehaussé la valeur juridique de l'ensemble des instruments législatifs antidiscriminatoires en leur conférant une valeur « quasi constitutionnelle » (*Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés*, [1996] 2 RCS 345, par. 42 et 116), précisément parce qu'ils ont vocation à lutter contre les discriminations (*Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 RCS 145, p. 158). Contrairement à la démarche empruntée par le Conseil constitutionnel, et plus frontalement, c'est la considération de l'objet des textes qui fonde la valeur juridique rehaussée de la totalité du dispositif législatif antidiscriminatoire. Le concept de « hiérarchie axiologique », développé par Riccardo Guastini, se trouve ici parfaitement illustré. V. GUASTINI, R., « Lex Superior : pour une théorie des hiérarchies normatives », *op. cit.*, p. 50.

⁴⁵⁵ Not. COMITÉ DE RÉFLEXION SUR LE PRÉAMBULE DE LA CONSTITUTION (VEIL, S. et al.), *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*, rapport au Président de la République, Paris, La Documentation française, 2008, not. p. 48-64.

⁴⁵⁶ CHARRUAU, J., *La notion de non-discrimination en droit public français*, thèse dactylographiée, Université d'Angers, 2017, p. 596.

⁴⁵⁷ Sur cette approche, v. *idem*, not. p. 596-620.

⁴⁵⁸ LEMAIRE, F., « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *RFDA*, 2010, p. 301 et s.

⁴⁵⁹ Sur les relations entretenues entre principe d'égalité et « principe » de non-discrimination, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 3. Plus largement, sur les relations entre égalité et non-discrimination, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

⁴⁶⁰ CHARRUAU, J., *La notion de non-discrimination en droit public français*, *op. cit.*, p. 597-605.

⁴⁶¹ *Idem*, p. 605.

⁴⁶² « Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

Convention EDH⁴⁶³). Après avoir longuement envisagé les difficultés d'un processus de révision constitutionnelle⁴⁶⁴, Jimmy Charruau conclut finalement que la constitutionnalisation par le biais de la jurisprudence du Conseil constitutionnel s'apparenterait à une technique plus adéquate. Contrairement à la constitutionnalisation par le constituant, elle permettrait « l'expérimentation », le « réglage fin sur des questions parfois complexes », tout en laissant « place à l'hésitation et au repentir », à la « prudence » et à la « progressivité »⁴⁶⁵. Cette perspective s'inscrirait alors en continuité de l'influence historique du Conseil constitutionnel sur la valeur juridique des dispositions antidiscriminatoires.

113. Au-delà des quelques dispositions constitutionnelles, le droit de la non-discrimination prend corps au sein de la loi. D'abord au sein de la loi organique par l'intermédiaire de la loi du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits qui fixe les compétences, l'organisation et le fonctionnement ainsi que les modalités de saisine et d'intervention de l'autorité constitutionnelle indépendante. Ce statut organique n'est pas négligeable considérant que, depuis la décision du 11 août 1960 du Conseil constitutionnel, la violation d'une loi organique est assimilée à la violation de la disposition constitutionnelle sur le fondement de laquelle elle fut adoptée⁴⁶⁶. Une violation de la loi organique du 29 mars 2011 serait donc assimilable à une violation de l'article 71-1 de la Constitution⁴⁶⁷. Le Conseil constitutionnel n'a, cela étant, pas encore établi distinctement la possibilité de soulever une question prioritaire de constitutionnalité qui invoquerait une méconnaissance de la loi organique du 29 mars 2011 (*e.g.* article 5 relatif à la saisine du Défenseur des droits). Cela impliquerait de déterminer si l'article 71-1 confère un droit ou une liberté que la Constitution garantit au sens de son article 61-1⁴⁶⁸.

114. Ensuite, et surtout, le droit de la non-discrimination en droit interne prend essentiellement corps au sein de la loi ordinaire en application de l'article 34 de la Constitution qui renvoie au législateur le soin de fixer les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens

⁴⁶³ « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

⁴⁶⁴ CHARRUAU, J., *La notion de non-discrimination en droit public français*, *op. cit.*, p. 605-620.

⁴⁶⁵ *Idem*, p. 620.

⁴⁶⁶ CC, Décision n° 60-8 DC, 11 août 1960, cons. 3 : « Considérant que [...] les dispositions de l'article 17 de la loi de finances rectificative pour 1960 [...] ne peuvent être regardées comme conformes aux prescriptions de l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances et par suite à celles de l'article 34 de la Constitution qui renvoie expressément à ladite loi organique ».

⁴⁶⁷ « Le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences ».

⁴⁶⁸ Seules trois décisions DC se référaient en novembre 2019 à l'article 71-1 de la Constitution : CC, Décision n° 2010-610 DC, 12 juillet 2010, cons. 5 ; CC, Décision n° 2011-626 DC, 29 mars 2011, cons. 2, 7 et 17 ; CC, Décision n° 2016-740 DC, 8 décembre 2016, cons. 1, 4 et 5.

pour l'exercice des libertés publiques. Aux quelques lois-cadres et au cœur législatif du droit de la non-discrimination (*i.e.* articles L. 1131-1 à L. 1134-10 du Code du travail, articles 225-1 à 225-4 du Code pénal, loi du 27 mai 2008 et articles 6 à 6 *ter* de la loi Le Pors), s'ajoute une multitude des lois comportant une ou plusieurs dispositions antidiscriminatoires sans que la lutte contre les discriminations en constitue l'objet principal (*e.g.* loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, loi n° 2003-88 du 3 février 2003 visant à aggraver les peines punissant les infractions à caractère raciste, antisémite ou xénophobe, loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, loi n° 2017-90 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté)⁴⁶⁹. D'autres règles possèdent une valeur infralégislative. Les plus importantes d'entre elles reposent sur des actes réglementaires édictés par les membres du Gouvernement, au premier plan desquels figurent les circulaires ministérielles de politique pénale (*e.g.* circulaire du 23 juillet 2013⁴⁷⁰, circulaire du 4 décembre 2015⁴⁷¹, circulaire du 26 juin 2006)⁴⁷².

115. Sans conteste, le législateur s'apparente à l'autorité normative la plus active dans la production du droit de la non-discrimination⁴⁷³. Ce corpus est en conséquence, du moins en droit interne, essentiellement opposable aux comportements individuels des sujets de droit et à l'action de l'administration, bien que quelques dispositions constitutionnelles et internationales soient opposables à l'action du législateur. L'influence des autorités normatives sur l'opposabilité du droit de la non-discrimination demeure, pour ces raisons, perfectible. La perspective d'une consécration constitutionnelle plus large de l'interdiction de la discrimination, notamment étendue à davantage de motifs, pourrait éventuellement contribuer à maximiser la réalisation de l'exigence de non-discrimination. L'exigence d'intelligibilité du texte constitutionnel rend néanmoins peu adéquate une énumération limitative des nombreux motifs de discrimination actuellement consacrés par la législation. À supposer qu'elle soit opportune, elle impliquerait d'envisager l'hypothèse d'une liste ouverte⁴⁷⁴ ou de ne consacrer qu'une liste resserrée de motifs protégés.

⁴⁶⁹ V. sur ce point les développements conduits ci-après, not. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, II, A, 1).

⁴⁷⁰ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Circulaire du 23 juillet 2013 portant sur la réponse pénale aux violences et discriminations commises à raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre, NOR : JUSD1319893C.

⁴⁷¹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Circulaire du 4 décembre 2015 relative au développement d'une thématique consacrée au racisme et aux discriminations dans les stages de citoyenneté, NOR : JUSD1530025C.

⁴⁷² MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Circulaire relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances relatives à la lutte contre les discriminations, NOR : JUSD630082C.

⁴⁷³ V. pour étayer cette affirmation Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, II, A, 1). Des protocoles peuvent également être établis entre l'organisme de promotion de l'égalité et les parquets généraux (*e.g.* Protocole de coopération entre la HALDE et les parquets généraux de Lyon, Grenoble et Chambéry, 17 novembre 2009 ou Protocole de collaboration HALDE/Parquet général de Paris, 3 janvier 2011). Il s'agit alors de simples accords contractuels. À l'extrême, les mesures de *soft law* se développent en matière d'accès à l'égalité en emploi, notamment par le biais de « chartes » (*e.g.* Charte de la diversité) et de « labels » (*e.g.* Label égalité professionnelle, Label diversité) à l'opposabilité réduite.

⁴⁷⁴ Sur ce point, v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, I, A, not. 2).

116. Au-delà de la détermination de la valeur juridique, les autorités normatives, et plus particulièrement les interprètes authentiques, participent encore à la détermination de l'opposabilité du droit de la non-discrimination lorsqu'ils confèrent une signification normative aux dispositions qu'ils interprètent.

B. Opposabilité et signification normative de l'énoncé antidiscriminatoire : la réserve de l'interprète constitutionnel

117. À défaut de reformuler le contenu de l'énoncé, l'interprète authentique lui confère une signification normative qui complète la signification sémantique, plus vague, plurielle et sujette à interprétations⁴⁷⁵. Ce faisant, le juge s'apparente *a posteriori* à un auteur intellectuel à qui est imputable la paternité du contenu conventionnel de référence de la règle de droit dont il est fait application⁴⁷⁶. En fonction de la préférence manifestée par l'interprète à l'égard d'une signification possible de la règle de droit plutôt qu'une autre⁴⁷⁷, le contenu peut se révéler plus ou moins favorable à la lutte contre les discriminations. Sans s'avancer dans les méandres d'une approche exhaustive, cette contribution ambivalente du juge peut être illustrée par quelques positions de l'interprète constitutionnel français lorsqu'il envisage son office.

118. En droit de l'égalisation, le Conseil constitutionnel a notamment eu à se prononcer sur la loi du 30 juillet 2003 portant réforme de l'élection des sénateurs. Celle-ci était présentée par les

⁴⁷⁵ L'énoncé de la règle de droit conserve sa signification sémantique – sous réserve de modification ou d'abrogation – et n'est pas formellement affecté par la signification normative. Les deux significations coexistent dans des corps différents. Simplement, la signification conventionnelle de référence de la règle de droit tend à glisser, de la signification sémantique formellement attachée à la règle de droit vers la signification normative qui est le fruit de son interprétation authentique. *In fine*, la tâche du juriste résidera davantage dans l'identification de cette signification normative de la règle de droit, afin de poser un pronostic sur l'issue d'un litige – réel ou éventuel – porté devant les autorités d'application du droit (*e.g.* déterminer une action ou une inaction appropriée, évaluer la validité de telle ou telle règle de droit, la légalité d'un acte juridique ou de ses effets). C'est notamment cette signification normative délivrée par l'interprète qui fournit l'indicateur le plus fiable sur la probabilité de la mise en mouvement de la contrainte dans le cadre de l'application du droit. Sur l'importance de la régularité de l'interprétation, v. ROSS, A., *Directives and Norms*, London, Routledge & Kegan Paul, 1968, p. 87.

⁴⁷⁶ De la simple fonction d'application d'un juge conçu comme « être inanimé » ou comme « la bouche qui prononce les paroles de la loi » chez Montesquieu (MONTESQUIEU (DE SECONDAT, C-L.), *De l'esprit des lois*, Paris, Garnier, 1777, Livre IX, Chapitre VI, p. 327) à la relativisation chez Kelsen des vides juridiques au sein d'un système « clos et cohérent » (pour le normativisme kelsénien, « le droit est un système clos et cohérent de règles posées par la loi, toutes imputables à un législateur et qu'il suffit d'appliquer selon un processus déductif » ; BRUNET, P., « Perelman, le positivisme juridique et l'interprétation », in MEYER, M. et FRYDMAN, B. (dir.), *Chaim Perelman (1912-2012). De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris, PUF, 2012, p. 163), la création jurisprudentielle possédait un handicap de taille dans sa course vers une légitimité théorique. Ce handicap s'est opportunément vu nuancé par l'émergence de théories réalistes, en Amérique du Nord avec le mouvement de la *sociological jurisprudence*, en Suède avec l'École d'Uppsala, en Italie, ou encore en France.

⁴⁷⁷ Comme le relève Michel Troper, « si une loi contient la formule "il est interdit de p", l'expression "p" peut désigner, selon le sens qu'on lui attribue, plusieurs actions différentes "p1", "p2", "pn", de sorte que la loi ne contient pas une norme, mais, selon l'interprétation qui en est donnée, plusieurs normes potentielles différentes ». V. TROPER, M., « Une théorie réaliste de l'interprétation », *op. cit.*, p. 56. L'interprétation authentique consiste précisément à arbitrer entre ces différentes interprétations pour en retenir une en particulier.

requérants comme entrant en conflit avec l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la Constitution qui avait été introduit par la loi constitutionnelle de juillet 1999 (*i.e.* « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives »). En l'espèce, l'article 5 de la loi examinée prévoyait de restreindre le nombre de circonscriptions assujetties à la représentation à la plus forte moyenne⁴⁷⁸, alors que ce mode de scrutin constituait la base du dispositif de représentation paritaire prévu par l'article L. 300 du Code électoral⁴⁷⁹. Le champ d'application de la loi n° 2000-493, précisément adoptée afin de réaliser l'article 1^{er}, alinéa 2 de la Constitution, était en conséquence amputé de manière significative. Face au grief tiré de la violation des dispositions constitutionnelles, le Conseil constitutionnel devait statuer à la lueur de la décision 2000-429 DC, dans laquelle il relevait la volonté du constituant de « rendre effectif l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives »⁴⁸⁰. Il considéra pourtant que les dispositions critiquées de la loi du 30 juillet 2003 ne portaient pas, « par elles-mêmes », atteinte à « l'objectif d'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives »⁴⁸¹. En dépit d'une restriction manifeste de la portée des instruments de réalisation de l'objectif de parité, et malgré une volonté du constituant de rendre effectif l'alinéa 2 de l'article 1^{er}, l'entrave était donc admise en raison de son caractère indirect. Force est de constater que le seuil d'exigence de l'interprète quant à la signification de l'article 1^{er} est relativement indulgent.

119. Toujours au sujet de cette disposition, le Conseil constitutionnel fut ensuite amené à se prononcer sur la constitutionnalité des Titres III et IV de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes. Ces dispositions visaient la réalisation de l'alinéa 2 de l'article 1^{er} au sein des instances délibératives et juridictionnelles ainsi que des formations professionnelles et d'apprentissage. Malgré une indétermination de la lettre qui se bornait à formuler l'objectif d'égal accès des femmes et des hommes « aux mandats électoraux et fonctions électives », le Conseil interpréta restrictivement la disposition et considéra qu'il résultait des travaux parlementaires qu'elle n'avait vocation à s'appliquer qu'aux seules élections à des mandats et fonctions politiques⁴⁸². L'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la Constitution ne permettait donc pas « que la composition des organes dirigeants ou consultatifs des personnes morales de

⁴⁷⁸ « Le premier alinéa de l'article L. 294 du code électoral est ainsi rédigé : "Dans les départements où sont élus trois sénateurs ou moins, l'élection a lieu au scrutin majoritaire à deux tours" ». Auparavant : « Dans les départements qui ont droit à deux sièges de sénateurs ou moins, l'élection a lieu au scrutin majoritaire à deux tours ».

⁴⁷⁹ « Dans les départements où les élections ont lieu *à la représentation proportionnelle*, chaque liste de candidats doit comporter deux noms de plus qu'il y a de sièges à pourvoir. Sur chacune des listes, l'écart entre le nombre des candidats de chaque sexe ne peut être supérieur à un. Chaque liste est composée alternativement d'un candidat de chaque sexe » (nous soulignons).

⁴⁸⁰ CC, Décision n° 2000-429 DC, 30 mai 2000, cons. 7.

⁴⁸¹ CC, Décision n° 2003-475 DC, 24 juillet 2003, cons. 17.

⁴⁸² CC, Décision n° 2006-533 DC, 16 mars 2006, cons. 14, rec. p. 39.

droit public ou privé soit régie par des règles contraignantes fondées sur le sexe des personnes »⁴⁸³. Bien que l'interprète soutienne sa décision par la volonté du constituant, la signification normative qu'il conféra à la règle de droit paraît, là encore, peu audacieuse. Elle précéda les vœux de Pierre Mazeaud qui soulignait un an plus tard l'importance de « veiller à ce que l'habilitation constitutionnelle de 1999 ne soit pas interprétée de façon excessive »⁴⁸⁴.

120. Plus récemment, fut examiné l'article L. 712-6-1 du Code de l'éducation. Celui-ci prévoyait une composition à parité d'hommes et de femmes du Conseil académique lorsqu'il examine en formation restreinte des questions individuelles relatives aux enseignants chercheurs autres que les professeurs des universités. Cette obligation de composition paritaire était écartée dans le cas des questions individuelles relatives aux professeurs des universités. Pour les requérants, ledit article était contraire à l'égalité devant la loi et au « principe de parité »⁴⁸⁵ tel qu'il résulte de l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la Constitution. Sur la violation alléguée de l'égalité devant la loi, le Conseil constitutionnel estima que le législateur avait entendu traiter différemment des situations différentes et « que cette différence de traitement [était] en rapport avec l'objet de la loi qui l'[établissait] »⁴⁸⁶. La différence de situation entre les publics concernés était cependant peu flagrante et ne semblait pas, à première vue, de nature à justifier un traitement distinct en matière de représentation paritaire. Quant à l'argument tiré de la violation de l'alinéa 2 de l'article 1^{er}, le Conseil constitutionnel enchérit en précisant qu'il était « loisible au législateur d'adopter des dispositions revêtant soit un caractère incitatif, soit un caractère contraignant »⁴⁸⁷, pour assurer la mise en œuvre du principe de parité. Pour conclure, il limita l'invocabilité de la disposition en déclarant qu'elle « n'institue pas un droit ou une liberté que la Constitution garantit » et « que sa méconnaissance ne peut donc être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité »⁴⁸⁸. Une interprétation similaire avait déjà frappé l'article 75-1 de la Constitution relatif aux langues régionales en 2011⁴⁸⁹, suscitant l'indignation de Guy Carcassonne qui rétorquait que « la Constitution ne parle pas pour ne rien dire et que son article 75-1 doit donc avoir un sens »⁴⁹⁰. Les

⁴⁸³ *Idem*, cons. 15.

⁴⁸⁴ MAZEAUD, P., « Vœux du Président du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2007.

⁴⁸⁵ CC, Décision n° 2015-465 QPC, 24 avril 2015.

⁴⁸⁶ *Idem*, cons. 11.

⁴⁸⁷ *Idem*, cons. 13.

⁴⁸⁸ *Idem*, cons. 14 et 15. Pour une analyse critique de la position du Conseil constitutionnel sur cette question, v. HENNETTE-VAUCHEZ, S. et ROMAN, D., « Des usages stratégiques de l'argumentation juridique : retour sur la tierce intervention de REGINE à l'occasion de la décision du Conseil constitutionnel n° 2015-465 QPC, conférence des présidents d'université », *RevDH*, n° 12, 2017, not. § 19-23. Les auteures rejettent, d'une part, la perception de l'alinéa comme fondement constitutionnel instituant une simple norme d'habilitation et préfèrent y voir une disposition de fond, relative à la mise en œuvre de l'égalité. D'autre part, elles soutiennent que la catégorisation opérée était contraire à l'égalité entre les femmes et les hommes ainsi qu'à l'égalité entre les maîtres de conférences et les professeurs d'université.

⁴⁸⁹ CC, Décision n° 2011-130 QPC, 20 mai 2011, cons. 3, rec. p. 242.

⁴⁹⁰ CARCASSONNE, G., *La Constitution*, 11^{ème} éd., Paris, Seuil, 2013, p. 369.

vœux de Pierre Mazeaud prononcés en 2005 auguraient cette fois, dix années plus tôt, du sens de la décision. Ils laissent transparaître non seulement une aversion pour les dispositions non normatives mais énonçaient surtout que le Conseil était « prêt à censurer désormais les "neutrons législatifs" »⁴⁹¹. À défaut de pouvoir censurer le constituant, il limita l'apport normatif de l'insertion de 1999 par une interprétation étroite.

121. Il pourrait encore être ajouté qu'en dépit de la mobilisation de l'article 1^{er} de la DDHC⁴⁹², un vaste potentiel demeure inexploité eu égard à la seconde partie de l'article et à la possible justification des distinctions sociales au nom de l'utilité commune. Pour Ferdinand Mélin-Soucramanien, une éventuelle mobilisation de cette facette de l'article 1^{er} de la DDHC, jusque-là négligée par le Conseil constitutionnel, permettrait de « trouver un ancrage textuel à la notion d'intérêt général lorsqu'elle est utilisée afin de servir de justification aux dérogations⁴⁹³ au principe constitutionnel d'égalité »⁴⁹⁴. Seraient notamment visées les justifications de certaines mesures préférentielles et actions positives aux fins de lutte contre les inégalités. Cela exigerait néanmoins un certain volontarisme. Or, comme le relevait Véronique Champeil-Desplats dans un constat plus global relatif aux droits et libertés, on ne saurait retrouver un tel volontarisme dans les décisions du Conseil constitutionnel qui, au contraire, s'est plutôt engagé lors des vingt dernières années sur la voix d'un « service minimum »⁴⁹⁵, en réaction à « un certain fondamentalisme des droits » ou « une conception jusqu'au-boutiste des droits subjectifs »⁴⁹⁶.

122. La tendance est confirmée en droit de la non-discrimination. Le Conseil constitutionnel fut notamment saisi de dispositions législatives relatives aux évacuations des campements de gens du voyage. Les articles 1^{ers} de la Constitution et de la DDHC étaient alors invoqués conjointement pour soutenir l'inconstitutionnalité de l'interdiction de stationnement des résidences mobiles en dehors des aires d'accueil aménagées sur le territoire de la commune, ainsi que des procédures de mise en demeure et d'évacuation forcée prévues aux articles 9 et 9-1 de la loi relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage⁴⁹⁷. Soulignant la différence de situation objective entre les personnes

⁴⁹¹ MAZEAUD, P., « Vœux du Président du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 18, 2005.

⁴⁹² « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ».

⁴⁹³ Sur les dérogations à l'économie comme implications pleinement intégrées au sein du principe d'égalité – bien que situées à la marge et appréhendées par la négative en raison de la structure interne du principe – v. not. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 3, II.

⁴⁹⁴ MÉLIN-SOUCRAMANIEN, F., « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, 2010.

⁴⁹⁵ CHAMPEIL-DESPLATS, V., « À quoi sert encore le Conseil constitutionnel ? », *Plein droit*, n° 76, 2008.

⁴⁹⁶ MAZEAUD, P., « 2, rue de Montpensier : un bilan », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008, p. 27, tel que relevé in CHAMPEIL-DESPLATS, V., « Le Conseil constitutionnel, protecteur des droits et libertés ? », *CRDF*, n° 9, 2011, p. 18.

⁴⁹⁷ Loi n° 2000-614 du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage.

itinérantes et sédentaires ainsi que son rapport direct avec le but fixé par le législateur, à savoir la préservation de l'ordre public et des droits des tiers, les membres du Conseil constitutionnel conclurent à l'absence de discrimination fondée sur l'origine ethnique⁴⁹⁸. Une solution similaire fut retenue à l'égard des restrictions à la liberté de circulation imposées par la loi du 3 janvier 1969⁴⁹⁹ qui exigeait la possession d'un livret de circulation pour les seules personnes sans domicile ni résidence fixe depuis plus de six mois, toujours aux fins de protection de l'ordre public⁵⁰⁰. Un an plus tard, une proposition de loi était déposée et adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale en vue de supprimer ce dispositif, finalement abrogé par la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté du 27 janvier 2017⁵⁰¹. Dans l'exposé des motifs, était souligné le fait que, « *malgré la décision du Conseil constitutionnel*, la législation actuelle entretient encore une stigmatisation et une mise à l'écart de ces personnes. Il est temps d'en finir avec ces *discriminations* juridiques qui ne peuvent qu'être le terreau de préjugés »⁵⁰². Cet exposé des motifs révèle la divergence des appréciations et, en creux, le refus du Conseil, à l'occasion des deux décisions susmentionnées, de mobiliser un énoncé antidiscriminatoire à valeur constitutionnelle pour conclure à l'inconstitutionnalité d'un énoncé discriminatoire à valeur législative. En l'occurrence, il était possible de considérer qu'il s'agissait d'une discrimination indirecte fondée sur l'origine ethnique⁵⁰³, considérant qu'une mesure en apparence neutre – car non fondée explicitement sur une caractéristique protégée – engendrait un désavantage particulier non justifié – car disproportionné – pour les personnes d'origine Rom.

123. Si cette tendance restrictive n'est pas généralisable à l'ensemble des interprètes et ne présage en rien des futures décisions du Conseil constitutionnel⁵⁰⁴, elle permet en revanche d'illustrer les écueils susceptibles de se présenter au stade de l'interprétation. En amont, elle invite à penser avec d'autant plus d'exigence la formulation sémantique de l'énoncé juridique et la fonction de l'interprète authentique en vue d'assurer une réalisation optimale du droit de la non-discrimination.

⁴⁹⁸ CC, Décision n° 2010-13 QPC, 9 juillet 2010.

⁴⁹⁹ Loi n° 69-3 du 3 janvier 1969 relative à l'exercice des activités ambulantes et au régime applicable aux personnes circulant en France sans domicile ni résidence fixe.

⁵⁰⁰ CC, Décision n° 2012-279 QPC, 5 octobre 2012, cons. 18.

⁵⁰¹ Art. 195 de la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté. V. not. l'amendement n° 894 présenté en Commission spéciale égalité et citoyenneté le 12 juin 2016 par Razzy Hammadi sur le texte n° 3679 portant article additionnel après l'article 41.

⁵⁰² ASSEMBLÉE NATIONALE (LE ROUX, B. et al.), Proposition de loi n° 1610 relative au statut, à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage, enregistrée le 5 décembre 2013 (nous soulignons).

⁵⁰³ D'une part, le motif du lieu de résidence ne fut introduit en droit positif qu'à partir de 2014. D'autre part, il ne figure pas au sein des dispositions de référence mobilisées par le Conseil constitutionnel pour son contrôle au titre des articles 61 et 61-1 de la Constitution. La discrimination *directe* fondée sur le lieu de résidence ne pouvait donc être retenue. Sur le rapport du Conseil constitutionnel à la discrimination indirecte, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 3, I.

⁵⁰⁴ Aurait également pu être relevée la Décision n° 2007-557 DC, 15 novembre 2007 validant – certes sous conditions posées par une réserve d'interprétation – le principe du recours aux tests ADN visant à établir la filiation de l'enfant à l'égard de la mère lors des demandes de regroupement familial. Sur ce point, v. entre autres, CHAMPEIL-DESPLATS, V., « Le Conseil constitutionnel, protecteur des droits et libertés ? », *op. cit.*, p. 19.

Alors qu'une lettre quelque peu évasive ou timorée ne saurait constituer un obstacle à la réalisation audacieuse de la règle de droit pour un interprète au volontarisme assumé, elle dessinera à l'inverse un horizon indépassable pour un interprète au volontarisme chancelant⁵⁰⁵.

124. En bout de course, les implications des auteurs impliqués dans le processus d'élaboration et de détermination des énoncés antidiscriminatoires en raison d'une habilitation générale apparaissent ambivalentes. Elles oscillent entre recherche et exclusion de la pluralité et de l'expertise des auteurs intellectuels lors de l'élaboration du texte. Ces derniers semblent, par ailleurs, assigner aux nouvelles dispositions des objectifs tantôt favorables tantôt hostiles à la lutte contre les discriminations. Quant aux autorités normatives, ce ne sont pas nécessairement celles chargées des fonctions les plus importantes, à savoir constituantes, qui ont porté l'enrichissement du droit de la non-discrimination pour en favoriser l'opposabilité. L'opposabilité des rares dispositions constitutionnelles du droit de la non-discrimination ou du droit de l'égalisation peut de surcroît être réduite à portion congrue lorsque le juge, en tant qu'interprète authentique, leur confère une signification normative relativement timorée en raison d'un volontarisme limité. Du fait de cette implication ambivalente, le droit de la non-discrimination trouve dans le soutien de ces acteurs un fondement relativement précaire. Face au défaut d'engagement proactif dont peuvent faire preuve les acteurs envisagés ci-dessus, des acteurs spécialisés sont parfois institutionnalisés et leurs mandats attachés à la lutte contre les discriminations. Lorsqu'ils interviennent au cours du processus d'élaboration du droit, leur contribution peut s'avérer cruciale et servir la qualité des normes. En France, cette contribution demeure cependant inaboutie, accentuant un peu plus la précarité des fondements du droit de la non-discrimination.

⁵⁰⁵ V. à ce sujet SWEENEY, M., *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, thèse dactylographiée, Université Paris Ouest Nanterre la Défense, 2010, p. 487-497. Pour illustrer les deux positions, l'autolimitation et l'activisme, l'auteur mobilise alternativement les prises de positions du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation. V. not. en prolongement MÉLIN-SOUCRAMANIEN, F., « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *loc. cit.* : « Pour des raisons autant théoriques que pratiques, l'auto-limitation du juge représente la règle d'or du contentieux constitutionnel car elle est la condition première de sa légitimité et de son acceptation ». Pour une manifestation de cette autolimitation, v. CC, Décision n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, cons. 1 : « Considérant que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen ».

SECTION 2 : L'INSTITUTIONNALISATION INABOUTIE DES AUTEURS SPÉCIALISÉS

125. Aux côtés des acteurs qui interviennent au cours de la production normative en raison d'une habilitation générale, des acteurs dont le mandat est lié à la lutte contre les discriminations peuvent, le cas échéant, être spécifiquement habilités à participer au processus d'élaboration de la norme antidiscriminatoire. Ils sont de nature variable. Certains s'inscrivent au cœur de l'activité gouvernementale de pilotage des politiques publiques. Tel est le cas de quelques secrétariats d'État, de délégations et comités interministériels. D'autres s'inscrivent en marge de ce cadre et sont de nature administrative. Il s'agit, par exemple, d'organismes de promotion de l'égalité, d'autorités administratives indépendantes ou d'*ombudsmän*⁵⁰⁶. Plus rarement, des institutions spécialisées émergent au sein de la sphère judiciaire, à l'instar de parquets ou tribunaux spécialisés, et participent possiblement à la détermination de la norme antidiscriminatoire lorsqu'ils sont habilités en tant qu'interprètes authentiques. Contrairement aux auteurs qui influent sur sa conception en raison d'une compétence générale d'élaboration du droit, les auteurs spécialisés sont habilités par le droit de l'égalisation ou le droit de la non-discrimination avant d'exercer, dans un second temps, leur influence sur certains pans spécifiques de la production normative. Leur apparition peut être rapprochée d'un facteur de réalisation particulier, en l'occurrence le « renvoi à des énoncés créant ou habilitant des institutions pour [la] mise en œuvre »⁵⁰⁷ du droit. Il est ici question d'organiser « une incarnation immédiate dans le monde réel, et ainsi permettre le passage de l'objectif de départ [...] à sa concrétisation »⁵⁰⁸. Les autorités normatives érigent par ce biais des organismes-relais, chargés de prolonger leur volontarisme initial, de développer une certaine expertise, et de servir de catalyseurs à la lutte contre les discriminations.

126. Du point de vue de la légistique matérielle (*i.e.* analyse des qualités organiques, des chemins procéduraux d'élaboration du droit), une importance particulière peut être accordée à l'activité de ces acteurs spécialisés lorsqu'elle les conduit à influencer le contenu de la règle de droit, et à en constituer, au moins pour partie, le fondement. En prolongement de la distinction opérée précédemment entre auteurs intellectuels, qui rédigent l'énoncé, et interprètes authentiques, qui lui confèrent une signification normative, deux configurations se détachent. Dans la première, ces acteurs spécialisés agissent en tant qu'organismes de consultation, d'impulsion ou de pilotage des

⁵⁰⁶ *Nota bene* : en raison de l'origine suédoise de cette institution de médiation et du terme qui la désigne, nous avons opté pour une mobilisation du terme d'*ombudsmän* comme forme plurielle de référence de l'*ombudsman* (singulier) – et non d'*ombudsmans* ou d'*ombudsmen*.

⁵⁰⁷ CHAMPEIL-DESPLATS, V. et MILLARD, É., « Efficacité et énoncé de la norme », *op. cit.*, p. 68.

⁵⁰⁸ *Ibidem*.

politiques publiques antidiscriminatoires. Leur influence est alors à rapprocher de celle des auteurs intellectuels qui contribuent à formuler l'objet à réaliser et tâchent de déterminer le contenu le plus adéquat possible aux fins de lutte contre les discriminations. Plusieurs institutions françaises, même imparfaitement institutionnalisées, peuvent exercer cette fonction. Leur contribution à l'impulsion ou au pilotage des politiques publiques antidiscriminatoires est cependant inégale en fonction des cas envisagés (I). Dans la seconde configuration, des acteurs spécialisés peuvent être institutionnalisés pour agir, non plus en amont mais en aval, après la formulation de l'énoncé, en tant qu'autorités d'application et d'interprétation qui déterminent la règle de droit par le biais de la signification normative. L'absence d'institutionnalisation de juridictions spécialisées en France et les limites du mandat d'*ombudsman* du Défenseur des droits contribuent toutefois à relativiser le poids de cette hypothèse dans le contexte national (II). Poursuivant une mise en contexte utile à notre étude, qui insiste sur les carences originelles afin d'éclairer les malfaçons du droit de la non-discrimination envisagées ci-après, il est en conséquence possible d'affirmer que, globalement, le défaut d'institutionnalisation d'acteurs spécialisés ne permet pas de compenser l'implication ambivalente des auteurs crédités d'une habilitation générale d'élaboration du droit. La production normative est dès lors insuffisamment pensée en vue de la réalisation de l'interdiction de la discrimination et du droit à la non-discrimination.

I. L'inégale participation des organismes d'impulsion et de pilotage des politiques publiques à l'élaboration de la règle de droit

127. Comme relevé préalablement, les parlementaires peuvent ponctuellement consulter divers organismes en raison de leur expertise (*e.g.* associations, organisations non gouvernementales, personnalités reconnues pour leur particulière compétence). Ces consultations sont facultatives. Plus audacieusement, des organismes gouvernementaux et des institutions indépendantes ont été créés afin de prendre part au processus d'élaboration de la loi ou des politiques publiques antidiscriminatoires. Dans le premier cas, le manque de rationalisation de l'action des différents organismes gouvernementaux semble toutefois miner leur contribution à l'impulsion de nouvelles politiques publiques cohérentes, transversales et systémiques (A). Dans le second, il est primordial de relever la fonction du Défenseur des droits en tant qu'organisme de promotion de l'égalité chargé d'impulser des réformes et de conseiller les pouvoirs publics. En dépit des carences liées aux modalités de consultation et de la difficulté de la tâche de persuasion d'interlocuteurs parfois rétifs, cette influence – isolée – sur le développement du droit de la non-discrimination s'avère déterminante (B).

A. La rationalisation de l'action des organismes gouvernementaux

128. Des organismes gouvernementaux spécialisés peuvent être institués par voie législative ou, le plus souvent, par voie réglementaire. Ces derniers sont chargés de développer une expertise technique et de servir, le cas échéant, de ponts entre les pouvoirs publics et la société civile. Ils possèdent également une fonction d'impulsion et d'élaboration des politiques publiques et ont de ce fait vocation à servir de catalyseurs pour favoriser l'évolution du droit au service de la lutte contre les discriminations. L'efficacité de cette influence demeure toutefois conditionnée par la rationalisation de leurs mandats et leurs champs d'action. Bernard Stasi soulignait à cet égard, dès 2004, que « les administrations intéressées se sont multipliées au fil des ans selon une logique de spécialisation sans préoccupation [...] de coordination ou de rationalisation de leurs interventions respectives »⁵⁰⁹. Il ajoutait que « la dispersion des services a contrarié l'unité d'action », que la « fragmentation des moyens a également rendu plus difficile l'obtention d'une efficacité d'échelle et a brouillé la perception de cette politique [de lutte contre les discriminations] par l'opinion publique et les autres acteurs »⁵¹⁰. Le Centre d'analyse stratégique relevait, six ans plus tard, une « dispersion des institutions » alliée à « l'absence d'un interlocuteur unique / chef de file capable de porter une politique transversale de lutte contre les discriminations »⁵¹¹. Force est de reconnaître que cette carence dans la coordination des forces en présence perdure en raison d'un développement exclusivement sectoriel des mandats (1). Le défaut de pilotage interministériel demeure notamment un obstacle majeur à l'élaboration d'une politique nationale efficace, structurante et fondée sur une approche transversale (2).

1) Une gouvernance antidiscriminatoire minée par des mandats sectoriels

129. Il est possible de discerner *a minima* quatre types d'institutions gouvernementales dont le mandat recoupe en certains points la lutte contre les discriminations. Le premier type repose sur la figure de l'organisme spécialisé, indépendant mais administrativement rattaché à la structure gouvernementale. Le deuxième résulte de la création d'un ministère ou d'un secrétariat d'État chargé de conduire les politiques publiques liées à une thématique précise. Le troisième type implique la mobilisation de l'ensemble des forces gouvernementales et la création d'un comité interministériel consacré à la mise en commun des réflexions et des actions conduites dans une

⁵⁰⁹ STASI, B., *Vers la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, op. cit., p. 25.

⁵¹⁰ *Ibidem*.

⁵¹¹ CENTRE D'ANALYSE STRATÉGIQUE (DELOITTE), *La promotion de la diversité dans les entreprises. Les meilleures expériences en France et à l'étranger*, 2010, p. 26, en ligne [URL : <http://archives.strategie.gouv.fr>].

matière déterminée. Le quatrième type fusionne les premier et troisième en ce qu'une délégation interministérielle, placée auprès du Premier ministre, est chargée de développer une expertise propre, d'organiser le fonctionnement d'un comité interministériel et d'assister le Gouvernement dans le développement d'une politique nationale, intégrée et cohérente.

130. Illustrant la première configuration, plusieurs organismes ont vu leur mandat attaché à la lutte contre les discriminations de manière sectorielle, soit en lien avec une problématique connexe à la discrimination, soit en lien avec une caractéristique protégée. Le Conseil national des politiques de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale (CNLE), placé auprès du Premier ministre, assiste ainsi le Gouvernement sur toute question liée à son mandat⁵¹². Il fait part de ses avis, sur consultation ou sur initiative personnelle, en vue de l'amélioration des politiques de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale⁵¹³. Les travaux de l'Observatoire de la laïcité⁵¹⁴, également placé auprès du Premier ministre, portent quant à eux incidemment sur les discriminations à raison des convictions religieuses et, plus spécifiquement, sur les discriminations institutionnelles impliquées par le dévoiement du principe de laïcité et par une forme d'« ignorance laïque »⁵¹⁵. Il assiste le Gouvernement dans son action, réunit des données, produit des analyses, études et recherches, propose les mesures qu'il estime opportunes pour garantir le principe de laïcité et peut être consulté sur des projets de textes législatifs ou réglementaires⁵¹⁶. Le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes (HCE) a quant à lui été créé par le décret du 3 janvier 2013 et son existence est désormais consacrée au sein de la loi du 27 mai 2008. Il a pour mission d'assurer la concertation avec la société civile et d'animer le débat public sur les grandes orientations de la politique des droits des femmes et de l'égalité des sexes⁵¹⁷. Il assiste à ce titre les pouvoirs publics dans l'élaboration et l'évaluation de la législation, recueille des données, produit des analyses, études et recherches sur l'égalité femmes/hommes et formule des recommandations, des avis et propositions de réforme⁵¹⁸. D'autres organismes pourraient allonger cette liste⁵¹⁹. En dépit d'activités

⁵¹² Art. 2 de la loi n° 92-722 du 29 juillet 1992.

⁵¹³ Instance représentative composée de 7 collèges et de 54 membres, représentants du monde associatif ou institutionnel. V. décret n° 2013-1161 du 17 décembre 2013 modifiant la composition du Conseil national des politiques de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale.

⁵¹⁴ Décret n° 2007-425 du 25 mars 2007. Annoncé en décembre 2003 par Jacques Chirac, mis sur pied quatre années plus tard, réduit au mutisme durant six années, puis finalement activé en 2013 par la nomination du président et de ses membres, l'Observatoire de la laïcité illustre à merveille le lien entre institutionnalisation gouvernementale et volonté politique fluctuante. Par là même, il met indirectement en lumière l'utilité d'une constitutionnalisation de l'existence et de l'indépendance d'organismes tels que le Défenseur des droits. Soulignons néanmoins que sous la Présidence de Nicolas Sarkozy, le HCI disposait d'une mission « laïcité » qui a pris fin avec sa disparition en 2013.

⁵¹⁵ CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Année 2014*, Paris, La documentation française, 2015, p. 55.

⁵¹⁶ Art. 2 du décret n° 2007-425 du 25 mars 2007.

⁵¹⁷ Art. 2 du décret n° 2013-8 du 3 janvier 2013 portant création du HCE.

⁵¹⁸ *Ibidem*. V. également art. 3.

⁵¹⁹ Haut comité pour le logement des personnes défavorisées, Commissariat général à l'égalité des territoires, Commission nationale d'orientation et d'intégration, etc.

extrêmement précieuses, d'expertises indispensables et d'apports manifestes des rôles consultatifs en vue de l'élaboration des politiques publiques sectorielles, le mandat matériel – focalisé sur un seul ou quelques motifs de discrimination – ainsi que la forme institutionnelle de ces organismes – qui ne font pas office de structure de coordination – ne leur offrent pas une position stratégique qui permet de mobiliser et organiser l'action de l'ensemble des forces gouvernementales. Il leur est dès lors difficile d'insuffler l'élaboration de politiques transversales d'envergure nationale en faveur de la lutte contre les discriminations. À leur décharge, là n'est pas leur objet.

131. Œuvrer en ce sens peut conduire à l'émergence d'un *leadership* au sein même de la structure gouvernementale. Sous la présidence de François Hollande, ont ainsi vu le jour un ministère des Droits des femmes⁵²⁰, différents ministères délégués aux Personnes âgées et à la Dépendance, aux Personnes handicapées, et plusieurs secrétariats d'État, en charge de la Famille, des Personnes âgées et de l'Autonomie, des Personnes handicapées et de la Lutte contre l'exclusion, ou encore des Droits des femmes⁵²¹. Quelques initiatives notables avaient d'ores et déjà émergé sous la présidence de Jacques Chirac, notamment différents secrétariats d'État en charge de la Lutte contre la précarité et l'exclusion, des Personnes âgées, des Personnes handicapées, un ministère de la Parité et de l'Égalité professionnelle, puis deux ministères délégués en charge de la Promotion de l'égalité des chances d'une part, et de la Cohésion sociale et de la Parité d'autre part. Ce deuxième type d'institution gouvernementale demeure néanmoins sectoriel et n'est en prime attaché qu'à un ministère particulier, et non aux services du Premier ministre. En dépit d'une tribune soutenue par un statut de premier ordre, ces initiatives ne facilitent ni le ralliement ni la coordination des autres acteurs ministériels⁵²². Symboliquement fortes, elles peuvent être justifiées par d'autres impératifs que la rationalisation de l'action gouvernementale dans l'objectif d'élaborer une politique nationale de lutte contre les discriminations. Il convient cependant de noter une évolution récente sous la présidence d'Emmanuel Macron. Deux secrétariats d'État en charge des Personnes handicapées et en charge de l'Égalité entre les femmes et les hommes ont d'abord été directement rattachés aux services du Premier ministre⁵²³. Ce dernier secrétariat a ensuite été renommé depuis le 30 novembre 2018 secrétariat d'État en charge « de l'Égalité entre les femmes et les hommes et de la Lutte contre

⁵²⁰ Devenu ministère des Droits des femmes, de la Ville, de la Jeunesse et des Sports, puis ministère de la Famille, de l'Enfance et des Droits des femmes (*vis*).

⁵²¹ V. les décrets n°s 2014-436 et 2014-437 du 29 avril 2014, ainsi que le décret n° 2014-1108 du 1er octobre 2014.

⁵²² En ce sens, v. les propos de Frédéric Potier, délégué interministériel à la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la haine anti-LGBT *in* POINSOT, M., « Lutte contre le racisme, l'antisémitisme et les discriminations : actualité et collaboration avec le Musée national de l'histoire de l'immigration », *Hommes et Migrations*, n° 1324, 2019, p. 133 : « Pour remplir ces missions, il est important d'être rattaché au Premier ministre : ce positionnement permet d'être plus opérationnel et d'entretenir un dialogue permanent avec l'ensemble des ministères ».

⁵²³ V. les décrets n°s 2017-1067 et 2017-1066 du 24 mai 2017.

les discriminations »⁵²⁴. Si elle est doublement opportune et mérite d'être saluée, cette évolution n'a, pour l'heure, pas été suivie d'une capacité à développer une approche transversale. Les effets de l'extension générale du mandat à la « lutte contre les discriminations » demeurent en conséquence essentiellement rhétoriques.

132. Une troisième réponse, potentiellement cumulative aux deux premières, peut reposer sur l'émergence d'une arène interministérielle dédiée à la mise en commun des informations, à la concertation des initiatives et à la planification d'actions communes aux différents ministères. Tel est le sens du décret du 6 décembre 1989 instituant un Comité interministériel à l'intégration (CII)⁵²⁵. Sur le même modèle, fut entérinée le 8 décembre 2003 la création d'un Comité interministériel de lutte contre le racisme et l'antisémitisme (CILCRA), à la tâche assignée de définir des orientations d'une politique nationale et de veiller à la cohérence et à l'efficacité des actions engagées par les différents ministères⁵²⁶. Un Comité interministériel du handicap (CIH) fut également établi en novembre 2009 afin de remplacer la Délégation interministérielle aux personnes handicapées. Il est composé de la quasi-totalité des ministères et est chargé de définir, coordonner et évaluer les politiques ministérielles dirigées aux personnes handicapées⁵²⁷. En dépit d'une reprise de flambeau en 2009, le comité ne s'était toutefois réuni qu'une seule fois en sept ans, ce qui, inévitablement, questionnait son opportunité ou, plutôt, son efficacité. Il est désormais convoqué annuellement depuis 2016.

133. Afin d'assurer l'efficacité de l'action du CIH, dès 2009, un secrétaire général au comité interministériel du handicap chargé de la préparation des travaux et du suivi des décisions avait pourtant été institué⁵²⁸. De manière plus concluante jusqu'à sa disparition en 2013⁵²⁹, le Haut Conseil à l'intégration (HCI) assurait depuis 1989 l'organisation du Comité interministériel à l'intégration. En un sens proche, le délégué interministériel à la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la haine anti-LGBT (DILCRAH) fut chargé du pilotage du CILCRA⁵³⁰. Contrairement à ses homologues⁵³¹, il ne fut mis en place que neuf années après la création du

⁵²⁴ V. décret n° 2018-939 du 30 octobre 2018.

⁵²⁵ Décret n° 89-881 du 6 décembre 1989.

⁵²⁶ Décret n° 2003-1164 du 8 décembre 2003 modifié par le décret n° 2016-1805 du 22 décembre 2016. Pour la composition du comité, v. art. 1. V. encore DILCRA, *Rapport d'activité 2014*, p. 7, en ligne [URL : https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2014/12/dilcra-_rapport_dactivite_-_2014.pdf].

⁵²⁷ Décret n° 2009-1367 du 6 novembre 2009. Contrairement au CILCRA, sont ici prévues des politiques ministérielles sectorielles – et non une politique nationale transversale.

⁵²⁸ Le secrétaire du CIH étant également secrétaire du Conseil national consultatif des personnes handicapées (CNCPH) et de l'Observatoire national sur la formation, la recherche et l'innovation sur le handicap (ONFRIH).

⁵²⁹ Depuis le 24 décembre 2012, ses membres ne sont plus en fonction.

⁵³⁰ Décret n° 2012-221 du 16 février 2012 instituant un délégué interministériel à la lutte contre le racisme et l'antisémitisme.

⁵³¹ Soulignons l'existence de la Délégation interministérielle pour l'égalité des chances des Français d'outre-mer et du Délégué interministériel à la mixité sociale dans l'habitat.

comité interministériel et non de manière concomitante. Il s'agit indubitablement de la structure de pilotage la plus efficace à ce jour, notamment depuis la revalorisation conséquente de ses moyens en 2015⁵³². Bénéficiant d'une dimension interministérielle et permanente, cette délégation incarne ce que serait le quatrième type d'organisme spécialisé, force de proposition et chargé d'intervenir dans le processus d'élaboration de la loi et des politiques publiques du fait de son expertise stratégique⁵³³. Cette influence s'est principalement traduite par l'adoption, tous les deux ans, d'un Plan national de lutte contre le racisme et l'antisémitisme.

134. Considérant cette expérience particulièrement réussie, il pourrait être question de développer de manière similaire un « pilotage dynamique » en matière de lutte contre les discriminations en vue de l'élaboration d'une politique « globale, transversale et définie en partenariat étroit avec les acteurs institutionnels »⁵³⁴. Le choix d'une « autorité transversale [qui] assure au quotidien l'animation du travail interministériel et la cohérence de l'action de l'État sur le terrain, et [qui] joue un rôle d'impulsion, de proposition et d'évaluation »⁵³⁵ pourrait se révéler pertinent. Outre les mérites de la permanence, de la visibilité de l'instance et du symbolisme fort, une telle structure répondrait aux impératifs de mutualisation des efforts et de cohérence des initiatives⁵³⁶. Elle permettrait surtout d'amorcer une approche véritablement transversale et intersectorielle du phénomène discriminatoire. C'est précisément une telle approche qui semble faire défaut en France alors qu'elle pourrait contribuer à améliorer les politiques publiques de lutte contre les discriminations, y compris par la suggestion de réformes législatives et la participation à l'élaboration de projets de loi relatifs au droit de la non-discrimination.

⁵³² V. les propos de Frédéric Potier, délégué interministériel à la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la haine anti-LGBT *in* POINSOT, M., « Lutte contre le racisme, l'antisémitisme et les discriminations : actualité et collaboration avec le Musée national de l'histoire de l'immigration », *op. cit.*, p. 132 : « Le budget de la Dilcrah s'élève aujourd'hui à 6,2 millions d'euros. 1,5 million sont consacrés à la lutte contre la haine anti-LGBT. 2,2 millions correspondent à un appel à projets local, déconcentré mis en œuvre par les préfets dans le cadre des Comité opérationnels de lutte contre le racisme et l'antisémitisme (CORA). Outre ces fonds, de nombreux financements, dépendant du ministère de l'Intérieur, du ministère de la Justice, du ministère de l'Éducation nationale, ou relevant des politiques de la ville peuvent être mobilisés. L'effort global de l'État pour la lutte contre la haine est donc bien plus large que le strict champ de financement de la Dilcrah ».

⁵³³ Le plan national 2012-2014 de lutte contre le racisme et l'antisémitisme prévoyait qu'une autorité serait créée pour assurer « au quotidien l'animation du travail interministériel et la cohérence de l'action de l'État sur le terrain, et [pour jouer] un rôle d'impulsion, de proposition et d'évaluation ». De cette volonté naquit la DILCRA en février 2012 – devenu DILCRAH en 2016. Sa direction, initialement confiée à Régis Guyot, fut occupée de novembre 2015 à mars 2017 par Gilles Clavreul, et depuis par Frédéric Potier. Elle est assistée d'une équipe restreinte. La DILCRAH coordonne également l'élaboration du plan national d'action contre le racisme et l'antisémitisme et assure sa mise en œuvre. Par ailleurs, pour mener à bien sa mission, dans l'exercice de ses fonctions, l'équipe de la DILCRAH peut faire appel aux administrations centrales, corps d'inspection, ambassadeurs, préfets, services déconcentrés, etc.

⁵³⁴ DILCRA, *Rapport d'activité 2014*, *op. cit.*, p. 42.

⁵³⁵ *Ibidem*.

⁵³⁶ *E.g.* par la continuité de la concertation et la mise en place d'un réseau de représentants ministériels.

2) L'utilité d'une approche transversale et d'une Délégation interministérielle à l'égalité républicaine

135. Dans l'hypothèse d'un pilotage interministériel, se pose inévitablement la question de la délimitation matérielle du mandat de l'instance. Chacune des initiatives envisagées *supra* se trouve limitée à quelques motifs de discrimination au détriment d'une approche transversale : le sexe pour le HCE, les convictions religieuses pour l'Observatoire de la laïcité, la situation de handicap pour le Comité interministériel au handicap, l'origine ethnique et la nationalité pour le HCI, la prétendue race, la religion, l'orientation sexuelle et l'identité de genre pour la DILCRAH. Si une politique nationale de lutte contre les discriminations nécessite une approche intersectorielle dans un cadre interministériel, elle exige également une approche transversale en rupture avec les mandats des organismes gouvernementaux actuels. En somme, il convient d'embrasser l'ensemble des secteurs touchés et l'ensemble des motifs de discrimination. Au niveau théorique, cette position est soutenue par la « tradition universaliste »⁵³⁷ française qui favorise une approche doublement inclusive, au regard des domaines et des motifs, déjà soulignée au sujet du mandat de la HALDE. Au niveau pratique, cette position est soutenue par l'impératif de rationalisation de l'action des organismes gouvernementaux.

136. L'approche transversale permet en effet de favoriser la rationalisation de l'action gouvernementale. Elle permet de doubler l'intérêt procuré par l'interministérialité (*i.e.* secteurs et motifs). Nombre de bonnes pratiques en la matière étant identiquement applicables, quel que soit le motif de discrimination en cause, elle rend possible un croisement des expertises développées par les acteurs institutionnels quant aux modalités d'actions pédagogiques, stratégiques et partenariales. Elle facilite également l'efficacité de l'action des pouvoirs publics par la mise en commun des moyens logistiques engagés. Elle contribue encore à accroître la visibilité de l'action de l'exécutif et à faciliter l'identification des acteurs susceptibles d'entraîner, à terme, une meilleure réception sociale du dispositif juridique et des politiques publiques de lutte contre les discriminations. Elle possède enfin la vertu de l'harmonisation institutionnelle en raison d'un alignement de son mandat sur celui du Défenseur des droits, chargé de l'ensemble des

⁵³⁷ BORRILLO, D. et CHAPPE, V.-A., « La Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité : un laboratoire juridique éphémère ? », *op. cit.*, p. 370 : « fidèle à sa *tradition universaliste*, la France a favorisé l'approche horizontale en créant un organisme unique qui intègre les différents motifs de discrimination et qui ne se limite pas au domaine du travail et de l'emploi mais couvre aussi le logement, l'administration, l'éducation, les loisirs, la santé » (nous soulignons). V. encore sur le lien entre universalisme et mandat de la HALDE CHAPPE, V.-A., « Le cadrage juridique, une ressource politique ? La création de la HALDE comme solution au problème de l'effectivité des normes anti-discrimination (1998-2005) », *op. cit.*, p. 119-122 et MAZOUZ, S., « Ni juridique, ni politique. L'anti-discrimination en pratique dans une commission pour la promotion de l'égalité des chances et de la citoyenneté », *Droit et société*, n° 86, 2014/1, p. 12.

discriminations⁵³⁸. Au-delà de ces vertus, l'institutionnalisation d'un organisme interministériel en charge du pilotage stratégique de l'action gouvernementale n'empêche pas, en soi, de maintenir lorsque nécessaire des organismes experts qui privilégient un secteur d'activité ou une caractéristique particulière en vue d'une connaissance accrue du phénomène discriminatoire.

137. Une approche transversale possède en prolongement plusieurs vertus pédagogiques. Elle permet d'abord d'atténuer une hiérarchisation des motifs liée à l'attribution d'une attention et de moyens gouvernementaux variables. Elle facilite ensuite la compréhension de l'essence des discriminations, en insistant sur ce qui unit ses différentes manifestations, à savoir un effet défavorable subi par certaines personnes par rapport à d'autres, apprécié au regard d'un ou plusieurs motifs de discrimination, dès lors que cet effet n'est pas justifié par des éléments objectifs⁵³⁹. Par cette insistance sur l'essence de la discrimination plus que sur la protection des membres d'un groupe identifié par une caractéristique, elle contribue accessoirement à réduire la portée de l'objection récurrente fondée sur l'allégation d'une communautarisation de la lutte contre les discriminations⁵⁴⁰.

138. Épousant cette approche transversale, une initiative particulièrement intéressante fut amorcée avec la création en 2014 d'une Délégation interministérielle à l'égalité républicaine et à l'intégration (DIERI). Juridiquement établie par le décret n° 2014-385 du 29 mars 2014, cette nouvelle instance était caractérisée par un double mandat, focalisé d'une part sur la politique d'égalité et de lutte contre les discriminations et, d'autre part, sur la politique d'accueil des nouveaux migrants⁵⁴¹. Sans mentionner outre mesure les services d'intégration, le décret du 29 mars était principalement adressé aux administrations et à l'« ensemble des acteurs concernés par la politique d'égalité des droits et de la lutte contre les discriminations ». Il s'agissait alors de se saisir, sous un mandat global, des enjeux liés à la réalisation de la parité, à la suppression des obstacles à l'intégration, à l'accessibilité du monde du travail aux personnes en situation de handicap ou encore à la lutte contre le racisme. Le décret du 29 mars 2014 est néanmoins resté lettre morte, frappé par

⁵³⁸ Mérite particulier de l'organisme de promotion de l'égalité français qui se dissocie à cet égard de nombreuses expériences européennes. V. la liste des membres du réseau européen des organismes de promotion de l'égalité (EQUINET).

⁵³⁹ V. sur ce point, MÉDARD INGHILTERRA, R. « La discrimination, un concept polymorphe à êtreindre », *Délibérée*, n° 7, 2019/2, p. 27-33 et Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, II, B, not. 2).

⁵⁴⁰ Sur cette question, v., entre autres, CALVÈS, G., « La lutte contre les discriminations se rabougrit et se balkanise », *Diversité*, n° 184, 2016/2, p. 17-19.

⁵⁴¹ Visant explicitement le décret n° 89-881 du 6 décembre 1989 portant création du comité interministériel à l'intégration, le décret du 29 mars semblait acter la disparition du HCI et s'inscrire en continuité bien que la politique d'intégration apparaisse secondaire dans le mandat du DIERI. Les deux axes de la feuille de route du Gouvernement présentée par le Premier ministre le 11 février 2014 sont ainsi épousés. PREMIER MINISTRE, *Feuille de route Politique d'égalité républicaine et d'intégration*, 11 février 2014, en ligne [URL : <http://archives.gouvernement.fr/ayrault/presse/feuille-de-route-pour-l-egalite-republicaine-et-l-integration.html>].

le remaniement ministériel et la prise de fonction du premier gouvernement de Manuel Valls deux jours seulement après sa signature, à l'aube de sa publication au JORF⁵⁴². Il a finalement été abrogé en avril 2017⁵⁴³.

139. Dans l'hypothèse d'une résurrection de cette initiative, les caractéristiques et les attributions – purgées du volet « intégration » – mentionnées par le décret du 29 mars 2014 pourraient être réaffirmées. La délégation serait ainsi placée auprès du Premier ministre afin de concrétiser sa vocation interministérielle⁵⁴⁴. Parmi ses tâches figureraient la contribution à la définition d'une politique gouvernementale antidiscriminatoire ainsi que l'animation, le suivi et l'évaluation de sa mise en œuvre⁵⁴⁵. C'est à ce titre qu'une telle délégation serait susceptible de mieux mettre le droit et les politiques publiques au service de la lutte contre les discriminations. La délégation coordonnerait notamment « l'action des différents ministères en matière d'égalité des droits et de lutte contre les discriminations, en veillant à associer l'ensemble des acteurs concernés »⁵⁴⁶. Elle pourrait également promouvoir une expertise, notamment par la gestion d'un fonds d'innovation et de recherche, déjà mentionné par le décret afin « de soutenir des actions innovantes en matière de lutte contre les discriminations et de participer au financement de programmes de recherche sur les discriminations et les conditions d'un meilleur accès au droit commun »⁵⁴⁷. Il conviendrait enfin d'œuvrer « à la coordination de l'action de l'État avec celle de collectivités territoriales »⁵⁴⁸.

140. Le pilotage gouvernemental gagnerait, en effet, à être couplé d'un pilotage territorial permettant à la délégation interministérielle d'animer « un réseau de correspondants territoriaux identifiés dans les services déconcentrés de l'État placés sous l'autorité du préfet »⁵⁴⁹. Un problème conséquent surgit néanmoins ici, dans la mesure où, sous l'impulsion de la DILCRAH et en application du plan national d'action contre le racisme et l'antisémitisme, les Comités pour l'égalité des chances et de la citoyenneté (COPEC) ont été remplacés par des Comités opérationnels de lutte contre le racisme et l'antisémitisme (CORA)⁵⁵⁰. Alors que le mandat des COPEC était

⁵⁴² JORF, 1^{er} avril 2014, texte 8.

⁵⁴³ Décret n° 2017-617 du 24 avril 2017 abrogeant le décret n° 2014-385 du 29 mars 2014 portant création d'un délégué interministériel à l'égalité républicaine et à l'intégration.

⁵⁴⁴ Art. 1, al. 1 du décret n° 2014-385 du 29 mars 2014.

⁵⁴⁵ *Idem*, art. 1, al. 2.

⁵⁴⁶ La feuille de route du 11 février 2014 dressée par le Gouvernement précise à cet égard que le délégué interministériel « devra régulièrement associer experts et représentants de l'ensemble des acteurs concernés. Il sera enfin chargé de proposer les modalités d'association directe des citoyens et des associations à la gouvernance nationale et locale de la politique de lutte contre les discriminations et d'égalité des droits ». V. PREMIER MINISTRE, *Feuille de route Politique d'égalité républicaine et d'intégration*, *op. cit.*, p. 21.

⁵⁴⁷ Art. 2, al. 3 du décret n° 2014-385 du 29 mars 2014.

⁵⁴⁸ Art. 1, al. 3 du décret n° 2014-385 du 29 mars 2014.

⁵⁴⁹ Art. 1, al. 4 du décret n° 2014-385 du 29 mars 2014.

⁵⁵⁰ Décret n° 2016-830 du 22 juin 2016 portant création des comités opérationnels de lutte contre le racisme et l'antisémitisme.

transversal, celui des CORA est quant à lui, *de facto*, restreint au racisme et à l'antisémitisme⁵⁵¹. Si la redynamisation des COPEC pouvait sembler nécessaire⁵⁵², la réduction de leur champ d'action constitue une orientation peu opportune. Elle est d'autant plus dommageable qu'elle s'inscrit à contre-courant de la politique pénale qui prévaut à l'égard des magistrats référents des parquets généraux⁵⁵³. Un choix de politiques publiques s'imposerait en conséquence pour déterminer s'il convient d'alimenter la croissance du mille-feuille administratif français par la création d'une énième instance ou, préférablement, de relancer la valse des délégations territoriales – jadis Commissions départementales d'accès à la citoyenneté (CODAC) de 1999 à 2004, puis COPEC de 2004 à 2014, désormais CORA, et bientôt appelées à de nouvelles dénomination, composition et mandature⁵⁵⁴.

141. Quant aux moyens en personnel, l'article 2 du décret précité fournit un patron utile. La délégation interministérielle pourrait faire appel à l'ensemble des services relevant des ministères et des établissements publics placés sous leur tutelle. Du personnel pourrait également être mis à sa disposition pour l'exercice des fonctions de la délégation. En complément, il serait utile de lui permettre de recourir à un nombre limité de contractuels en vue de la constitution d'une équipe resserrée de personnalités recrutées par le délégué interministériel sur le fondement de leur expertise⁵⁵⁵.

142. Demeure enfin la délicate question de l'arène gouvernementale qui constituera le lieu d'échange et de définition des axes principaux de la politique nationale. Si l'existence d'un Comité interministériel spécifiquement dédié à la lutte contre les discriminations semble indispensable,

⁵⁵¹ Théoriquement, le mandat des CORA embrasse la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et toutes les formes de discrimination. V. art. 1 du décret n° 2016-830 du 22 juin 2016 portant modification de l'art. 27 du décret n° 2006-665 du 7 juin 2006. Néanmoins, comme le laisse transparaître l'intitulé même de ces comités, qui ne font pas mention de la lutte contre les discriminations, ce pan du mandat est devenu en pratique encore plus évanescent à l'exception de certains motifs (*i.e.* orientation sexuelle, identité de genre, prétendue race, convictions religieuses).

⁵⁵² SÉNAT (BENBASSA, E. et LECERF, J.-R.), *Rapport d'information fait au nom de la Commission des lois relatif à la lutte contre les discriminations*, n° 94, 12 novembre 2014, p. 61.

⁵⁵³ V. Circulaire de la direction des affaires criminelles, 26 juin 2006, CRIM 2006-16 E8/26-06-2006, NOR : JUSD630082C : « à cet égard, vous veillerez spécialement à ce que, pour l'exécution des présentes instructions, les compétences dévolues aux magistrats des parquets généraux référents en matière de lutte contre le racisme et l'antisémitisme soient élargies à la lutte contre les discriminations et aux relations avec la Haute autorité ».

⁵⁵⁴ Sur l'action des COPEC, v. not. MAZOUZ, S., « Ni juridique, ni politique. L'anti-discrimination en pratique dans une commission pour la promotion de l'égalité des chances et de la citoyenneté », *op. cit.*, p.11-32. V. not. les entretiens relatés dans l'article précité et conduits avec le responsable de la COPEC dont les pratiques sont analysées, notamment les carences liées au manque d'expertise. Entre autres : « je ne considère pas que le fait qu'un employeur choisisse de ne pas embaucher une femme voilée soit assimilable à de la discrimination ». Le répondant considérant qu'un refus d'embauche fondé sur le motif du port du voile est justifié par la loi du 15 mars 2004. L'auteure conclut *in fine* que « l'observation des usages du droit au sein de la COPEC révèle des pratiques qui, en définitive, font obstacle à son effectivité » (p. 26) et révèlent une « conscience juridique en deçà du droit » de la part des acteurs chargés de l'animation des COPEC (p. 31).

⁵⁵⁵ Notamment afin d'éviter les dérives de compositions trop technocratiques et peu enclines à assurer, par elles-mêmes, l'efficacité des actions conduites. Il s'agit ici précisément d'un reproche récurrent adressé à la DILCRAH par une frange non négligeable des militants antiracistes.

persiste la question de savoir si ce Comité aurait vocation à se substituer aux Comités interministériels au handicap, à l'intégration et à la lutte contre le racisme et l'antisémitisme.

143. Considérant le rôle fondamental confié aux organismes gouvernementaux spécialisés dans l'impulsion de réformes législatives et l'orientation des politiques publiques, dans la coordination des efforts ministériels et dans la jonction fréquemment opérée entre acteurs locaux et administrations centrales, une rationalisation de leurs mandats, au moins partielle et au profit d'une institution gouvernementale centrale, pourrait apparaître bénéfique. Alors que l'ineffectivité du droit de la non-discrimination invite à concevoir une politique nationale ambitieuse de lutte contre les discriminations, la nature du phénomène discriminatoire exige pour y répondre des institutions de pilotage créditées d'un mandat transversal. Cette dernière assertion se veut applicable tant en ce qui concerne le mandat d'une délégation interministérielle, agissant au cœur de l'organisation administrative de l'État, que du Défenseur des droits qui, de manière complémentaire, participe à l'élaboration du droit de la non-discrimination en tant qu'autorité indépendante.

B. L'apport crucial du Défenseur des droits sur le développement du droit de la non-discrimination

144. Les directives communautaires 2000/43/CE et 2000/78/CE enjoignent aux États membres de désigner des organismes « chargés de promouvoir l'égalité de traitement entre toutes les personnes sans discrimination »⁵⁵⁶. Ces dispositions furent à l'origine de la création de la HALDE en 2004, dont les missions ont ensuite été intégrées au sein du mandat du Défenseur des droits. Dans la mesure où ce dernier est susceptible d'assumer plusieurs fonctions, il est préférable, pour davantage de clarté, de s'attacher à ces fonctions plutôt qu'à l'organe dans sa globalité⁵⁵⁷. En dépit d'une jonction des mandats d'organisme de promotion de l'égalité et *d'ombudsman*, chargé d'une mission de médiation et de règlement amiable extrajudiciaire des réclamations, ces deux mandats doivent être rigoureusement dissociés⁵⁵⁸. C'est d'abord en tant qu'organisme de promotion de l'égalité que le Défenseur des droits est susceptible d'influencer activement le processus d'élaboration de la règle de droit. À l'instar des organismes gouvernementaux ci-dessus évoqués, il

⁵⁵⁶ Art. 13 de la directive 2000/43/CE.

⁵⁵⁷ Sur l'opportunité d'une telle dissociation, fonctionnelle et organique, v. DE BÉCHILLON, D., *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, *op. cit.*

⁵⁵⁸ De même, le mandat d'organisme de promotion de l'égalité ne se confond pas non plus avec celui d'Institution nationale des droits de l'homme (INDH), dont la fonction est plus vaste et promue par les Principes de Paris. V. AGNU, Résolution A/RES/48/134 du 20 décembre 1993. Comme le précisent les directives européennes, la fonction d'organisme de promotion de l'égalité peut néanmoins être alliée à celle d'INDH au sein d'un même organe. V. Art. 1 de la directive 2000/43/CE : les organismes de promotion de l'égalité « peuvent faire partie d'organes chargés de défendre à l'échelon national les droits de l'homme ou de protéger les droits des personnes ».

peut, à son tour, contribuer directement ou indirectement à mettre son expertise au service du développement et de l'enrichissement du droit de la non-discrimination.

145. Si l'expertise interne des agents du Défenseur des droits est manifeste⁵⁵⁹, l'institution entretient également pour la renforcer une collaboration continue avec les associations, les autorités administratives indépendantes, les juridictions et les universitaires. Les directives communautaires⁵⁶⁰, qui encouragent « le dialogue avec les organisations non gouvernementales concernées qui ont [...] un intérêt légitime à contribuer à la lutte contre la discrimination »⁵⁶¹, ont ainsi débouché en France sur une véritable stratégie partenariale du Défenseur des droits et, avant lui, de la HALDE⁵⁶². Cette stratégie se reflète dans l'organigramme de l'institution, qu'il s'agisse du collège « Lutte contre les discriminations et promotion de l'égalité »⁵⁶³, de la création de la direction « Promotion de l'égalité et de l'accès aux droits », des sept comités d'entente avec les acteurs associatifs (*i.e.* LGBTI, handicap, enfance, santé, origines, âge, égalité entre les femmes et les hommes), des deux comités de liaisons avec les acteurs professionnels (*i.e.* intermédiaires de l'emploi et acteurs du logement privé), des partenariats conventionnels⁵⁶⁴, des partenaires internationaux, des collaborations prévues par la loi avec des autorités administratives indépendantes⁵⁶⁵ ou encore avec les juridictions⁵⁶⁶. Cette large interconnexion des acteurs de la lutte contre les discriminations, cumulée aux ressources internes, permet à l'institution de condenser une expertise qu'elle peut ensuite mettre à profit dans le cadre de ses missions, notamment afin de suggérer des modifications du droit en vigueur par l'intermédiaire d'une « conseillère parlementaire »⁵⁶⁷.

⁵⁵⁹ V. not. sur ce point SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, Aix-en-Provence, PUAM, 2017, p. 45-46.

⁵⁶⁰ Le réseau Equinet, qui regroupe les organismes de promotion de l'égalité nationaux institués à la suite de l'adoption des directives communautaires, invite en ce sens au développement d'un réseau de coopération qui « renforce l'efficacité en mobilisant des ressources supplémentaires permettant d'atteindre les objectifs des organismes de lutte contre les discriminations » (EQUINET, *Organismes de lutte contre les discriminations. Difficultés et opportunités actuelles*, Bruxelles, Equinet, 2012, p. 21).

⁵⁶¹ Art. 12 de la directive 2000/43/CE et art. 14 de la directive 2000/78/CE. Respectivement, les articles 11 et 13 reproduisent cette incitation à l'égard des partenaires sociaux.

⁵⁶² V. HALDE, *Rapport annuel 2006*, Paris, La Documentation française, 2007, p. 46-69.

⁵⁶³ Le collège est composé de huit personnalités qualifiées : Rachid Arhab (journaliste), Françoise Vergès (chercheur), Mansour Zoberi (directeur de la promotion de la diversité et de la solidarité du groupe Casino), Gwénaële Calvès (professeure de droit public à l'université de Cergy-Pontoise), Françoise Laroudie (secrétaire générale de l'Arche en France), Yves Doutriaux (conseiller d'État), Dominique Guirimand (conseiller honoraire à la Cour de cassation) et Pape Ndiaye (historien). Avis modifiant l'avis relatif à la désignation des membres des collèges du Défenseur des droits, JORF, 30 octobre 2014, texte 87 (NOR : DFDX1425491V).

⁵⁶⁴ *Confer* liste des conventions et protocoles signés par le Défenseur des droits, en ligne [URL : <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/institution/relations/partenaires>].

⁵⁶⁵ CNIL et CADA (art. 9 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011) ou encore CNCDH (art. 17 de la loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 qui modifie l'art. 1, al. 3 de la loi n° 2007-292 du 5 mars 2007).

⁵⁶⁶ Art. 7, 19, 23, 32, 33 et 36 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011.

⁵⁶⁷ Mme. France de Saint-Martin occupait cette position en 2020, directement rattachée auprès de Jacques Toubon.

146. Le Défenseur des droits « *peut être consulté par le Premier ministre sur tout projet de loi intervenant dans son champ de compétence* » et « *peut également être consulté par le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale ou le président du Sénat sur toute question relevant de son champ de compétence* »⁵⁶⁸. Alors que l'habilitation du Défenseur des droits s'inscrit en filiation directe de l'article 15 de la loi du 30 décembre 2004 (la HALDE « *est consultée par le Gouvernement sur tout projet de loi relatif à la lutte contre les discriminations et à la promotion de l'égalité* »⁵⁶⁹), la loi organique du 29 mars 2001 en a toutefois restreint la portée. La consultation a en effet été rendue facultative lorsque le projet de loi est relatif à la lutte contre les discriminations⁵⁷⁰. Auparavant systématique, elle est désormais laissée à la discrétion du Premier ministre. Considérant le faible recours par les pouvoirs publics à leur faculté d'interroger le Défenseur des droits pour avis⁵⁷¹, un retour à la formulation de l'article 15 de la loi du 30 décembre 2004 semblerait opportun. La loi organique du 29 mars 2011 pourrait semblablement disposer que, en plus de sa consultation facultative sur toute question qui relève de son champ de compétence, le Défenseur des droits « *est consulté*⁵⁷² par le Gouvernement sur *tout projet de loi* relatif à la lutte contre les discriminations et à la promotion de l'égalité »⁵⁷³. Une généralisation de cette obligation de consultation pourrait en outre être envisagée afin que soient également concernées les initiatives

⁵⁶⁸ Art. 32 de la loi organique du 29 mars 2011 (nous soulignons).

⁵⁶⁹ Nous soulignons. L'art. 15 mentionnait encore que la HALDE « *peut également être consultée par le Gouvernement sur toute question relative à ces domaines* ».

⁵⁷⁰ ASSEMBLÉE NATIONALE (MOREL-À-L'HUISSIER, P.), *Rapport n° 2291 et 2292 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi organique relatif au Défenseur des droits*, enregistré à la présidence le 1^{er} décembre 2010, p. 124-126 : « D'une part, [...] il peut ne pas paraître très cohérent, compte tenu de l'étendue des compétences du Défenseur des droits, de prévoir qu'il ne soit consulté que sur les projets de loi relatifs à une partie de son champ de compétence et non sur les autres. D'autre part, on peut douter de la conformité à la Constitution de cette disposition, dont la méconnaissance entacherait la régularité de la procédure législative et conduirait à la censure de la loi concernée. Cette obligation de consultation paraît excéder l'habilitation donnée au législateur organique par l'article 71-1 de la Constitution. [...] En outre, cette obligation peut paraître inutile, dans la mesure où le caractère général de son pouvoir de recommandation de modifications législatives lui permet, en tout état de cause, de donner son avis sur tout projet de loi dès lors qu'il le juge utile, sans qu'il ait été saisi à cette fin par le Premier ministre. [...] Suivant la proposition de votre rapporteur, votre commission a supprimé le caractère obligatoire de cette consultation, qu'elle a permise pour l'ensemble des projets de loi entrant dans le champ de compétences du Défenseur des droits ».

⁵⁷¹ SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 666.

⁵⁷² Sur la valeur impérative du mode de verbe indicatif, v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, I, A.

⁵⁷³ Nous soulignons. Cette formulation avait été retenue à l'issue de la première lecture au Sénat. Un amendement soutenu par Nicole Borvo Cohen-Seat avait même vocation à rendre cette consultation systématique pour tous les champs de compétence du Défenseur des droits (amendement n° 57). V. Nicole Borvo Cohen-Seat (sénatrice communiste) in JORF, jeudi 3 juin 2010, n° 54, S (CR), p. 4387 : « Chers collègues de la majorité, vous avez voulu que la HALDE soit absorbée par le Défenseur des droits. Or, puisque la HALDE, aujourd'hui, doit être consultée sur tous les projets de loi relatifs à la lutte contre les discriminations et à l'égalité, nous ne voyons pas pourquoi le Défenseur des droits ne serait pas sollicité, de même, sur tout projet de loi entrant dans le champ de ses compétences. Du reste, même si la HALDE était dissociée du Défenseur des droits, nous pourrions réclamer une telle prérogative pour les autres compétences exercées par cette dernière autorité ». Il fut néanmoins rejeté afin d'éviter une « surcharge de travail ». V. en réponse les propos de Michèle Alliot-Marie (ministre d'État) in JORF, jeudi 3 juin 2010, n° 54, S (CR), p. 4388 : « La consultation du Défenseur des droits sur des questions relatives à son champ de compétence est déjà prévue, de manière facultative, à l'alinéa suivant du présent article. Si elle était rendue systématique et obligatoire, elle entraînerait pour le Défenseur des droits une surcharge de travail probablement inutile dans bon nombre de domaines. Je crois qu'il vaut mieux conserver le caractère facultatif de cette consultation. C'est pourquoi le Gouvernement émet un avis défavorable sur l'amendement n° 57 ». L'amendement fut en conséquence rejeté.

parlementaires (*i.e.* propositions de loi). Le Défenseur des droits n'étant pas un Conseil d'État *bis*, spécialisé sur certaines thématiques, rien ne justifie qu'il soit consulté exclusivement lorsque le Gouvernement est à l'initiative de la réforme législative.

147. En ouvrant la voie à une consultation de l'organisme de promotion de l'égalité en amont, lors de l'élaboration du projet ou de la proposition de loi, l'article 32 de la loi organique du 29 mars 2011 permet d'ancrer au sein du processus législatif une conviction antidiscriminatoire vigoureuse. Face à des auteurs intellectuels parfois peu enclins à l'audace, voire réticents à la lutte contre les discriminations⁵⁷⁴, le Défenseur des droits peut ainsi porter l'exigence de non-discrimination au cœur du processus de production normative pour impulser ou soutenir diverses réformes. Pour concrétiser cette mission, il a rendu cent trente et un avis à la demande du Parlement entre janvier 2012 et novembre 2019 : quatre avis en 2012, onze en 2013 et en 2014, vingt-neuf en 2015, vingt-et-un en 2016, quatorze en 2017, vingt-neuf en 2018 et douze en 2019⁵⁷⁵. Sur les vingt-neuf avis rendus à la demande du Parlement en 2018, plus de la moitié concernait directement ou indirectement la lutte contre les discriminations. Afin de conseiller les auteurs du texte en vue de son amélioration et du choix des mesures appropriées, ses avis sont fréquemment présentés auprès de missions d'information parlementaires, en commission des lois ou en commission des affaires sociales. Contrairement à l'Espagne, qui dispose d'une commission parlementaire aux relations entre les *Cortes Generales* et le *Defensor del Pueblo*, le Défenseur des droits ne bénéficie pas en revanche d'une enceinte spécifique de collaboration au sein du Parlement – ce que certains auteurs ont pu regretter⁵⁷⁶.

148. La rédaction d'avis sur demande expresse du Parlement ou du Gouvernement n'est cependant pas le seul vecteur par lequel le Défenseur des droits cherche à impacter la production normative. Il peut en parallèle participer à des auditions parlementaires – liée ou non aux avis présentés – et susciter sa propre tribune par des recommandations de portée générale. L'article 32 de la loi organique du 29 mars 2011 dispose encore que le Défenseur « peut recommander de procéder aux modifications législatives ou réglementaires qui lui apparaissent utiles »⁵⁷⁷. Le rapport annuel d'activité de l'institution fait état de dix auditions réalisées devant le Parlement en 2012 et

⁵⁷⁴ Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, I, B, 2). Sur l'attitude réservée des destinataires des propositions de réforme avancées par le Défenseur des droits, v. aussi LÖHRER, D., « La fonction d'aide à l'accès au juge du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 219-220.

⁵⁷⁵ À la date du 13 novembre 2019.

⁵⁷⁶ Pour Dimitri Löhrer, le « législateur français pourrait s'inspirer de son homologue espagnol en créant une commission similaire à la commission mixte Congrès-Sénat en charge des relations entre les Cortès générales et le Défenseur du Peuple ». V. LÖHRER, D., *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé. L'exemple de l'ombudsman spécialisé portugais, espagnol et français*, thèse dactylographiée, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2013, p. 674.

⁵⁷⁷ Auparavant, l'art. 15 de la loi du 30 décembre 2004 relative à la création de la HALDE disposait que la HALDE « peut recommander toute modification législative ou réglementaire ».

de sept recommandations de portée générale adressées au pouvoir exécutif⁵⁷⁸. L'année suivante, l'autorité constitutionnelle indépendante se prévalait de vingt-neuf propositions de réformes adressées aux pouvoirs publics⁵⁷⁹, puis de vingt-six en 2014, dont onze satisfaites, s'ajoutant aux onze auditions parlementaires⁵⁸⁰. Dans une dynamique croissante, l'année 2015 donna lieu à cent-neuf propositions de réforme, dont trente et une satisfaites⁵⁸¹, puis cent cinquante-deux en 2016, dont vingt-six concluantes⁵⁸². Ce chiffre baissa néanmoins à quarante-huit pour l'année d'exercice 2017⁵⁸³. Par ce biais ou par d'autres, le Défenseur des droits intervient ainsi – selon ses propres termes – « auprès du gouvernement et du Parlement pour préconiser des évolutions législatives et réglementaires dans le cadre de sa mission de réforme »⁵⁸⁴.

149. Les propositions de réformes du défenseur des droits peuvent d'abord viser la modification du droit en vigueur afin de l'enrichir ou de le parfaire. Parmi les réussites, la loi n° 2014-56 du 27 janvier 2014 visant à harmoniser les délais de prescription des infractions prévues par la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881, incluant la provocation à la discrimination, est venue rallonger les délais de prescription pour les infractions commises à raison du sexe, de l'orientation sexuelle et du handicap⁵⁸⁵. Relevant la prescription de trois mois à un an, la mesure permit un alignement avec le régime juridique des infractions commises à raison de la race⁵⁸⁶, de l'ethnie et de la religion⁵⁸⁷. Toujours en 2014, la consécration du lieu de résidence en tant que motif de discrimination fut, là encore, influencée par l'intervention et les recommandations préalables de l'institution. Deux ans plus tard, son influence se manifesta à l'heure de consacrer la particulière vulnérabilité économique comme nouveau motif⁵⁸⁸.

150. Les suggestions de réformes du Défenseur des droits ont encore pour objet de mettre les dispositions législatives en conformité avec l'interdiction de la discrimination, et ainsi abroger ou modifier, le cas échéant, les dispositions discriminatoires. La loi n° 89-462 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové a, par exemple, intégré à cette fin plusieurs exigences formulées par le Défenseur des droits (*e.g.* énumération limitative des pièces justificatives exigibles

⁵⁷⁸ DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2012*, Paris, Défenseur des droits, 2013, p. 25.

⁵⁷⁹ DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2013*, Paris, Défenseur des droits, 2014, p. 21.

⁵⁸⁰ DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2014*, Paris, Défenseur des droits, 2015, p. 12.

⁵⁸¹ DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2015*, *op. cit.*, p. 8.

⁵⁸² DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2016*, *op. cit.*, p. 9.

⁵⁸³ DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2017*, Paris, Défenseur des droits, 2018, p. 9.

⁵⁸⁴ DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2014*, *op. cit.*, p. 135.

⁵⁸⁵ Soulignons ici le rapprochement qu'il est possible d'opérer entre la provocation à la discrimination au sens de la loi de 1881 sur la liberté de la presse et l'injonction à la discrimination au sens de la loi du 27 mai 2008.

⁵⁸⁶ Soulignons ici l'absence de généralisation de l'expression de « prétendue » race qui a intégré les dispositions énonçant les listes de motifs de discrimination dans le Code du travail, le Code pénal et la loi du 27 mai 2008.

⁵⁸⁷ Art. 65-3 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

⁵⁸⁸ Sur l'influence du Défenseur des droits au cours des débats, v. not. SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 123-131.

du bailleur, généralisation de la cotitularité automatique du bail pour les partenaires Pacsés, interdiction de la discrimination à raison de l'âge dans le domaine locatif⁵⁸⁹). La loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises a, quant à elle, mis un terme, sur recommandation du Défenseur des droits, à l'exclusion des étrangers non communautaires du droit au renouvellement d'un bail commercial⁵⁹⁰. La loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes a, entre autres, permis un alignement du bénéfice à tous les conjoints, quel que soit leur situation de famille (*i.e.* conjoints de fait ou Pacsés), des autorisations d'absence pour assister aux examens médicaux prénataux et postnataux obligatoires⁵⁹¹. Elle a également élargi aux couples pacsés l'autorisation exceptionnelle d'absence consécutive à l'union civile alors qu'elle était jusque-là réservée aux couples mariés⁵⁹². Elle a encore sécurisé l'accès aux congés de maternité et de paternité pour les femmes et les hommes sous contrat de collaboration libérale par le biais d'un droit de suspension de seize semaines minimum à l'occasion de l'accouchement et de onze à dix-huit jours pour le conjoint⁵⁹³. Plus récemment, l'article 195 de la loi n° 2017-90 relative à l'égalité et à la citoyenneté a abrogé la loi n° 69-3 du 3 janvier 1969 relative à l'exercice des activités ambulantes et au régime applicable aux personnes circulant en France sans domicile ni résidence fixe⁵⁹⁴.

151. D'autres initiatives de réformes souhaitées par l'institution demeurent encore en attente d'une concrétisation législative. Tel est notamment le cas de l'exonération des taxes liées à la délivrance ou au renouvellement de la carte de séjour des étrangers conjoints de français, de la délivrance de plein droit d'une carte de résident en cas de mariage depuis plus de deux ans, ou encore de la suppression de l'obligation d'obtention d'un visa long séjour pour prétendre à une carte de séjour temporaire mention « vie privée et familiale ». L'attribution de la carte « familles nombreuses » aux parents séparés ou divorcés ainsi qu'aux familles recomposées dès lors que les deux parents contribuent à la prise en charge des enfants a également été l'objet de recommandations du Défenseur des droits. Sans succès pour le moment. Il en va de même de l'obligation pour les préfets de se substituer aux maires qui ne réaliseraient pas les aires permanentes d'accueil pour les gens du voyage.

152. Même imparfaitement satisfaites, ces initiatives reflètent les apports considérables de l'organisme de promotion de l'égalité à la réalisation du droit de la non-discrimination, soit

⁵⁸⁹ Respectivement art. 22-2 de la loi n° 89-462 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, art. 1751 du Code civil, art. 1, al. 3 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

⁵⁹⁰ Abrogeant, par son art. 5, l'art. L. 145-13 du Code du commerce.

⁵⁹¹ Art. 11 de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014, pour les congés prévus à l'art. L. 2122-1 du Code du travail.

⁵⁹² Respectivement art. L. 3142-1 du Code du travail et art. 21 de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014.

⁵⁹³ Art. 17 de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014.

⁵⁹⁴ Nous renvoyons ici aux développements *in* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, II, B.

directement par la préconisation d'une extension des garanties dont il est porteur (*e.g.* élargissement de l'interdiction de la discrimination, développement de normes qui participent à la réalisation du droit à la non-discrimination), soit indirectement par la recommandation d'une mise en conformité d'autres dispositions législatives au regard de ces garanties (*e.g.* suppression de dispositions discriminatoires).

153. Le Défenseur des droits s'emploie, par ailleurs, à maintenir une relation de confiance avec le Parlement. Dès les premiers mois de sa mission, Dominique Baudis qualifiait la qualité et la fluidité des relations entretenues avec les pouvoirs publics – et notamment avec l'enceinte législative – de conditions essentielles à l'efficacité de l'action de l'institution et à la continuité de son existence⁵⁹⁵. « Relai nécessaire à la concrétisation de ses interventions » pour Dimitri Löhner⁵⁹⁶, « condition essentielle pour ancrer le Défenseur des droits dans [le] paysage institutionnel [et] gage de son efficacité » pour Dominique Baudis⁵⁹⁷, cette relation de confiance avec le Parlement possède un caractère déterminant. Dans ce contexte, l'intensification du recours à cette prérogative apparaît souhaitable, en filiation des Principes de Belgrade⁵⁹⁸ et des recommandations de la Commission sur l'égalité et la non-discrimination du Conseil de l'Europe⁵⁹⁹. Certes, des obstacles persistent face à l'influence de l'organisme de promotion de l'égalité au cœur du processus d'élaboration du droit, notamment du fait d'une réceptivité pour le moins variable des interlocuteurs. Face à la difficulté de la tâche de persuasion et à défaut de pouvoirs contraignants, la capacité future du Défenseur des droits à accroître sa fonction tribunitienne en pesant davantage sur le plan décisionnel constitue sans doute un enjeu décisif.

154. En parallèle du mandat d'organisme de promotion de l'égalité et de lutte contre les discriminations, le Défenseur des droits est également crédité d'un mandat d'*ombudsman*, chargé à la fois d'une mission de médiation formalisée et d'une mission de règlement extrajudiciaire informel des réclamations fondées sur une allégation de discrimination. Ce mandat d'*ombudsman* peut être rapproché de la figure des tiers impartiaux spécialisés, eux aussi susceptibles d'influencer le contenu

⁵⁹⁵ DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2011*, Paris, Défenseur des droits, 2012, p. 4.

⁵⁹⁶ LÖHRER, D., *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé. Op. cit.*, p. 667.

⁵⁹⁷ DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2011, op. cit.*, p. 4.

⁵⁹⁸ Principes de Belgrade sur la relation entre les Institutions nationales des droits de l'Homme et les Parlements (Belgrade, Serbie, les 22-23 février 2012) adoptés lors du séminaire organisé par le bureau du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les droits de l'Homme, le Comité international de coordination des Institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'Homme. V. notamment principes 24 à 31.

⁵⁹⁹ COMMISSION SUR L'ÉGALITÉ ET LA NON-DISCRIMINATION (ZAPPONE, K.), *Améliorer la coopération entre les institutions nationales des droits de l'homme et les parlements en matière d'égalité et de non-discrimination*, doc. 13506, 30 avril 2014, p. 15, en ligne [URL : <http://assembly.coe.int>] : « les parlements devraient identifier les moyens structurels les plus appropriés pour collaborer avec les INDH, par exemple par l'intermédiaire d'un système de commissions. Ils devraient s'efforcer activement de travailler avec les INDH et de solliciter des informations de leur part sur les questions d'égalité et de non-discrimination. Conjointement avec leur INDH, les parlements devraient définir un cadre de coopération et d'entraide clair, susceptible de faciliter le développement de leur interaction d'une manière collégiale et constructive ».

de la règle de droit. Cette influence est toutefois moins fonction de leur intervention au cours de l'élaboration de la loi, qui caractérise l'activité de promotion de l'égalité, que de leurs prérogatives d'interprétation de la règle de droit.

II. L'absence de « tiers impartiaux » spécialisés chargés de la détermination de la règle de droit antidiscriminatoire

155. La qualification du « tiers impartial » peut, de manière idéale typique, être entendue comme se référant à un organisme chargé de l'application du droit par le règlement des litiges, placé en position d'autorité par rapport aux parties, et dont la légitimité de la fonction repose sur le caractère non partisan. Cette figure de « tiers impartial », « loin de se réduire à un statut juridictionnel », est désormais « en pleine diversification qualitative et quantitative, et ce tout particulièrement en matière de droits et libertés »⁶⁰⁰. Cet essor débouche sur la création de juridictions spécialisées, d'autorités administratives indépendantes ou de médiateurs spécialisés. Leur activité a parfois été considérée comme un facteur de réalisation du droit⁶⁰¹. Dans le cadre d'une analyse relative aux modalités de conception de la norme (*i.e.* étude des qualités organiques), il ne s'agit pas, ici, de considérer leur rôle en tant qu'autorités d'application du droit qui permet la réalisation par le traitement de la revendication du droit à la non-discrimination et, le cas échéant, sa satisfaction, dans un cas particulier. Il s'agit plutôt de considérer le fait que ces autorités participent possiblement, elles aussi, à la détermination du contenu opposable de la norme (*e.g.* interdiction de la discrimination) par le biais d'une interprétation qui est éclairée de leur expertise. Elles sont susceptibles d'élargir la protection antidiscriminatoire, par exemple en acceptant d'appréhender certaines manifestations complexes de discrimination (*e.g.* discrimination intersectionnelle⁶⁰²). Elles façonnent alors la qualification juridique, plus ou moins protectrice, que devront appréhender les victimes qui entendent contester un traitement défavorable⁶⁰³. Afin de répondre à la technicité du droit de la non-discrimination que les juridictions ordinaires peinaient à appréhender⁶⁰⁴, quelques systèmes juridiques étrangers ont institué des juridictions spécialisées (*e.g.* *Human Rights Tribunals*)⁶⁰⁵. Ces dernières contribuent à préciser les implications de la règle de droit par l'intermédiaire de la

⁶⁰⁰ CHAMPEIL-DESPLATS, V., « À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 20.

⁶⁰¹ *Ibidem.*

⁶⁰² V. ici Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, II, B.

⁶⁰³ En effet, ces institutions « n'appliquent pas mécaniquement des énoncés juridiques dont le sens s'impose à elles. Elles sont, en grande partie, [maîtres] de ce sens et des effets qu'elles leur associent » (CHAMPEIL-DESPLATS, V., « À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 19-20 – au sujet des tiers impartiaux en général).

⁶⁰⁴ Comme expliqué ci-après, c'est en partie cet argument qui a motivé la création de juridictions spécialisées en droit de la non-discrimination au Canada.

⁶⁰⁵ Cette configuration se retrouve, entre autres, en Australie, en Nouvelle-Zélande ou au Canada. Sur la contribution des juridictions spécialisées à la « concrétisation » des droits et libertés, v. aussi CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Théorie générale des droits et libertés*, *op cit.*, p. 280.

signification normative qu'elles lui confèrent. La France n'a pour l'heure pas emprunté cette voie. En effet, le législateur national n'a pas fait le choix d'une spécialisation des juridictions chargées du contentieux de la non-discrimination, et il n'est pas certain qu'une telle perspective soit désirable (B). Par ailleurs, si le législateur français a bien institué à compter de 2004 un *ombudsman* spécialisé, incarné par la HALDE, puis par le Défenseur des droits, celui-ci ne participe pas à la détermination de la norme. En tant que tiers extrajudictionnel, ses décisions sont dépourvues de force exécutoire et il serait pour cette raison excessif de l'ériger en interprète authentique. De plus, rapprocher cet organisme de la figure du tiers « impartial » impliquerait de lui reconnaître cette dernière qualité, selon nous incompatible avec son mandat de promotion de l'égalité et de lutte contre les discriminations (A).

A. L'absence de détermination de la norme par la fonction d'*ombudsman* du Défenseur des droits

156. Précisons d'emblée que, si l'analyse des qualités organiques nous conduit à envisager la fonction d'*ombudsman* pour souligner son absence d'influence sur la détermination de la norme, elle nous fournit surtout l'occasion de poser, dans le cadre d'une mise en contexte du droit de la non-discrimination, des clarifications relatives à cette fonction. Ces clarifications éclaireront la suite de nos développements sur plusieurs points⁶⁰⁶. Il nous faut alors emprunter quelques détours pour comprendre l'origine et la nature de cette fonction, lesquelles expliquent le regard critique qui sera posé sur la manière dont elle s'est traduite en France en matière de discrimination. Figure traditionnelle du paysage institutionnel scandinave et modèle de tiers impartial contemporain, l'*ombudsman* se mue en tiers spécialisé lorsque son habilitation *ratione materiae* l'amène à connaître des réclamations fondées sur une allégation de discrimination. Pour saisir plus finement cette figure institutionnelle, une analyse historique est susceptible de révéler l'évolution et la pluralité des mandats qui ont pu lui être confiés, le plus souvent de manière alternative, en France et à l'étranger. Le *Parliamentary Ombudsman* mis en place en Suède au XVIII^{ème} siècle s'apparente au modèle initial, compétent pour connaître des réclamations formulées par les citoyens à l'encontre de l'activité de l'administration. Sa réception en dehors de la région scandinave, doublée d'une spécialisation en matière de droits fondamentaux, a par la suite donné naissance au *Human Rights Ombudsman*. Lorsque le mandat se trouve resserré plus particulièrement sur la discrimination, le modèle s'approche des *Equality Commissions* ou *Equality Bodies*, dont la compétence est généralement élargie

⁶⁰⁶ Entre autres : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, II, B ; Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, II, B, 2) ; et Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

à la sphère privée. Le Défenseur des droits résulte d'une superposition inédite et peu cohérente de ces différents mandats. Il importe dans un premier temps de les démêler (1) afin de comprendre les limites de la fonction d'*ombudsman* de l'institution constitutionnelle indépendante en matière de discrimination. Celle-ci ne contribue pas, par ce biais, à la détermination de la norme, pas plus qu'elle ne peut être créditée d'une parfaite impartialité (2).

1) Une institution hybride

157. Afin de superviser les officiers publics et de s'assurer du respect de l'application des directives royales durant ses absences liées aux guerres entre la Suède et la Russie, Charles XII instaura en 1713 par ordonnance royale le *Högsta Ombudsmännen*, haut mandataire du Roi. L'institution devint le *Justitiekansler* en 1719, dont le titulaire était nommé par le Roi. De 1766 à 1772, le privilège de la nomination revint au *Riksdag* (parlement suédois)⁶⁰⁷ et le *Justitiekansler* devint alors un représentant du Parlement⁶⁰⁸, chargé du traitement gratuit des plaintes des citoyens face aux erreurs de l'administration. En 1809, le pouvoir constituant consacra l'*ombudsman* comme pouvoir constitutionnel⁶⁰⁹. C'est ensuite au XXème siècle que l'expérience s'étendit avec la création du *Militieombudsman* en 1915, dont la compétence était spécifiquement attachée à la surveillance de l'administration martiale et au traitement du personnel militaire. Quatre années plus tard, l'article 49 de la Constitution finlandaise institua à son tour l'*ombudsman* de l'*Eduskunta* (parlement finlandais), compétent en matière administrative et militaire (*i.e. Parliamentary Ombudsman et Militieombudsman*). La loi danoise fit de même en 1954⁶¹⁰. En 1962, vint le tour de la Norvège, qui s'inspira essentiellement du modèle danois⁶¹¹. Bien qu'elles en conservent les contours essentiels, les réceptions successives en Europe et en Amériques ont altéré le modèle scandinave. De telle sorte qu'il est désormais possible de distinguer *a minima* quatre modèles : le *Parliamentary Ombudsman*, le *Militieombudsman*, le *Human Rights Ombudsman* et l'*Equality Body*.

⁶⁰⁷ ORFIELD, L. B., « The Scandinavian Ombudsman », *Administrative Law Review*, vol. 19, 1966-1967, p. 7-74.

⁶⁰⁸ Loin d'être indépendant, le titulaire de la fonction était initialement choisi par le Parlement suédois pour quatre ans et destituable dans le cas où il perdait sa confiance. Soulignons ici que la faible capacité contraignante de ses pouvoirs n'est pas sans lien avec sa conception en tant qu'excroissance du Parlement au sein d'un régime parlementaire. V. sur ce point MACDERMOT, N., « The Ombudsman Institution », *International Commission of Jurists Review*, vol. 37, 1978, not. p. 38. V. encore MCLELLAN, G. B., « The Role of the Ombudsman », *University of Miami Law Review*, vol. 23, 1969, p. 463-475. En parallèle de ses liens intimes avec le Parlement, l'informalité, la publicité et la gratuité de son action constituaient des instruments adéquats pour gagner la confiance des citoyens.

⁶⁰⁹ Comme le souligne Dimitri Löhrer, « initialement imaginée comme un instrument de renforcement du pouvoir royal, l'institution va progressivement s'ériger en bras droit du Parlement en vue de garantir la protection des individus face aux dysfonctionnements, négligences et abus de l'appareil administratif ». V. LÖHRER, D., *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, *op. cit.*, p. 32.

⁶¹⁰ BARRIE, G. N., « The Ombudsman: Governor of the Government », *The South African Law Journal*, vol. 87, 1970, not. p. 229.

⁶¹¹ *Idem*, p. 227.

158. En vertu de la Constitution suédoise de 1809, l'*ombudsman* s'apparentait à un instrument de contrôle de l'administration publique par le Parlement⁶¹². L'article 96 de la Constitution lui confiait la charge à la fois de veiller « à ce que les juges et les fonctionnaires se conforment aux lois »⁶¹³ et, le cas échéant, de poursuivre devant les tribunaux compétents « ceux qui, dans l'exercice de leurs fonctions, auront par partialité, faveur ou tout autre motif, commis des illégalités ou négligé de remplir convenablement les devoirs de leur office »⁶¹⁴. La Constitution finlandaise de 1919 précisait semblablement à son article 49 : « *the task of the Parliamentary Ombudsman shall be to oversee that the courts of justice and other public authorities as well as public officials in the performance of their duties, the employees of public corporations and other persons performing public functions comply with the law and fulfil their obligations* »⁶¹⁵. Trois qualités essentielles constituent les dénominateurs communs des différents *Parliamentary Ombudsmän* : un organe non partisan mais affilié au Parlement, chargé du traitement des plaintes des citoyens à l'encontre de l'administration, et ayant la faculté d'enquêter, de critiquer, et d'émettre publiquement un avis sans pour autant disposer – la plupart du temps – de la capacité de contraindre l'action de l'administration⁶¹⁶. C'est sur ce modèle que fut élaboré en France le Médiateur de la République⁶¹⁷. Les expériences nord-américaines et ibériques ont par la suite amorcé la spécialisation du *Parliamentary Ombudsman*.

159. Conçu en filiation directe, le *Human Rights Ombudsman* réinvente le *Parliamentary Ombudsman* scandinave et s'en distingue en raison de la spécialisation de son domaine de compétence autour des droits fondamentaux. Selon Dimitri Löhrer, la paternité du *Human Rights Ombudsman* doit être attribuée au Portugal et à l'Espagne⁶¹⁸ qui, à l'issue des régimes salazariste et franquiste, ont instauré le *Provedor de Justiça* et le *Defensor del Pueblo*. Alors que le sujet du contrôle reste exclusivement l'administration, l'objet du contrôle se trouve resserré autour des droits fondamentaux⁶¹⁹. C'est

⁶¹² Pour des approches détaillées, v. entre autres : JÄGERSKIÖLD, S., « The Swedish Ombudsman », *University of Pennsylvania Law Journal*, vol. 109, 1961, p. 1077-1099 ; GOTZE, M., « The Danish Ombudsman. A National Watchdog With Selected Preference », *Utrecht Law Review*, vol. 6, n° 1, 2010, p. 33-50 ; GELLORN, W., « The Norwegian Ombudsman », *The Stanford Law Review*, vol. 18, 1966, p. 283-321 ; GELLORN, W., « The Ombudsman in Danemark », *McGill Law Journal*, vol. 12, n° 1, 1966, p. 1-40 ; PATTERSON, A. M., « The Ombudsman », *University of British Columbia Law Review*, vol. 1, n° 6, 1959-1963, p. 777-781 ; ORFIELD, L., « The Scandinavian Ombudsman », *op. cit.*, p. 7-74 ; SHEPPARD, C. A., « An Ombudsman for Canada », *McGill Law Journal*, vol. 10, n° 4, 1964, p. 291-340.

⁶¹³ Constitution suédoise du 6 juin 1809, tel que traduite et diffusée par la DigiThèque des matériaux juridiques et politiques de l'Université de Perpignan, disponible en ligne [URL : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/se1809.htm>].

⁶¹⁴ V. LÖHRER, D., *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, *op. cit.*, p. 32.

⁶¹⁵ Constitution finlandaise du 17 juillet 1919 (abrogée le 22 décembre 1995), tel que traduite par Martin Scheinin et diffusée en ligne [URL : http://www.servat.unibe.ch/icl/fi01000_.html].

⁶¹⁶ En ce sens, v. ROBERTS, D., « The Ombudsman Cometh », *Advocate Vancouver*, vol. 30, 1972, p. 360.

⁶¹⁷ Cette filiation explique, entre autres, la modalité de saisine indirecte du Médiateur par la voie d'un parlementaire. V. art. 6 de la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un médiateur.

⁶¹⁸ LÖHRER, D., *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, *op. cit.*, p. 41.

⁶¹⁹ V. *idem*, p. 42. Selon l'auteur, cette mutation s'explique par la nécessité d'accompagner les transitions démocratiques puisqu'il n'aurait pas été « suffisant de repenser les valeurs attachées aux droits fondamentaux sur un plan strictement juridique pour en assurer l'effectivité pratique ». L'institutionnalisation d'un *Human Rights Ombudsman* fut alors perçue comme le moyen le plus adéquat pour veiller à cette « effectivité pratique ».

précisément l'expérience espagnole qui inspira les travaux du comité Balladur⁶²⁰ en France et la réforme constitutionnelle de 2008 à l'origine du Défenseur des droits⁶²¹.

160. Des commissions antidiscriminatoires ont émergé en parallèle aux États-Unis dès 1945⁶²², au Canada entre 1962 et 1978, puis en Australie et en Nouvelle-Zélande. Elles se rapprochent des caractéristiques du *Human Rights Ombudsman* sans toutefois s'y résumer. Tout d'abord, leur contrôle ne s'étend généralement pas à l'ensemble des droits fondamentaux mais est restreint au droit de la non-discrimination⁶²³. Le mandat de ces commissions est ensuite fréquemment doublé d'un mandat de promotion de l'égalité et de lutte contre les discriminations. Contrairement au *Parliamentary Ombudsman*, au *Militieombudsman* et au *Human Rights Ombudsman*, leur compétence ne se limite pas, enfin, au secteur public. Il englobe également le secteur privé. Il n'est dès lors plus question de surveiller la seule administration pour le compte du Parlement. La désignation d'*ombudsman* est généralement écartée pour cette raison et lui est préférée celle d'*Equality Body*⁶²⁴. C'est ce modèle qui s'est considérablement développé en Europe à la fin du XX^e siècle et qui a engendré en France la création de la HALDE par la loi du 30 décembre 2004 – partiellement inspirée d'un modèle canadien, en l'occurrence québécois⁶²⁵.

⁶²⁰ COMITÉ DE RÉFLEXION ET DE PROPOSITION SUR LA MODERNISATION ET LE RÉÉQUILIBRAGE DES INSTITUTIONS DE LA V^e RÉPUBLIQUE (BALLADUR *et al.*), *Une V^e République plus démocratique*, Paris, La Documentation française, Paris, 2008, p. 92 : « inspiré par le succès rencontré en Espagne par le Défenseur du Peuple mentionné à l'article 55 (*sic*) de la Constitution, il formule les recommandations suivantes ».

⁶²¹ La comparaison de l'article 71-1 de la Constitution française et de l'article 54 de la Constitution espagnole illustre cette proximité des mandats. Art. 71-1 « le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public [...] il peut être saisi, dans les conditions prévues par la loi organique ». En comparaison, en Espagne : « une loi organique régit l'institution du *Defensor del Pueblo* en tant que haut-commissaire des *Cortes Generales*, désigné par celles-ci pour la défense des droits mentionnés dans le présent Titre, chargé à cette fin de contrôler l'activité de l'Administration et d'en rendre compte aux *Cortes Generales* » (notre traduction).

⁶²² La première fut la *New York State Commission Against Discrimination*. V. ici « The New York State Commission Against Discrimination: A New Technique for an Old Problem », *op. cit.*, p. 837-863 ; BAMBERGER, M. A. et LEWIN, N., « The Right to Equal Treatment: Administrative Enforcement of Antidiscrimination Legislation », *op. cit.*, p. 526-589 ; SPITZ, H., « Strengthening Enforcement by Commission. Tailoring the Techniques to Eliminate and Prevent Employment Discrimination », *op. cit.*, p. 79-99.

⁶²³ Exception faite de la Commission québécoise des droits de la personne et des droits de la jeunesse dont la compétence en vue du traitement des plaintes des citoyens est relative à l'application de la loi sur la protection de la jeunesse, aux discriminations et aux exploitations des personnes âgées.

⁶²⁴ À l'étranger : *Equal Opportunities Commission* (Royaume-Uni, 1975), *Commission for Racial Equality* (Royaume-Uni, 1976), *Ombudsmannen mot Etnisk Diskriminering* (Suède, 1986), Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (Belgique, 1993), *Equality Authority* (Irlande, 1999), *Commissie Gelijke Behandeling* (Pays-Bas, 1994).

⁶²⁵ Concernant les liens entre la HALDE et les commissions canadiennes, le Québec constituait précisément l'un des cinq modèles pris pour référence au moment de sa conception parlementaire. Furent ainsi soulignées plusieurs modalités d'organisation caractérisant la Commission québécoise telles que la fonction promotion de l'égalité, la présence de délégués territoriaux, le niveau des moyens humains et financiers ou encore la taille du collège. V. not. : Jean-Louis Borloo (député UMP) *in* JORF, 6 octobre 2004, AN (CR), n° 94[3], p. 7505 ; SÉNAT, Compte rendu intégral du 23 novembre 2004, en ligne [URL : www.senat.fr] (Lecerf, J-R., Dini, M., De Montesquiou, A. et Assassi, E.) ; ASSEMBLÉE NATIONALE (CLÉMENT, P.), *Rapport fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 1732) portant création de la HALDE*, n° 1827, 17 novembre 2004, p. 55-56 ; SÉNAT (LECERF, J-R.), *Rapport n° 65*, *op. cit.*, p. 38 et 41.

161. Le paysage institutionnel français révèle en résumé des liens de filiation entre le *Parliamentary Ombudsman* et le Médiateur de la République (1973), entre le *Militieombudsman* et la CNDS (2000), entre le *Human Rights Ombudsman* et le projet initial de Défenseur des droits (2008), ainsi qu'entre l'*Equality Body* et la HALDE (2004). La réforme constitutionnelle de 2008 permet de mettre en valeur la loi organique relative au *Defensor del Pueblo*, dont le mandat est limité au seul contrôle de l'administration générale (*Parliamentary Ombudsman*) et de l'administration militaire⁶²⁶ (*Militieombudsman*), auquel s'ajoute une spécialisation sur les droits fondamentaux. La révision constitutionnelle française fut néanmoins votée trois années avant l'adoption de la loi organique relative au Défenseur des droits qui en précisa le mandat. La cohérence et l'ambition initiales furent finalement délaissées au profit d'une simple jonction opportuniste de quatre mandats d'autorités administratives préexistantes⁶²⁷. Le statut actuel du Défenseur des droits demeure pour cette raison relativement complexe et hétérogène. Parmi ces quatre autorités fusionnées, se trouvent : un *Parliamentary Ombudsman* (le Médiateur de la République), un *Militieombudsman* (la CNDS), un *Equality Body* (la HALDE), ainsi qu'une institution de protection de l'enfance (le Défenseur des enfants). Certes, l'article 4 de la loi organique recentre la mission du *Parliamentary Ombudsman* (Médiateur de la République) sur les droits fondamentaux pour le transformer en *Human Rights Ombudsman*, conformément aux volontés manifestées par le Comité Balladur et le constituant de 2008⁶²⁸. Ce même article ne reproduit cependant pas le processus pour le *Militieombudsman* (CNDS) et maintient à l'inverse une mission relative aux administrations des forces de sécurité sans spécialisation sur les droits fondamentaux⁶²⁹. Sur le seul plan de l'administration, générale et militaire, la logique de spécialisation sur les droits fondamentaux n'est par conséquent pas maintenue jusqu'à son terme et traduit la réalisation imparfaite de l'inspiration espagnole. Le mandat du Défenseur des droits ne se limite pas, par ailleurs, aux caractéristiques du *Human Rights Ombudsman* et de *Militieombudsman*. De manière absolument novatrice, il y adjoint les fonctions d'un *Equality Body* et d'une institution de protection de l'enfance⁶³⁰ – missions auxquelles furent ajoutées

⁶²⁶ Art. 1 (« Le *Defensor del Pueblo* est le haut-commissaire des *Cortes Generales*, désigné par celles-ci pour la défense des droits mentionnés dans le Titre 1 de la Constitution, chargé à cette fin du contrôle de l'activité de l'Administration et d'en rendre compte au *Cortes Generales* » - notre traduction) et 14 (« le *Defensor del Pueblo* veille au respect des droits proclamés par le Titre 1 de la Constitution dans le domaine de l'Administration militaire » - notre traduction) de la Ley orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo (BOE núm. 109, de 7 mayo).

⁶²⁷ Sur la tendance en Europe à la fusion des institutions nationales de protection des droits de l'homme et des *Equality Bodies*, v. CROWLEY, N., « Merging Mandates of Equality Bodies and National Human Rights Institutions – A Growing Trend », *European Equality Law Review*, n° 2, 2016, p. 34-45.

⁶²⁸ « Le Défenseur des droits est chargé de défendre les droits et libertés dans le cadre des relations avec les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics et les organismes investis d'une mission de service public ».

⁶²⁹ « Le Défenseur des droits est chargé de veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République ».

⁶³⁰ Article 4, 2° et 3° de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 : « le Défenseur des droits est chargé de défendre et de promouvoir l'intérêt supérieur et les droits de l'enfant consacrés par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France » et « de lutter contre les discriminations, directes ou indirectes,

en 2016 l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte⁶³¹. Loin des inspirations ibériques ou des modèles scandinaves⁶³², l'*Ombudsman* français inclut alors la sphère privée dans son champ de compétence. Cette insertion contraste manifestement avec l'habilitation constitutionnelle qui, elle, est focalisée sur le « respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public »⁶³³.

162. La confusion des mandats s'est depuis progressivement accentuée par les refontes de l'organigramme du Défenseur des droits⁶³⁴. En raison d'une organisation à raison de directions et de pôles transversaux, les frontières initiales entre les anciens mandats des autorités administratives absorbées furent brouillées⁶³⁵. Les idéaux types des mandats esquissés ci-dessus demeurent toutefois dissociables *in abstracto* et leur opportunité peut être sujette à des appréciations distinctes. Il serait à ce titre envisageable de questionner la pertinence des modalités de règlement extrajuridictionnel des litiges par l'*Equality Body* en matière de discrimination sans remettre en cause le bien-fondé de cette fonction par les volets *Parliamentary Ombudsman* (Médiateur de la République) ou *Militieombudsman* (CNDS).

2) Une institution partielle de mobilisation plus que de détermination de la norme

163. Les fonctions de promotion de l'égalité et de règlement extrajuridictionnel des réclamations ont souvent été associées au sein des *Equality Bodies*. De cinglantes critiques ont pourtant été adressées à l'étranger pour cibler ce qui s'apparente à un alliage pétri de contradictions⁶³⁶. La conciliation semble en effet insoutenable entre, d'une part, l'implication proactive indispensable à la promotion de l'égalité et à la lutte contre les discriminations et, d'autre part, la neutralité inhérente au règlement des réclamations en tant que tiers impartial. Les fonctions sont incompatibles en ce

prohibées par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ainsi que de promouvoir l'égalité ».

⁶³¹ Art. unique de la loi n° 2016-1690 du 9 décembre 2016 relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte.

⁶³² Pour Dimitri Löhner, « la création du Défenseur des droits a probablement fait l'objet d'une attention sensiblement moindre de la part du constituant et du législateur français que ses homologues espagnol et portugais » (LÖHRER, D., « L'accès à la juridiction constitutionnelle par l'intermédiaire de l'ombudsman ibérique », in DONNIER, V. et LAPÉROU-SCHENEIDER, B. (dir.), *L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 898).

⁶³³ Art. 71-1 de la Constitution de 1958.

⁶³⁴ V. ici SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, op. cit., p. 45.

⁶³⁵ En novembre 2019, la structure de l'institution reposait sur cinq directions : « Recevabilité et accès aux droits », « Protection des droits, affaires publiques », « Protection des droits, affaires judiciaires », « Promotion de l'égalité et de l'accès aux droits », « Réseau territorial ». Ces directions se déclinent chacune en différents pôles qui ne laissent qu'imparfaitement et ponctuellement transparent les anciens mandats absorbés.

⁶³⁶ V. notamment LAMARCHE, L., *Le régime québécois de protection et de promotion des droits de la personne*, Cowansville, Yvon Blais, 1996, p. 55 et s.

qu'elles se décrédibilisent mutuellement. La neutralité du tiers impartial défend la proaction de l'organisme de promotion de l'égalité. La proaction de l'organisme de promotion de l'égalité disqualifie la neutralité du tiers impartial. La chose s'avère davantage marquée en cas de preuve avérée de discrimination. Dans cette hypothèse, l'impartialité d'un organe départementaire parallèlement engagé – téléologiquement et idéologiquement – contre les discriminations paraît invraisemblable à au moins deux égards. Il est de jurisprudence constante que l'impartialité s'apprécie d'un point de vue à la fois objectif et subjectif, fonctionnel et personnel⁶³⁷, y compris au regard des apparences. Or, tant en ce qui concerne la composition de l'institution et ses différents mandats (*i.e.* impartialité objective)⁶³⁸, que le parti pris du juriste ou délégué local, par exemple engagé dans une démarche de médiation (*i.e.* impartialité subjective)⁶³⁹, des doutes sont susceptibles d'émerger. Même dans l'éventualité d'une tentative de séparation des fonctions au sein de l'institution par la répartition des pôles et directions⁶⁴⁰, cette réserve se répercute sur la problématique du fonctionnement interne⁶⁴¹, sur la collaboration, les transferts d'informations ou la perméabilité des services⁶⁴². À l'étranger, cette cohabitation des mandats a contribué à de sévères mises en cause de la légitimité de plusieurs institutions⁶⁴³. Les défenseurs dénoncent un organisme à la fois juge et partie quand les requérants ne comprennent pas toujours la retenue dans l'appui apporté par une institution

⁶³⁷ COUR EDH, Grande ch., 15 octobre 2009, *Micallef c. Malte*, req. n° 17056/06, § 93 : « L'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris et peut s'apprécier de diverses manières. Selon la jurisprudence constante de la Cour, aux fins de l'article 6 § 1, l'impartialité doit s'apprécier selon une démarche subjective, en tenant compte de la conviction personnelle et du comportement de tel juge, c'est-à-dire du point de savoir si celui-ci a fait preuve de parti pris ou préjugé personnel dans tel cas, et aussi selon une démarche objective consistant à déterminer si le tribunal offrait, notamment à travers sa composition, des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime quant à son impartialité ».

⁶³⁸ Sur le défaut d'impartialité fonctionnelle, v. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, II, B, 2).

⁶³⁹ La seule terminologie employée de « mis en cause » et de « victime », avant tout jugement au fond, laisse transparaître un tel défaut d'impartialité personnelle. V. ici SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 515.

⁶⁴⁰ Ainsi convenait-il de dissocier du temps de la HALDE la direction juridique de la direction de la promotion de l'égalité. Désormais, la direction de la promotion de l'égalité et de l'accès aux droits doit être distinguée des deux directions de protection des droits (affaires publiques et affaires privées).

⁶⁴¹ Ainsi, même en admettant que la direction de la promotion de l'égalité et de l'accès aux droits est « cloisonnée », il est réducteur d'assimiler les fonctions de l'organisme de promotion de l'égalité, tel que conçu par les directives communautaires, à la seule activité de cette direction. La promotion de l'égalité implique notamment l'assistance des victimes lors de la constitution de leurs dossiers ou encore la présentation d'observations en justice (sur l'absence de lien entre cette fonction et le mandat *d'ombudsman*, v. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, II, B, 1)). Or, ces tâches sont exécutées par les différents pôles qui composent les deux directions de protection des droits (affaires publiques, affaires privées). Puisque ces services sont chargés en parallèle d'une mission de médiation réputée être conduite en toute neutralité, ils sont à la fois chargés d'une mission de médiateur impartial et d'une mission proactive de promotion de l'égalité.

⁶⁴² En ce sens, SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 572 : « la détermination des limites et des éléments de la discussion par la personne alternativement chargée des *bons offices* et d'assister une des parties dans la constitution de son dossier participe à l'ambiguïté du procédé consensuel [de règlement extrajudiciaire du litige] par le Défenseur des droits ».

⁶⁴³ *E.g.* LAMARCHE, L., *Le régime québécois de protection et de promotion des droits de la personne*, *op. cit.*, p. 55 ou p. 57-58, au sujet de la Commission québécoise des droits de la personne. De l'aveu du président de la Commission en exercice en 2015, cette particularité demeure un problème essentiel dans le fonctionnement de l'institution (propos tenus lors d'un entretien, ainsi que dans le cadre du colloque international « Islamophobie. Race, religion, libéralisme », Montréal, INRS, 30 octobre 2015).

pourtant acquise à la cause antidiscriminatoire⁶⁴⁴. Au cœur des critiques, figure toujours ce « conflit de rôle, voire d'intérêts », ce « conflit entre la promotion des droits et libertés de la personne et le jugement sur le bien-fondé des plaintes »⁶⁴⁵ ou, en d'autres termes, entre les « rôles conflictuels » imposant d'une part une « absolue neutralité » et, d'autre part, « une vision expansionniste » du droit de la non-discrimination⁶⁴⁶. Le Défenseur des droits ne semble pas épargné par cette tension interne.

164. La neutralité à laquelle essaie de s'astreindre l'institution est inhérente à son mandat d'*ombudsman*, tiers impartial. En continuité de la HALDE, l'institution constitutionnelle indépendante est en somme contrainte de « jouer la neutralité »⁶⁴⁷. Ce jeu de la neutralité peut être formalisé à un niveau institutionnel⁶⁴⁸ ou matérialisé par une démarche personnelle⁶⁴⁹. Il traduit sans doute une stratégie politique de légitimation⁶⁵⁰. Toujours est-il que, *a minima* précaire et problématique⁶⁵¹, contestée en tant que telle⁶⁵², cette neutralité peut être considérée en certains

⁶⁴⁴ Pour une traduction de cette dimension en France, v. BORRILLO, D. et CHAPPE, V-A., « La Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité : un laboratoire juridique éphémère ? », *op. cit.*, p. 378-379 ou encore CHAPPE, V-A., « Entre traitement juridique et action politique : la position contrainte de la HALDE dans la lutte contre les discriminations », in GUILLALOT, E. et PRÉVERT, A. (dir.), *La discrimination : un objet indicible ?*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 90-92.

⁶⁴⁵ LAMARCHE, L., *Le régime québécois de protection et de promotion des droits de la personne*, *op. cit.*, p. 55 et p. 57-58.

⁶⁴⁶ V. not. PINTO, A., *Report of the Ontario Human Rights Review 2012*, Toronto, Ontario Ministry of the Attorney General, 2012, p. 16-17 au sujet de la Commission ontarienne des droits de la personne avant la réforme de 2008. V. encore ROBIN, J-S., « Modernising Ontario's Human Rights System: The Human Rights Code Amendment Act, 2006 », in TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC, *L'accès à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec ?*, Cowansville, Yvon Blais, 2008, p. 327.

⁶⁴⁷ CHAPPE, V-A., « Entre traitement juridique et action politique : la position contrainte de la HALDE dans la lutte contre les discriminations », *op. cit.*, p. 92.

⁶⁴⁸ Soulignons l'existence d'un code de déontologie du Défenseur des droits, établi par la Décision n° 2013-431 du 31 décembre 2013 qui précise dans son préambule : « Le statut et les missions confiées à l'institution appellent une rigueur de comportement propre à garantir son indépendance et son impartialité ».

⁶⁴⁹ V. en ce sens les propos d'une juriste de la HALDE rapportés in CHAPPE, V-A., « Entre traitement juridique et action politique : la position contrainte de la HALDE dans la lutte contre les discriminations », *op. cit.*, p. 93 : « Nous on s'emploie à ne pas faire d'idéologie, on s'emploie à appliquer le droit ». De telles affirmations sont largement éprouvées par la pratique de l'institution, notamment des observations en justice présentées devant les juridictions, qui traduisent des interprétations constructives et extensives du droit interne. Par exemple, la HALDE a plaidé avec vigueur pour une appréhension de la discrimination par association, directe et indirecte, bien avant les consécutions européennes des arrêts *Coleman* (2009) et *Chez* (2015). Sur ce point, v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, II, A, 1). Pour une illustration de la confusion des mandats, y compris concernant les délégués locaux, v. aussi DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2017*, *op. cit.*, p. 20 : « C'est parce que la mission de délégué du Défenseur des droits n'est pas enfermée dans une stricte mission de médiation que, comme l'illustrent les trois portraits ci-dessous, des femmes et des hommes s'engagent. Il s'agit de défendre des causes qui leur sont chères et de mener des actions de promotion des droits » (nous soulignons).

⁶⁵⁰ *Idem*, p. 100 : « Bien qu'ayant le statut d'autorité administrative indépendante, elle tient sa légitimité de sa nature étatique, et donc d'une position de neutralité affirmée. La politisation [par l'influence de son magistère] n'est donc paradoxalement possible que si elle prend une forme *dépolitisée*, au sens d'une neutralité par rapport aux personnes qui s'estiment victimes de discrimination. Elle ne peut donc directement s'afficher comme le soutien des plaignants, mais seulement comme le soutien du principe de non-discrimination ».

⁶⁵¹ Ce point de vue surgit régulièrement tout au long de l'analyse in SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*

⁶⁵² En ce sens, CHAPPE, V-A., « Entre traitement juridique et action politique : la position contrainte de la HALDE dans la lutte contre les discriminations », *op. cit.*, p. 93 : « Ces façons de faire ainsi que la valorisation d'une expertise technique *apolitique* semblent montrer l'écart entre un traitement juridique des plaintes de discrimination et la possibilité de mener

points comme factice⁶⁵³. Elle n'apparaît par ailleurs pas indispensable à la lutte contre les discriminations, mais semble au contraire fonction de points de vue particuliers. La légitimité de l'institution peut, certes, être construite par la représentation d'une autorité surplombante, dénuée de parti pris. Elle peut l'être plus simplement par une habilitation juridique solide, nationale et européenne⁶⁵⁴, en tant qu'organisme proactif. Son efficacité peut être en parallèle recherchée auprès des responsables de discrimination par une posture de neutralité, renfort éventuel – quoique discutable – à l'acceptation volontaire de recommandations non contraignantes. Elle peut tout autant l'être par la consolidation d'un alliage unique d'expertise et de dynamisme assumé desquels découle sa crédibilité auprès des divers acteurs de la lutte contre les discriminations. Certains exemples étrangers incarnent précisément un basculement – viable – des points de vue et un renoncement progressif de l'*Equality Body* à la posture de neutralité⁶⁵⁵. L'incorporation de l'organisme de promotion de l'égalité français au sein d'un organe généraliste comme le Défenseur des droits, dont le mandat est bien plus vaste, complexifie probablement une affirmation similaire. La perspective mérite néanmoins d'être esquissée, guidée par la comparaison.

165. Acter le défaut d'impartialité sans remettre en cause l'indispensable fonction de promotion de l'égalité pourrait conduire à plaider la suppression de toute forme de traitement extrajudictionnel des réclamations par le Défenseur en matière de discrimination. Tel n'est pas le chemin emprunté ci-après, qui conduit à insister sur l'utilité du maintien du *traitement* des réclamations dans le cadre d'un mandat d'authentique aide juridique spécialisée⁶⁵⁶. Toutefois, la fonction de *règlement* extrajudiciaire des réclamations par voie de *médiation formalisée*⁶⁵⁷ et de transaction (au demeurant peu mobilisées) mérite d'être éprouvée, qui plus est lorsque cette fonction est concurrentielle à la voie juridictionnelle et aux modes de résolution amiable de droit

une politique *par le droit* de lutte contre les discriminations. Elles peuvent être l'objet de critique même en interne, qui reprochent à la HALDE une forme de frilosité dans son action ». V. en guise d'illustrations les propos rapportés par l'auteur d'un délégué local ou de membres associatifs dans la suite de l'article.

⁶⁵³ Tel est le cas lorsque, en cas de discrimination avérée, les collaborateurs de l'institution sont chargés de procéder à une médiation, mode alternatif de règlement des litiges formalisé, qui doit présenter certaines garanties (*e.g.* impartialité), et qui dépasse le simple cadre de l'intercession amiable, tentative conciliatrice de rapprochement des parties. V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, II, B, 2).

⁶⁵⁴ Là encore, v. par exemple l'art. 20 de la directive 2006/54/CE du Parlement et du Conseil du 5 juillet 2006 qui enjoint aux États membres de désigner des organismes de promotion de l'égalité chargés « d'apporter aux personnes victimes d'une discrimination une aide indépendante pour engager une procédure pour discrimination ».

⁶⁵⁵ Not. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, II, B, 1) et 2). Sur la discussion doctrinale autour de cette évolution, v., entre autres, PAYNE, J. B. et ROTHAM, C. C., « Are Human Rights Commissions Still Relevant? », *Canadian Labour and Employment Law Journal*, vol. 12, 2005, not. p. 100-102 et ALLEN, D., « Strategic Enforcement of Anti-Discrimination Law: A New Role For Australia's Equality Commissions », *Monash University Law Review*, vol. 36, n° 3, 2010, p. 103-137.

⁶⁵⁶ Sur ce point, v. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, II, B.

⁶⁵⁷ À dissocier des tentatives informelles de rapprochement des parties dans le cadre d'une pratique relevant davantage de l'intercession (*i.e.* « bons offices ») que de la médiation (*i.e.* mode alternatif formalisé de règlement des litiges). V. note 662.

commun d'ores et déjà existants (e.g. médiation conventionnelle). Sur le modèle d'expériences étrangères, la figure du tiers impartial pourrait être supplantée dans cette configuration par une fonction d'assistance des victimes pleinement assumée. Cette configuration est renforcée par l'habilitation des directives communautaires qui enjoignent aux États membres de désigner « un ou plusieurs organismes chargés de promouvoir l'égalité de traitement » et de « [faire] en sorte que ces organismes aient pour compétence [...] d'apporter aux personnes victimes d'une discrimination une aide indépendante pour engager une procédure pour discrimination »⁶⁵⁸. Elle correspond également à l'objectif initial assigné par le rapporteur du projet de loi portant création de la HALDE visant à « assurer une plus grande effectivité à l'ensemble des textes prohibant les discriminations, en aidant les victimes qui souvent se trouvent en position de faiblesse à constituer leur dossier avant, le cas échéant, de recourir à une médiation ou à la justice »⁶⁵⁹. Cette approche était également celle du rapport de Bernard Stasi en 2004 lorsqu'il précisait que l'objectif du traitement des réclamations était d'aider le plaignant « à constituer son dossier et à rassembler les éléments circonstanciés pertinents pour le règlement du litige en s'efforçant d'identifier puis de lui proposer les procédures adaptées à son cas (médiation, recours pénal, civil ou administratif...) »⁶⁶⁰. Il poursuivait en appelant de ses vœux l'institutionnalisation d'un organe bénéficiant d'une « expertise juridique et technique, afin d'aider à la constitution des dossiers de discrimination et, le cas échéant, à l'administration de la preuve »⁶⁶¹.

166. Deux implications notables découlent toutefois d'un traitement des réclamations dans le cadre d'une aide juridique spécialisée à destination des victimes. La première consiste en la suppression d'une fonction de *médiation*⁶⁶² conduite en interne – *a fortiori* en cas de délit caractérisé⁶⁶³

⁶⁵⁸ Art. 13 de la directive 2000/43/CE et art. 8 *bis* de la directive 2002/73/CE (nous soulignons). Cette évocation doit par ailleurs être lue au regard de l'article 7 de la directive 2000/43/CE qui précise que « les États membres veillent à ce que des procédures judiciaires et/ou administratives [...] visant à faire respecter les obligations découlant de la présente directive soient accessibles à toutes les personnes qui s'estiment lésées par le non-respect à leur égard du principe de l'égalité de traitement ». V. aussi art. 27 de la loi organique du 29 mars 2011.

⁶⁵⁹ SÉNAT (LECERF, J.-R.), *Rapport n° 65, op. cit.*, p. 30 (nous soulignons).

⁶⁶⁰ STASI, B., *Vers la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, op. cit.*, p. 66.

⁶⁶¹ *Ibidem*.

⁶⁶² *Nota bene* : dans la présente étude, en l'absence de précisions complémentaires, et lorsqu'il se rapporte aux missions du Défenseur des droits, le terme de « médiation » désigne le processus *formalisé* de règlement amiable prévu par l'art. 26 de la loi organique du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits (« Le Défenseur des droits peut procéder à la résolution amiable des différends portés à sa connaissance, par voie de médiation. Les constatations effectuées et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être ni produites, ni invoquées ultérieurement dans les instances civiles ou administratives sans le consentement des personnes intéressées, sauf si la divulgation de l'accord est nécessaire à sa mise en œuvre ou si des raisons d'ordre public l'imposent ») et anciennement envisagé par les articles 28 et 29 du décret n° 2005-215 relatif à la HALDE. Ainsi entendue, la « médiation » se distingue des intercessions ou règlements amiables *informels* qui résultent de la pratique de l'institution lorsque ses agents ou délégués locaux interviennent afin de rapprocher les parties (e.g. « bons offices ») sans s'inscrire dans un processus juridique formalisé de règlement des conflits, alternatif à la voie juridictionnelle. En 2012, les médiations constituaient seulement 2 % des décisions soumises à l'avis du collège (DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2013, op. cit.*, p. 15).

⁶⁶³ Art. 33 de la loi organique du 29 mars 2011 : « lorsqu'il apparaît au Défenseur des droits que les faits portés à sa connaissance sont constitutifs d'un crime ou d'un délit, il en informe le procureur de la République. Il lui fait savoir, le cas échéant, qu'une mission de médiation a été initiée en application de l'article 26 ». Le scepticisme est également de mise en cas de transaction pénale. V. art. 28 de la loi organique du 29 mars 2011.

– du fait de l’absence des qualités indispensables à la fonction de médiateur⁶⁶⁴. La seconde repose sur la nécessité de repenser l’articulation de l’action du Défenseur des droits et de la phase juridictionnelle, préférant la complémentarité à la concurrence des actions⁶⁶⁵. Alors que le Défenseur des droits interagit avec les magistrats (*e.g.* homologation des transactions pénales, observations en justice), il est surprenant que la phase juridictionnelle ne s’inscrive guère en continuité du traitement des réclamations. Par deux fois, il fut notamment estimé inopportun de rendre la saisine de la HALDE puis du Défenseur des droits suspensive des délais de prescription des actions contentieuses⁶⁶⁶. Le traitement extrajudictionnel impose donc de jongler avec les délais d’interruption et de prescription de l’action civile, administrative ou pénale sous peine de forclusion⁶⁶⁷. D’autant plus qu’il n’existe aucune possibilité de transmission directe du dossier instruit par le Défenseur des droits aux juridictions ou de saisine de ces dernières, à l’exception des juridictions répressives dans certains cas⁶⁶⁸. Il n’existe pas non plus de possibilité pour le Défenseur des droits de représenter le requérant à l’instance contrairement à ses homologues québécois et néo-zélandais. La sphère juridictionnelle n’est donc pas véritablement conçue en continuité de son intervention⁶⁶⁹.

167. Ces éléments de précision et de contextualisation préparatoires relatifs à la fonction d’*ombudsman* en matière de discrimination éclaireront les développements conduits ci-après. Ils permettent également de relativiser l’idée selon laquelle, en tant que « tiers impartial » chargé de son application, le Défenseur des droits participerait à la détermination de la règle de droit antidiscriminatoire. D’une part, en dépit des affirmations de l’institution qui qualifie ses agents de « tiers neutres et impartiaux »⁶⁷⁰, l’incompatibilité manifeste des mandats empêche de créditer l’institution de ces qualités – du moins en matière de discrimination en raison du mandat parallèle d’organisme de promotion de l’égalité et de lutte contre les discriminations⁶⁷¹. D’autre part,

⁶⁶⁴ Sur la contribution équivoque de la médiation à la réalisation du droit de la non-discrimination, v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

⁶⁶⁵ V. not. MAYAUD, Y., « La HALDE, une trop "Haute" autorité ? Propos hétérodoxes sur le transfert d’une répression », *Droit social*, 2007, p. 930. V. aussi, sur la dimension extrajudictionnelle et non préjudictionnelle de l’intervention du Défenseur des droits, MOUREY, L., *Le rôle du droit pénal dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations*, thèse dactylographiée, Université de Strasbourg, 2012, p. 346-347.

⁶⁶⁶ Art. 4 de la loi du 30 décembre 2004 et art. 6 de la loi organique du 29 mars 2011.

⁶⁶⁷ Sur ce point, v. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, II, A, 2).

⁶⁶⁸ Exceptionnellement, lorsque les faits sont constitutifs d’une infraction pénale, un signalement est adressé au procureur de la République (art. 28, I, II et III de la loi organique du 29 mars 2011) et, en cas de refus ou de non-exécution d’une transaction pénale homologuée par le procureur de la République, une citation directe devant les juridictions pénales est envisageable (art. 28, IV, de la loi organique du 29 mars 2011).

⁶⁶⁹ Laura Mourey regrette ainsi qu’au lieu « de résoudre les carences actuelles du système judiciaire, nous [avons] préféré favoriser le potentiel de cette nouvelle institution », alors que « parallèlement, l’autorité judiciaire se désengage progressivement de la lutte contre les discriminations », du moins en droit pénal. V. MOUREY, L., *Le rôle du droit pénal dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 353-354.

⁶⁷⁰ DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d’activité 2017*, *op. cit.*, p. 22.

⁶⁷¹ En prolongement, v. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, II, B.

l'absence de pouvoir contraignant et l'absence de caractère exécutoire des décisions du Défenseur des droits empêchent de dégager de son interprétation du droit de la non-discrimination de quelconques significations normatives, desquelles dépendrait précisément la contribution de l'organe à la détermination de la norme⁶⁷². Les interprétations des dispositions législatives conduites par les juridictions et par l'institution constitutionnelle indépendante sont fréquemment divergentes, et seules les premières déterminent la norme. Le Défenseur des droits, et la HALDE avant lui, peuvent, pour cette raison, être qualifiés non pas d'« autorités normatives » mais plutôt d'« entités doctrinaires »⁶⁷³. Cette dernière caractéristique se reflète dans les propos Jacques Toubon lorsqu'il affirme : « nous n'avons pas l'autorité de la chose jugée, de sorte que nous avons parfois beaucoup de mal à faire appliquer nos décisions. Par exemple, quand nous enjoignons à des maires de scolariser des enfants étrangers et qu'ils persistent à refuser de le faire, il peut se passer du temps avant que nous obtenions gain de cause... Le Défenseur est une institution de droit doux, c'est sa force mais aussi sa limite »⁶⁷⁴. Tout au plus est-il possible de considérer que l'éclairage qualitatif des cas d'espèce au contentieux que fournit l'institution dans le cadre de ses observations en justice – qui relèvent de la mission partielle de promotion de l'égalité et non d'*ombudsman*⁶⁷⁵ – permet de lever progressivement les obstacles conceptuels et techniques qui freinent l'appréhension juridictionnelle des discriminations. Ce faisant, ces observations participent indirectement à la détermination de la norme en orientant la décision des juridictions. Parce qu'elles diffèrent du Défenseur des droits sur ces deux points précis (*i.e.* impartialité et capacité à conférer une signification normative), les juridictions spécialisées peuvent, plus sûrement, être qualifiées de tiers impartiaux qui participent directement à la détermination du droit de la non-discrimination.

B. L'absence d'institutionnalisation de juridictions spécialisées en France

168. Un tiers impartial⁶⁷⁶ de nature juridictionnelle est davantage susceptible de contribuer à déterminer les implications normatives concrètes de la règle antidiscriminatoire, qu'il interprète en

⁶⁷² En ce sens, LÖHRER, D., « La fonction d'aide à l'accès au juge du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 189-190 : « Dépourvu de pouvoirs contraignants, le Défenseur des droits recourt à des mécanismes incitatifs pour remplir son office. Ses interventions se caractérisent par l'informalité et, en tout état de cause, n'aboutissent pas à l'édition de décisions revêtues de l'autorité de chose jugée. Il n'a d'autre autorité que morale et s'appuie sur le dialogue, la persuasion et la publicité pour inciter les destinataires de ses interventions à suivre la conduite suggérée ».

⁶⁷³ LOISEAU, G., « La Halde : quelle autorité ? », *Dr. Soc.*, 2009. Cette qualification semble également retenue par Sophie Sereno dans son étude détaillée relative au Défenseur des droits (SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, not. p. 47-48) même si elle est nuancée (p. 52) considérant le rôle de « contre-pouvoir » de l'institution.

⁶⁷⁴ BONDUELLE, M., « La "réalité" est devenue une excuse (entretien avec Jacques Toubon) », *op. cit.*, § 13.

⁶⁷⁵ V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, II, B, 1).

⁶⁷⁶ Pour rappel : la qualification de « tiers impartial » est entendue dans cette étude, de manière idéale typique, comme se référant à un organisme chargé de l'application du droit par le règlement des litiges, placé en position d'autorité par rapport aux parties, et dont la légitimité de la fonction repose sur le caractère non partisan

statuant au contentieux par le biais de décisions exécutoires. La spécialisation des juridictions chargées du contentieux de la non-discrimination a, à ce titre, été conçue à l'étranger comme un moyen de réalisation du droit pour dépasser les obstacles liés à une interprétation restrictive des règles antidiscriminatoires. Elle améliore l'appréhension conceptuelle et technique de la discrimination tout en favorisant l'interprétation téléologique et souvent extensive du droit de la non-discrimination⁶⁷⁷ (1). Cette voie n'a cependant pas été empruntée en France, et il n'est pas certain qu'elle soit opportune. Tout au plus des « pôles anti-discriminations » ont été mis en place au sein des parquets afin de favoriser le contentieux pénal. Mais l'initiative s'est révélée peu concluante (2).

1) L'institutionnalisation de tribunaux spécialisés à l'étranger

169. En prolongement de la dynamique d'institutionnalisation d'acteurs spécialisés aux fins de lutte contre les discriminations, la création de tribunaux spécifiquement chargés du contentieux de la non-discrimination a d'abord été associée à « une plus grande accessibilité à la justice pour l'ensemble des citoyens qui voudront faire respecter leur droit à l'égalité »⁶⁷⁸. Indépendamment de l'utilité d'une habilitation spécifique qui permet une identification plus aisée de l'arène judiciaire compétente, la spécialisation des juridictions a surtout été perçue comme un moyen de dépasser les obstacles fréquemment rencontrés dans le traitement contentieux de la discrimination devant les juridictions de droit commun⁶⁷⁹. Ces dernières ont historiquement tardé à saisir convenablement les discriminations⁶⁸⁰, expliquant ainsi la préférence de certains législateurs pour une expertise chargée de produire une jurisprudence plus audacieuse⁶⁸¹. En ce sens, le tribunal québécois des droits de la personne, dont le mandat est circonscrit à la discrimination et aux droits de la jeunesse, affirme explicitement dans ses principes interprétatifs que la spécialisation antidiscriminatoire constitue un facteur visant « à assurer l'effectivité accrue »⁶⁸² du droit de la non-discrimination. Les

⁶⁷⁷ Sur ce point, v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

⁶⁷⁸ SANTORINEOS, A-M., « L'accès à la justice en matière de droits de la personne : le difficile accès au Tribunal des droits de la personne », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, n° 14, 2012, p. 72.

⁶⁷⁹ *Ibidem* : « les autres tribunaux ne sauraient assurer avec autant d'efficacité » cet accès à la justice « compte tenu de leurs multiples fonctions ».

⁶⁸⁰ V. LAMARCHE, L. et POIRIER, F., « L'accès au Tribunal des droits de la personne : une fréquence modulée », *Revue du Barreau du Québec*, tome 57, n° 4, 1997, p. 795.

⁶⁸¹ En ce sens, v. RIVET, M., « Quelques notes introductives », in TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC, *L'accès à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec ?*, *op. cit.*, p. 15 ; SANTORINEOS, A-M., « L'accès à la justice en matière de droits de la personne : le difficile accès au Tribunal des droits de la personne », *op. cit.*, p. 72.

⁶⁸² TRIBUNAL QUÉBÉCOIS DES DROITS DE LA PERSONNE, « À propos du Tribunal. Principes interprétatifs », en ligne [URL : http://www.tribunaux.qc.ca/tdp/AproposTribunal/Apropos_Principe.html].

différentes expériences des législateurs étrangers illustrent cette perspective avec des modalités diverses d'institutionnalisation qu'il est possible de décliner à titre d'illustrations.

170. Au Canada, le Code ontarien des droits de la personne⁶⁸³ institua en 1961 un *Board of Inquiry*. Il s'agissait initialement d'une formation temporaire, composée de membres désignés par le ministère de la Justice, chargée d'apprécier les éléments de preuve qui lui étaient transmis par la Commission des droits de la personne créée la même année pour, le cas échéant, sanctionner les cas avérés de discrimination. Ce pouvoir était néanmoins limité et la décision du *Board of Inquiry* était dépourvue de force exécutoire⁶⁸⁴. C'est à partir de 1971 que le *Board of Inquiry* fut finalement doté d'une capacité normative propre et émancipée de l'influence du ministère. Ses pouvoirs de sanction furent progressivement renforcés jusqu'en 2002, date à laquelle il commença à siéger de manière permanente sous le nom de tribunal ontarien des droits de la personne. Ses membres sont depuis nommés en raison de leurs expériences et de leurs connaissances, de leur impartialité et de leur aptitude à mettre en œuvre les pratiques et procédures juridictionnelles. En 2019, le tribunal était composé de trente-neuf membres. L'importance de l'effectif s'explique par le passage en 2008 à un système d'accès direct (*i.e.* non filtré par la Commission) qui débouche sur près de trois mille décisions annuelles. Des comités de plusieurs membres peuvent être constitués en interne en fonction des spécialisations dans le traitement des plaintes, mais le tribunal statue à juge unique. Il est compétent pour traiter de toute question de fait ou de droit relative au droit de la non-discrimination⁶⁸⁵. S'il considère la plainte fondée, toute mesure d'indemnisation, de restitution, de cessation, de réparation qu'il estime utile peut être ordonnée. Sa décision est définitive et il n'existe aucun droit d'appel mais simplement une possibilité de réexamen⁶⁸⁶.

171. La Colombie-Britannique imita en 1973 l'expérimentation ontarienne de 1971. La volatilité particulière du droit de la non-discrimination dans cette province marqua néanmoins considérablement l'institution, supprimée en 1984 et rétablie en 1997 sous la forme d'un tribunal régi par l'*Administrative Tribunal Act* et dénommé *BC Human Rights Tribunal*. À l'instar de l'Ontario, le Lieutenant-gouverneur nomme le président et les membres du tribunal pour un mandat de trois à cinq ans. En 2019, treize juges administratifs composaient l'effectif du tribunal qui statue à juge unique. Ces derniers ne disposent pas de pouvoir d'enquête mais sont chargés de l'ensemble du

⁶⁸³ *Nota bene* : la notion de « droits de la personne » se réfère la plupart du temps exclusivement à l'égalité et à la non-discrimination au Canada lorsqu'il est question des Codes des droits de la personne ou *Human Rights Codes* ainsi que des tribunaux / commissions de droits de la personne ou *Human Rights Tribunals / Commissions* – à l'exception du Québec qui fait également référence par là aux droits de la jeunesse. Ce réductionnisme courant des droits et libertés à l'égalité et à la non-discrimination au Canada s'explique par leur importance politique et juridique centrale.

⁶⁸⁴ Son exécution dépendait du relai de la Commission et de l'approbation du ministre qui endossait la sanction.

⁶⁸⁵ Il obéit pour ce faire aux règles de procédures du regroupement « Tribunaux de justice sociale Ontario » auquel il appartient ainsi que, dans certains domaines, à ses propres règles.

⁶⁸⁶ V. not. les articles 32 à 45.10 du Code ontarien des droits de la personne.

processus judiciaire, de la médiation à la décision finale en passant par la recevabilité et l'audience des parties. L'ensemble de la procédure obéit aux règles de pratiques et de procédures déterminées par le tribunal. Quant à ses décisions, elles deviennent exécutoires dès leur enregistrement au greffe de la Cour suprême de Colombie-Britannique⁶⁸⁷.

172. Instauré plus tardivement, en 1990, le tribunal québécois des droits de la personne fut, dès sa création, chargé de l'instruction des plaintes déferées par la Commission des droits de la personne et de la phase de jugement. Premier tribunal permanent spécialisé en droit de la non-discrimination au Canada, il fut créé sous la forme d'un tribunal divisionnaire de la cour du Québec en dépit d'un statut *sui generis*, distinct des tribunaux judiciaires et administratifs provinciaux⁶⁸⁸. Il était composé en 2019 de quatorze membres, nommés pour cinq années renouvelables, pour partie juges de la cour du Québec – dont la présidente – et pour partie assesseurs⁶⁸⁹. Les demandes préliminaires ou incidentes sont traitées par un juge unique et les demandes sur le fond sont traitées par une formation de trois membres reposant sur un juge et deux assesseurs⁶⁹⁰. Ses décisions acquièrent un caractère exécutoire par leur enregistrement au greffe de la cour du Québec sous réserve d'un appel devant la cour d'appel⁶⁹¹. Le tribunal canadien des droits de la personne (*i.e.* fédéral) instauré en 1977 se rapproche fortement dans son fonctionnement de son homologue québécois⁶⁹². De telles initiatives ne se cantonnent pas au Canada et ont également été mises en place par les législateurs suédois⁶⁹³, néo-zélandais ou encore australien.

⁶⁸⁷ V. not. les art. 21 à 39 du *BC Human Rights Code*.

⁶⁸⁸ HUPPÉ, L. et DOUCET, F., « L'imagination au service de l'égalité : les pouvoirs de réparation du tribunal des droits de la personne », Congrès annuel du Barreau du Québec, 2015, en ligne [URL : [https://edoctrine.caij.qc.ca/recherche/#q=L%E2%80%99imagination%20au%20service%20de%20l%E2%80%99%C3%A9galit%C3%A9&sort=relevancy&f:caij-unik-checkboxes=\[Doctrines,jurisprudence,l%C3%A9gislation\]&m=detailed&bp=results](https://edoctrine.caij.qc.ca/recherche/#q=L%E2%80%99imagination%20au%20service%20de%20l%E2%80%99%C3%A9galit%C3%A9&sort=relevancy&f:caij-unik-checkboxes=[Doctrines,jurisprudence,l%C3%A9gislation]&m=detailed&bp=results)].

⁶⁸⁹ Susceptibles de ne pas être juristes – hypothèse rare – mais bénéficiant nécessairement d'une expérience, une expertise, une sensibilité et un intérêt antidiscriminatoire marqués.

⁶⁹⁰ Seul le juge dispose cependant du pouvoir décisionnel et les assesseurs l'assistent dans sa fonction. Sur le plan procédural, il adopte son règlement ainsi que les ordonnances de procédure et de pratique nécessaires à l'exercice de ses fonctions. Contrairement à certains de ses homologues, la compétence du tribunal québécois n'est pas exclusive et il doit composer avec les compétences concurrentes d'autres juridictions (*e.g.* le tribunal administratif du Québec ou l'arbitre de griefs). En ce sens, v. *Québec (Procureur général) c. Tribunal des droits de la personne*, 2002 QCCA 31530 (CanLII) confirmé par 2004 CSC 40 et *Québec (CDPDJ) c. Québec (Procureur général)*, [2004] 2 RCS 185, par. 24.

⁶⁹¹ Quiconque contrevient à une décision du tribunal des droits de la personne se rend coupable d'outrage et encourt un an d'emprisonnement et 50 000 \$ d'amende. V. not. les articles 100 à 133 de la Charte québécoise des droits de la personne.

⁶⁹² Au niveau fédéral, le tribunal antidiscriminatoire canadien fut instauré en 1977 par la Loi canadienne sur les droits de la personne. En raison d'un champ de compétence limité, son activité est plus réduite que les tribunaux québécois et *a fortiori* britanno-colombien et ontarien. Soulignons également la présence de *Boards of Inquiry* non permanents dans les provinces de l'Alberta, de la Nouvelle-Écosse ou encore de Terre-Neuve et Labrador.

⁶⁹³ En Suède, le *Discrimination Act* de 2009 instaure également le *Nämnden mot diskriminering (Board against Discrimination)*, tribunal antidiscriminatoire composé de treize membres qui est chargé de déterminer les sanctions pécuniaires imposées aux personnes ne respectant pas certaines obligations telles l'obligation de coopérer avec le *Diskriminerings Ombudsmannen (Equality Body)*, l'obligation d'assurer des conditions de travail dénuées de discrimination, de harcèlement, de représailles, l'obligation de favoriser la conciliation entre l'emploi et la vie de famille, l'obligation de recrutement ou de répartition dans l'emploi globalement paritaires, l'obligation d'équité salariale, d'élaboration de plan antidiscriminatoire, etc. V. s. 7 du *Discrimination Act*.

173. L'État fédéré de *South Australia* a, lui aussi, instauré en 1984 un *Equal Opportunity Tribunal*, composante de l'ordre administratif qui statue sur les plaintes fondées sur une allégation de discrimination au sens du *South Australian Equal Opportunity Act*. Il se compose de douze membres, juges, magistrats ou professionnels du droit, nommés pour un mandat de trois ans renouvelable en raison de leurs connaissances, expériences et sensibilités antidiscriminatoires. La formation de jugement est composée du *Presiding Officer of the Tribunal*, nécessairement juge de la cour de district, et de deux assesseurs⁶⁹⁴. Le ministère d'avocat y est facultatif et la conciliation juridictionnelle reste possible. Après enquête, examen des pièces du dossier et auditions, le tribunal est compétent pour ordonner en cas de discrimination avérée les mesures de réparation qu'il estime utiles. La décision peut éventuellement être contestée en appel devant la Cour suprême de *South Australia* dans un délai d'un mois⁶⁹⁵.

174. Quant à la Nouvelle-Zélande, elle s'est également dotée d'un tribunal spécifiquement chargé du contentieux de la non-discrimination en 1993, en l'occurrence le *Human Rights Review Tribunal*. Celui-ci est amené à connaître des litiges fondés sur le *Human Rights Act* de 1993 et, plus accessoirement, sur le *Health and Disability Commissioner Act* de 1993 et le *Privacy Act* de 1994. Il est composé en 2019 de quatorze membres nommés pour cinq ans par le Gouverneur général en raison de leurs particulières connaissances et expériences antidiscriminatoires. Sa formation de jugement repose sur un président et deux assesseurs⁶⁹⁶. Le tribunal s'attache à déterminer les mérites de la cause, entendue « sans se soucier des détails techniques »⁶⁹⁷, suivant les principes naturels de justice. Lorsque la discrimination est avérée, il peut ordonner les mesures de réparation qu'il estime utiles, notamment le paiement de dommages-intérêts d'un montant maximum de 200 000 \$NZD, la nullité rétroactive du contrat, l'obligation de suivi d'une formation ou encore la mise en œuvre d'une politique interne antidiscriminatoire. Le tribunal est également compétent pour déclarer une législation contraire au *New Zealand Bill of Rights Act* de 1990. Une fois enregistrées à la cour de

⁶⁹⁴ Avant de porter son affaire devant le tribunal, le plaignant doit initialement saisir l'*Equal Opportunity Commission* qui appréciera le bien-fondé de sa requête et, le cas échéant, après tentative et échec d'une procédure de conciliation, transmettra la plainte à l'*Equal Opportunity Tribunal*. En cas de refus de la Commission de transmettre la plainte, quel qu'en soit le motif, le plaignant demeure libre de saisir à ses frais le tribunal sous trois mois.

⁶⁹⁵ Sur les caractéristiques et modalités de fonctionnement, v. not. *Equal Opportunity Act*, South Australia, 1984, en ligne [URL : <https://www.legislation.sa.gov.au/LZ/C/A/Equal%20Opportunity%20Act%201984.aspx>] ou encore Courts Administrative Authority of South Australia, Equal Opportunity Tribunal, en ligne [URL : <http://www.courts.sa.gov.au/OurCourts/DistrictCourt/Pages/Equal-Opportunity-Tribunal.aspx>].

⁶⁹⁶ Le plaignant doit adresser sa requête à l'*Office of Human Rights Proceedings* qui évalue le bien-fondé et la nature de la plainte et décide en fonction de saisir ou non le tribunal et de représenter le plaignant lors de l'instance. Pour trancher sur l'opportunité d'assurer la représentation de la victime, le directeur du *Human Rights Proceedings* tient compte de la dimension systémique de la plainte, de l'intérêt public et de la complexité du problème de droit. En cas de refus de représentation, le plaignant reste toutefois libre de saisir le tribunal à ses frais, par l'intermédiaire d'un ministère d'avocat ou non.

⁶⁹⁷ S. 105(1) du *Human Rights Act*.

district, ses décisions disposent de la force exécutoire sous réserve d'un appel formé devant la *High Court*.

175. Ces différentes expériences ont toutes permis le développement d'une expertise juridictionnelle significative. Quantitativement, les résultats sont cependant mitigés pour diverses raisons. Certains tribunaux sont sous-alimentés en raison d'un système de filtre préalable (*e.g.* Québec). D'autres ne disposent que de prérogatives restreintes (*e.g.* Suède) ou d'un champ de compétence trop limité pour permettre un contentieux important (*e.g.* Canada fédéral). Certaines expériences se révèlent à l'inverse plus enthousiasmantes et débouchent sur un contentieux massif (*e.g.* Ontario, Colombie-Britannique, Nouvelle-Zélande). Elles permettent au surplus l'émergence d'une jurisprudence de qualité qui confère aux règles de droit interprétées des significations normatives exigeantes⁶⁹⁸. Tirant les enseignements de ces expériences étrangères, la création d'un tribunal spécialisé pourrait ainsi être envisagée dans le cadre français comme modalité potentielle de perfectionnement du traitement contentieux. Cela semble pourtant une initiative prématurée pour deux raisons au moins. D'une part, la massification récente du contentieux de la non-discrimination devant les juridictions prud'homales et administratives a enfin amorcé une dynamique positive qu'il importerait de prolonger devant les juridictions civiles⁶⁹⁹. D'autre part, la possibilité de lever de nombreux obstacles à l'appréhension conceptuelle et technique de la discrimination par d'autres biais devant les juridictions de droit commun semble une voie à explorer en priorité, sans avoir à bouleverser l'ordre juridictionnel français⁷⁰⁰. À défaut de spécialisation des juridictions, il est toutefois possible de souligner une initiative française qui s'en approche à certains égards, à savoir l'institutionnalisation malheureuse de pôles anti-discriminations au sein des parquets.

2) L'échec des pôles anti-discriminations en France

176. Trois années après la création de la HALDE, un seuil supplémentaire fut franchi dans l'institutionnalisation de la lutte contre les discriminations, au sein du système juridictionnel cette fois. Une dépêche ministérielle du 11 juillet 2007 – non publiée au bulletin officiel – a enjoint aux

⁶⁹⁸ Si la qualité des décisions et l'audace de ces juridictions spécialisées ne peuvent être ici résumées, elles ont déjà fait l'objet d'amples considérations (v. not. MEDARD INGHILTERRA, R., « Les écueils du contentieux antidiscriminatoire au prisme de la jurisprudence canadienne », in GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, *op. cit.*, annexes, p. 3-42) et seront partiellement réexaminées ci-après. V. not. les développements conduits tout au long de Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

⁶⁹⁹ V. not. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, II, not. A, 1).

⁷⁰⁰ En ce sens, v. not. les développements conduits dans le Titre 2 de la Partie 2.

parquets de mettre en place des pôles anti-discriminations animés par un magistrat-référent⁷⁰¹. La tâche confiée à ce magistrat comporte trois volets essentiels : conduire la politique pénale en matière de discrimination (*i.e.* apprécier l'opportunité des poursuites), susciter des signalements et dialoguer avec les acteurs locaux (*e.g.* associations, inspecteurs du travail, délégués du Défenseur des droits). Loin de la figure du tiers impartial chargé de trancher les litiges, le rôle ici assigné rejoint une fonction de déclenchement des poursuites et de coordination des acteurs. Pour accomplir cette mission, sont notamment suggérés par la dépêche ministérielle la mise en place d'une cellule de veille, d'une permanence d'accès au droit et le développement de formations. Le magistrat-référent doit enfin être assisté d'un délégué du procureur de la République, choisi parmi les membres associatifs collaborant avec le pôle et chargé du traitement des procédures de troisième voie⁷⁰².

177. Dans un élan d'optimisme, la Garde des Sceaux de l'époque déclarait deux mois après l'émission de sa dépêche que l'ensemble des parquets des cent quatre-vingt-un tribunaux de grande instance étaient désormais dotés d'un pôle anti-discriminations⁷⁰³. En 2013, la ministre de la Justice affirmait à l'inverse une organisation à deux échelles, caractérisée par une implantation des pôles anti-discriminations au sein des seuls parquets généraux et la présence résiduelle d'un seul magistrat-référent au sein des parquets⁷⁰⁴. Concrètement, ce sont les magistrats-référents en matière de racisme et d'antisémitisme, déjà présents au sein des parquets avant 2007, qui ont vu leur sphère de compétence élargie à la lutte contre les discriminations sans pour autant bénéficier d'une formation en droit de la non-discrimination, ce que déplorait la CNCDH en 2016⁷⁰⁵. En dépit de ce simple renouvellement des fonctions d'un personnel déjà en place, la Direction des affaires criminelles et des grâces concluait en 2014 à un bilan « décevant » et à une activité des pôles et des magistrats-référents « assez inégale, et parfois très limitée, voire plus symbolique qu'effective »⁷⁰⁶. Deux ans plus tard, le ministère de la Justice recensait une cinquantaine de pôles anti-discriminations, sans toutefois être en mesure de préciser ni le nombre de ces pôles qui se réunissaient de manière régulière ni les partenaires qui les composaient. Pire, le ministère précisait

⁷⁰¹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Dépêche du 11 juillet 2007 précisant la mise en place des pôles anti-discriminations (pas de publication au BO) », 11 juillet 2007, en ligne [URL : <http://www.textes.justice.gouv.fr/autres-textes-10182/depeche-precisant-la-mise-en-place-de-poles-anti-discriminations-14410.html>].

⁷⁰² Sur ce point, v. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, I, A, 2).

⁷⁰³ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Installation du pôle anti-discrimination au parquet du TGI d'Ajaccio », 27 septembre 2007, en ligne [URL : <http://www.presse.justice.gouv.fr/archives-discours-10093/archives-des-discours-de-2007-10239/installation-du-pole-anti-discrimination-13201.html>].

⁷⁰⁴ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Lettre de la Garde des Sceaux. Lutte contre le racisme », 10 juillet 2013, en ligne [URL : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/lettre_gds_lutte_racisme_20130710.pdf].

⁷⁰⁵ CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Rapport 2015, op. cit.*, p. 138 et 140 : « la création, au sein des parquets, de magistrats référents en matière de contentieux raciste et discriminatoire est une avancée qui pourrait avoir davantage d'impact si ces professionnels, sensibilisés à ces questions, recevaient une formation systématique aux spécificités juridiques de ce contentieux et ce d'autant qu'ils sont susceptibles de jouer un rôle d'impulsion et de conseil au sein des tribunaux ».

⁷⁰⁶ CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Rapport 2014, op. cit.*, p. 116 et p. 137.

que « certains pôles sont créés mais restent inactifs, quand d'autres parquets n'ont tout simplement pas jugé opportun de créer un pôle antidiscriminations »⁷⁰⁷.

178. Avec Laura Mourey, il est possible de conclure que, « quelle que soit leur contribution, l'hétérogénéité des dynamiques existantes au sein des pôles anti-discriminations ne fait pas de cette instance un cadre suffisamment stable de coordination des acteurs »⁷⁰⁸ ou même d'instrument efficace de lutte contre les discriminations. De manière plus cinglante, Clara Hervás estimait que « l'emploi du terme "pôle" est quelque peu trompeur » car « souvent il n'est composé que d'un seul procureur, lequel ne se consacre pas forcément de manière exclusive aux affaires portant sur des thématiques de discrimination »⁷⁰⁹. Quant à Dominique Viriot-Barrial, elle soulignait qu'en dépit de la création de ces pôles, les juridictions pénales « sont suspectées par ailleurs de refuser de s'investir dans ce domaine »⁷¹⁰. Plusieurs difficultés ont pu être soulignées par les magistrats eux-mêmes, chargés de l'animation des pôles. La faillite des COPEC doublée de leur remplacement progressif par les CORA, dont le mandat se trouve limité au racisme et à l'antisémitisme, restreint selon eux le potentiel de collaboration entre les parquets et l'administration déconcentrée⁷¹¹. À cet affaiblissement considérable du relai institutionnel s'ajoute en amont une carence de moyens matériels également dénoncée par les principaux concernés⁷¹². En aval, émerge le constat d'une inefficacité des pôles anti-discriminations, en proie aux blocages institutionnels et confrontés à un « exercice solitaire »⁷¹³.

179. Cet aménagement des parquets ne permet pas non plus de dynamiser le contentieux de la non-discrimination. Les pôles anti-discriminations reposent en effet largement sur le développement des procédures de troisième voie⁷¹⁴. Il s'agit alors de développer les alternatives aux poursuites telles que la médiation et la composition pénales, conduites par un délégué du procureur désigné par le magistrat référent – qui ne sont ni magistrats ni professionnels de la justice. Malgré

⁷⁰⁷ *Idem*, p. 115-116 et CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Rapport 2015*, *op. cit.*, p. 138-139.

⁷⁰⁸ MOUREY, L. *Le rôle du droit pénal dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 392.

⁷⁰⁹ HERVÁS HERMIDA, C., « L'action du ministère public dans la lutte contre les discriminations. Étude comparée France-Espagne », in GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, *op. cit.*, annexes, p. 294.

⁷¹⁰ VIRIOT-BARRIAL, D., « Discrimination et matière pénale en France », in MERCAT-BRUNS, M., OPPENHEIMER, D. B. et SARTORIUS, C. (édit.), *Comparative Perspective on the Enforcement and the Effectiveness of Antidiscrimination Law*, Cham, Springer, 2018, p. 228.

⁷¹¹ En ce sens, CARLES, I. et HERVÁS HERMIDA, C., « Entretien avec M. François Perrain, procureur de la République de Valenciennes », *Revue des Droits de l'Homme*, n° 9, 2016 : « Les COPEC/CODAC étaient très formel (*sic*) mais ces institutions avaient au moins le mérite de permettre de nommer les choses. Mais, aujourd'hui, en tant que procureur, je n'ai jamais été convié à une réunion organisée par la Préfecture. J'ai l'impression que les préfets sont un peu sortis du champ, que la question de la discrimination a été perdue un peu de vue ».

⁷¹² *Ibidem*.

⁷¹³ *Ibidem* : « L'exercice est parfois solitaire et [...] les résultats ne sont pas extraordinaires, loin de là », « il faut aussi démontrer notre efficacité. Nous ne l'avons pas fait jusqu'à présent, il faut bien le dire ».

⁷¹⁴ V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, I, A, 2) et B, 1).

une réponse pénale, il existe ainsi une déjudiciarisation du contentieux de la non-discrimination⁷¹⁵ qui ne permet pas la réalisation des règles de droit secondaires visant la sanction des discriminations par les juridictions. La raréfaction du procès pénal possède une prégnance particulière en matière de délinquance raciste dont les faits sont sanctionnés par le biais d'alternatives aux poursuites (62 % en 2013, 66 % début 2014)⁷¹⁶. Le Plan national d'action contre le racisme de 2015 persistait dans cette voie et plaidait en faveur d'un renforcement des « mesures alternatives et des peines à valeur pédagogique »⁷¹⁷. Cette politique pénale, qui trouve un relai au sein des pôles anti-discriminations, interroge nécessairement quant à sa contribution à la réalisation du droit pénal de la non-discrimination⁷¹⁸.

180. En résumé, la création des pôles anti-discriminations marque, certes, une initiative honorable. Leur incapacité à s'affirmer institutionnellement, à surpasser les obstacles systémiques (*e.g.* non-recours au droit, enregistrement du signalement sous la forme de mains-courantes) ainsi que le conditionnement de leurs actions à une politique pénale déjudiciarisant le contentieux, dévoilent néanmoins une inefficacité reconnue par les principaux concernés⁷¹⁹. Au-delà de l'échec logistique, l'action de ces pôles, en soi, laisse perplexe, notamment lorsque la magistrate-référente du pôle de Bobigny, présenté comme l'un des plus importants, avance qu'« il n'y a pas de spécificité ni de stratégie procédurale liée au contentieux de la discrimination »⁷²⁰. Incapable de redynamiser ou de simplement améliorer la qualité de la politique pénale, ces pôles anti-discriminations n'ont par ailleurs jamais eu vocation à trancher le litige. Ils ne sauraient dès lors être susceptibles de déterminer la règle de droit en précisant ses implications concrètes et en lui conférant une signification normative propre à favoriser la lutte contre les discriminations. Tout au plus participent-ils indirectement à cette détermination par le biais des réquisitions.

181. À terme, ni le Défenseur des droits ni les pôles anti-discriminations ne correspondent à la figure du tiers impartial spécialisé qu'illustrent en revanche certaines juridictions à l'étranger. Si le législateur français n'a pas encore fait le choix de l'institutionnalisation de tiers impartiaux spécialisés en droit de la non-discrimination, il n'est pas certain que cette perspective soit désirable.

⁷¹⁵ V. not. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Circulaire du 16 mars 2004, CRIM.04-3/E5-16-03-04, p. 7-8 et art. 41-1 et 41-2 du CPP.

⁷¹⁶ CNCDH, *Rapport annuel sur le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Année 2014, op. cit.*, p. 109.

⁷¹⁷ PREMIER MINISTRE, *Plan national d'action contre le racisme*, Action 13, en ligne [URL : http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2015/09/racisme_antisemitisme-dilcra.pdf].

⁷¹⁸ V. ici Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, I, not. B, 1).

⁷¹⁹ V. CARLES, I. et HERVÁS HERMIDA, C., « Entretien avec M. François Perrain, Procureur de la République de Valenciennes », *loc. cit.*

⁷²⁰ Propos tenus par Mme la Procureure Klein-Donati, magistrate-référente au pôle discrimination et lutte contre le racisme et l'antisémitisme, entretien réalisé par Clara Hervás Hermida et Marc Touillier, 2 décembre 2015, Bobigny, tel que cité in GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité, op. cit.*, annexes, p. 460.

Considérant la massification récente du contentieux devant les juridictions de droit commun ainsi que les perspectives d'une meilleure appréhension contentieuse des discriminations par d'autres biais que la spécialisation des tribunaux, le bouleversement de l'ordre juridictionnel ne semble, d'une part, pas une option à envisager en priorité. Le Défenseur des droits pourrait, d'autre part, contribuer à pallier cette absence de spécialisation juridictionnelle non pas en tant que tiers extrajuridictionnel impartial mais en tant qu'organisme de promotion de l'égalité qui œuvre à la détermination indirecte de la norme par une présence contentieuse plus marquée (*e.g.* observations en justice⁷²¹). Cette activité s'inscrit en complément de son activité d'impulsion de réforme et de conseil des pouvoirs publics⁷²².

182. **Conclusion du chapitre 1.** L'attention accordée à titre liminaire aux acteurs situés au fondement du droit de la non-discrimination, en raison de leur participation au cours des procédures d'élaboration du droit, permet une mise en contexte utile à la présente étude. À l'exception notable du Défenseur des droits lorsqu'il agit en tant qu'organisme de promotion de l'égalité, rares sont les auteurs du droit de la non-discrimination qui disposent d'une expertise, d'une volonté politique affirmée et d'une vision transversale de ce droit. Si la précarité du droit de la non-discrimination doit encore être démontrée⁷²³, celle de ses fondements est d'ores et déjà manifeste. Sa conception ne reflète qu'occasionnellement la prise en compte des besoins des acteurs de la lutte contre les discriminations lorsque sont considérées les modalités d'intervention des auteurs crédités d'une habilitation générale d'élaboration du droit. Ces auteurs recherchent parfois une finalité autre que la lutte contre les discriminations, et des carences rédactionnelles initiales ou des mesures inadéquates sont fréquemment maintenues à défaut de procéduralisation ou de collaboration parlementaire. Le contenu formalisé de la disposition qui enrichit le corpus antidiscriminatoire n'est pas pensé, dans ces cas, pour remédier à l'ineffectivité de l'interdiction de la discrimination ou du droit à la non-discrimination. Sa contribution à la réalisation de ces normes pâtit d'un handicap originel. En parallèle, le contenu opposable au législateur des rares dispositions antidiscriminatoires à valeur constitutionnelle paraît bien faible, notamment en raison d'une interprétation timorée de

⁷²¹ Sur cette fonction de détermination indirecte du droit de la non-discrimination par le Défenseur des droits, v. not. SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, Aix-en-Provence, PUAM, 2017, not. p. 121-207.

⁷²² Cette configuration, qui fera l'objet de développements plus approfondis ci-après, implique le maintien de la fonction d'organisme de promotion de l'égalité (sur son caractère indispensable, v. not. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, I, B), l'abandon de la fonction de médiation institutionnelle (v. ici Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, II, B, not. 2) et Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, I) et l'institutionnalisation d'une aide juridique spécialisée fondée sur des fonctions d'assistance des réclamants et de contentieux stratégique (v. Partie 2, Titre 1, Section 1, II, B). Elle se rapproche de certaines réformes conduites à l'étranger (*e.g.* Ontario) et de certains développements doctrinaux. V. not. PAYNE, J. B. et ROOTHAM, C. C., « Are Human Rights Commissions Still Relevant? », *op. cit.*, not. p. 100-102 et ALLEN, D., « Strategic Enforcement of Anti-Discrimination Law: A New Role For Australia's Equality Commissions », *op. cit.*, p. 103-137.

⁷²³ V. not. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2 et Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

ces dispositions. Ces éléments auraient pu, en partie, être compensés par l'intervention d'auteurs spécialisés, qui apportent leur expertise au cœur du processus d'élaboration du droit. L'institutionnalisation de tels organismes, en France, demeure toutefois inaboutie. La tentative visant à instaurer un organisme crédité d'un mandat transversal d'élaboration des politiques publiques antidiscriminatoires (*i.e.* délégation interministérielle à l'égalité républicaine) n'a jamais vu le jour. Celle consistant à introduire une expertise au sein des juridictions (*i.e.* pôles anti-discriminations) s'est révélée peu concluante, et n'a jamais eu vocation à mettre ladite expertise au service de l'interprétation des règles antidiscriminatoires – à l'inverse des juridictions spécialisées à l'étranger. Leurs diverses contributions ne sont donc pas pleinement en mesure de compenser les implications ambivalentes des auteurs crédités d'une habilitation générale d'élaboration du droit. Au commencement de notre étude, l'analyse des propriétés légistique et, plus précisément, des qualités organiques du droit de la non-discrimination (*i.e.* ses procédures d'élaboration), contribue ainsi à mettre au jour les fondements précaires de notre objet. La légistique formelle, qui s'attache à l'analyse des qualités rédactionnelles des énoncés antidiscriminatoires, permet de prolonger le constat et d'insister sur le langage hésitant du droit de la non-discrimination.

CHAPITRE 2 : LE LANGAGE HÉSITANT DU DROIT DE LA NON-DISCRIMINATION

183. L'influence des divers auteurs du droit de la non-discrimination sur le contenu formalisé amorce plus qu'elle n'épuise les différentes modalités d'appréhension de la réalisation de ce droit au stade de la production normative. Dès lors, en complément du point de vue dynamique précédemment abordé, focalisé sur les qualités organiques et les chemins procéduraux de détermination de la norme, il convient désormais d'opter pour une analyse des qualités formelles de l'énoncé, d'un point de vue statique. En effet, ces qualités formelles rejaillissent, elles aussi, sur la qualité du contenu de l'énoncé⁷²⁴. C'est alors la légistique formelle – et non plus matérielle – qui doit retenir notre attention⁷²⁵. Les caractéristiques auxquelles elle s'attache, en ce qu'elles sont réputées œuvrer à la réception des énoncés, ont précisément été pensées comme des facteurs de réalisation du droit par de nombreux auteurs. Il en va ainsi de la clarté, de la précision⁷²⁶, de l'intelligibilité, de l'accessibilité⁷²⁷ ou encore de la diffusion des textes⁷²⁸. Ces qualités sont toutes indispensables à une bonne appréhension du droit, qu'il s'agisse de la compréhension et du respect des interdits posés (*e.g.* interdiction de la discrimination) ou de l'identification du contenu des droits à revendiquer (*e.g.* droit à la non-discrimination). *Envisager la réalisation au stade de la production normative invite ainsi à considérer les qualités formelles du droit de la non-discrimination en raison de leur potentiel sur la réception de son contenu par les sujets et les autorités d'application du droit.*

⁷²⁴ ROUVILLOIS, F., *L'efficacité des normes*, *op. cit.*, p. 20 : « c'est d'abord au législateur qu'il revient de donner au texte qu'il rédige des gages d'efficacité en s'attachant au contenu de celui-ci ». V. aussi BELLEY, J.-G., « La loi du dépôt volontaire : une étude de sociologie juridique », *op. cit.*, p. 42 : « la rédaction même du texte législatif peut en conditionner l'effectivité ». V. encore FATIN-ROUGE STÉFANINI, M., GAY, L. et VIDAL-NAQUET, A., « Préface », *op. cit.*, p. 13-14 : la qualité de la norme repose sur l'« ensemble des caractères requis pour qu'une norme valide [...] présente le moins de difficultés possibles dans son application, eu égard à son contenu ».

⁷²⁵ Sur la légistique formelle en général, v. FLÜCKIGER, A., *(Re)faire la loi*, *op. cit.*, not. p. 517-602. Pour une illustration spécifique de la démarche, v. BRILLAT, M., *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, *op. cit.*, p. 224 : « il importe de prendre appui sur un concept de discrimination clair afin d'adopter ensuite un certain nombre de règles procédurales à la particularité de la matière » ; « le premier mouvement doit s'attacher à redéfinir le principe de non-discrimination afin d'en améliorer l'efficacité ».

⁷²⁶ ROUVILLOIS, F., *L'efficacité des normes*, *op. cit.*, p. 20 : « L'intelligibilité et la clarté sont des conditions essentielles de l'efficacité : comme l'observait encore Pierre Mazeaud, "la loi doit être précise et claire, ce qui ne veut pas dire encombrée de détails. Le législateur doit donc adopter des dispositions compréhensibles et des formules non équivoques" ». V. encore CHAMPEIL-DESPLATS, V., « Penser l'efficacité de la norme », *loc. cit.* ou CHAMPEIL-DESPLATS, V. et MILLARD, É., « Efficacité et énoncé de la norme », *op. cit.*, p. 63-73 : les auteurs insistent sur « les qualités rédactionnelles des énoncés juridiques, notamment celles de la clarté et de la précision ».

⁷²⁷ *Idem*, p. 20 : « Tout autant que la clarté de la règle, son degré d'accessibilité (à ceux à qui elle est destinée) est un facteur d'intelligibilité, et partant, d'efficacité ». L'auteur souligne l'importance « des conditions d'accessibilité, matérielle et intellectuelle, de la norme au moment de sa mise en œuvre, gage d'efficacité au moins aussi déterminant que la clarté » (p. 22). V. aussi BETAÏLE, J., *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne*, *op. cit.*, p. 373-374.

⁷²⁸ RANGEON, F., « Réflexions sur l'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 139 : « pour être effective, la règle de droit doit aussi être diffusée auprès de ses destinataires qui peuvent ainsi se l'approprier en l'adaptant à leurs besoins ».

184. L'analyse permet ici d'étayer les dénonciations parfois vives des modalités d'intervention du législateur⁷²⁹ et de mettre en exergue le caractère hésitant, voire franchement balbutiant, du droit de la non-discrimination. Cette analyse peut d'abord être envisagée « à partir de la formulation du seul énoncé normatif »⁷³⁰. La réflexion sur les chances de réception du droit conduit, plus précisément, à interroger les qualités linguistiques, notamment syntaxiques et sémantiques, propres aux énoncés juridiques antidiscriminatoires. De ce point de vue, c'est la piètre rédaction des définitions de la discrimination et de ses modalités de prohibition qui interrogent et minent la qualité et la lisibilité du droit (Section 1). Au-delà du seul énoncé, la légistique formelle s'intéresse ensuite à « la structure globale des textes juridiques » comme facteur de réalisation « des énoncés qu'ils contiennent », par exemple en prêtant attention « au découpage interne de l'ensemble du texte-source »⁷³¹. La réflexion sur la réception du droit peut ainsi être prolongée en saisissant le corpus juridique à la lueur de son intelligibilité et de son accessibilité pour les victimes. Sous cet angle, le droit de la non-discrimination repose sur une multitude de dispositions, codifiées ou non, qui se superposent sans grande cohérence et altèrent son accessibilité et son intelligibilité (Section 2).

Section 1 : L'énoncé antidiscriminatoire à l'épreuve d'une analyse syntaxique et sémantique

Section 2 : Les défauts d'accessibilité et d'intelligibilité du droit de la non-discrimination

⁷²⁹ En ce sens, v. not. GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, note de synthèse, *op. cit.*, p. 4 : « Le droit de la non-discrimination est incontestablement caractérisé par une profusion de dispositions législatives, réparties dans de très nombreux codes et dans diverses lois. Il ressort de l'analyse fouillée de ces textes un manque flagrant de cohérence qui confine parfois à la contradiction. Le problème, relevé par l'étude, ne provient donc pas d'un manque d'intervention du législateur, mais de sa manière d'intervenir ». V. encore CALVÈS, G., « Le droit de la non-discrimination, un droit pour rire », *loc. cit.* et CALVÈS, G., « Motifs illicites de discrimination : poussée de fièvre à l'Assemblée nationale », *loc. cit.*

⁷³⁰ CHAMPEIL-DESPLATS, V. et MILLARD, É., « Efficacité et énoncé de la norme », *op. cit.*, p. 66.

⁷³¹ *Idem*, p. 68.

SECTION 1 : L'ÉNONCÉ ANTIDISCRIMINATOIRE À L'ÉPREUVE D'UNE ANALYSE SYNTAXIQUE ET SÉMANTIQUE

185. La réalisation, entendue comme le processus qui permet d'obtenir un état de correspondance entre une norme et les comportements de ses destinataires, est inévitablement tributaire d'une analyse reposant pour partie sur l'énoncé linguistique qui contribue au sens de ladite norme. Il ne s'agit pas ici d'affirmer que l'énoncé juridique contient un sens unique et objectif qui détermine la norme. Considérant son irréductible imprécision, il exige *a minima* une interprétation non authentique (*i.e.* « qui est produite [par] la doctrine juridique [ou] par toute personne qui n'a pas été habilitée par l'ordre juridique à donner une interprétation »⁷³²). Plus sûrement, la norme dépend de la signification normative que confère l'interprétation authentique (*i.e.* « à laquelle l'ordre juridique fait produire des effets »⁷³³ de droit). Même non absolument déterminante, la formulation sémantique de l'énoncé possède certaines qualités évidentes⁷³⁴, dont certaines intéressent la réalisation du droit. Pour François Rangeon, la réalisation peut dépendre « de la *nature* de la règle (loi impérative ou incitative [...]) et de son *contenu* (clarté, cohérence, précision...) »⁷³⁵. Partant, une analyse du contenu sémantique des principaux énoncés du droit de la non-discrimination peut être envisagée, en particulier l'analyse de ceux qui formulent les interdictions de la discrimination. Elle révèle les nombreuses divergences, le manque de clarté et les imprécisions qui fragilisent considérablement la définition même de discrimination. Ce manque de qualité complexifie, à terme, la réception, la compréhension et l'appropriation du droit, tant concernant l'interdiction de la discrimination que le droit à la non-discrimination (II). D'autres auteurs insistent également sur la nature de la règle. Ils suggèrent que la réalisation du droit peut bénéficier de manière variable « des formes déontiques basiques que sont l'interdiction, la permission et l'obligation »⁷³⁶. C'est alors la forme syntaxique de l'énoncé qu'il convient d'envisager. Quelques brèves considérations sur ce point, si elles ne permettent pas d'alimenter l'analyse critique des qualités du droit de la non-discrimination, permettent de souligner utilement le rôle central de la structure modale des énoncés dans la détermination de l'objectif de réalisation du droit. Celui-ci varie selon qu'est envisagée l'interdiction de la discrimination ou le droit à la non-discrimination (I).

⁷³² TROPER, M., « Une théorie réaliste de l'interprétation », *op. cit.*, p. 53.

⁷³³ *Ibidem.* V. Kelsen, H., *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., Dalloz, *op. cit.*, p. 453-458.

⁷³⁴ BETAÏLLE, J., *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne*, *op. cit.*, p. 327.

⁷³⁵ RANGEON, F., « Réflexions sur l'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 140-141 (nous soulignons).

⁷³⁶ CHAMPEIL-DESPLATS, V. et MILLARD, É., « Efficacité et énoncé de la norme », *op. cit.*, p. 67.

I. La syntaxe comme précision de l'objectif de réalisation de la norme

186. Entendue comme l'« ensemble des règles de construction des expressions bien formées, et des règles de déduction opérant à partir des axiomes »⁷³⁷ dans un langage formalisé, la syntaxe possède le mérite d'offrir une grille de lecture commune aux différents énoncés juridiques, y compris antidiscriminatoires. Elle permet de s'intéresser à la modalité, c'est-à-dire à l'« ensemble des faits linguistiques [...] traduisant l'attitude du sujet parlant par rapport à ce qu'il énonce »⁷³⁸. Elle met en lumière les « diverses manières d'envisager le prédicat de la phrase »⁷³⁹ pour le législateur. La modalité agit, de ce fait, en tant que révélateur de la manière dont ce dernier envisage la réalisation de l'énoncé qu'il formule. Son analyse conditionne la détermination de l'objectif du processus de réalisation, à savoir l'effectivité « attendue »⁷⁴⁰, qui peut être partielle ou généralisée (A). Cette exigence varie en fonction des différentes formes déontiques qui caractérisent les énoncés du droit de la non-discrimination (B). Néanmoins, quand bien même la modalité confère-t-elle à l'énoncé une dimension impérative, elle ne suffit en aucun cas à engendrer sa réalisation, ce qui permet de relativiser sa force perlocutoire et, par voie de conséquence, son rôle en tant que facteur de réalisation (C).

A. La modalité, instrument de décryptage de l'effectivité attendue

187. D'un point de vue syntaxique, la modalité procède à la « modification du sens d'une proposition, soit par adjonction d'adverbes [e.g. "nécessairement", "peut-être", "véritablement"], soit par subordination de cette proposition à certains verbes [e.g. "pouvoir" et "devoir"] ou formes verbales [e.g. modes de verbe impératif et indicatif⁷⁴¹] »⁷⁴². Elle permet de révéler la dimension

⁷³⁷ Entrée « syntaxe », *TLFi*, sens I, B, 2, logique.

⁷³⁸ Entrée « modalité », *TLFi*, sens I, B, 1, linguistique.

⁷³⁹ Entrée « modalité », *TLFi*, sens I, B, 3, modalités logiques.

⁷⁴⁰ Pour un usage distinct de ce concept, opposé à l'« effectivité observée » v. ROCHER, G., « L'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 138.

⁷⁴¹ Le droit a essentiellement recours aux modes de verbe de l'impératif et de l'indicatif. Le premier exprime une injonction, en soi, ni vraie ni fausse (CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 130 et p. 257). Le second annonce une action certaine ou considérée comme telle. Lorsqu'il est conjugué au présent, l'indicatif exprime une action en cours, une action régulière ou une vérité générale. Mobilisé au cœur des dispositions juridiques, l'indicatif se voit crédité d'une valeur impérative. Si elle peut être nuancée (p. 265-266), cette conclusion est confirmée par le *Guide de légistique* français qui précise que, « en règle générale, les verbes sont à conjuguer au présent de l'indicatif et non au futur. Ce présent a valeur impérative » (PREMIER MINISTRE et CONSEIL D'ÉTAT, *Guide de légistique*, 3ème éd., Paris, La Documentation française, 2017, p. 292). Le *Guide de légistique* ajoute qu'« il n'y a pas lieu, sous prétexte de renforcer le caractère impératif d'une obligation, de recourir au mot "doit" ; le simple présent de l'indicatif du verbe principal suffit » (p. 292). De cette valeur impérative des modes de verbe précités découle le caractère prescriptif de l'énoncé. V. encore FLÜCKIGER, A., (*Re)faire la loi*, *op. cit.*, p. 542.

⁷⁴² ENGEL, P., « Modalités, logique », in *Encyclopædia Universalis*, [URL : <http://www.universalis-edu.com.faraway.parisnantes.fr/encyclopedie/modalites-logique/>]. V. encore SCTRICK, R., « Modalité, linguistique », in *Encyclopædia Universalis*, [URL : <http://www.universalis-edu.com.faraway.parisnantes.fr/encyclopedie/modalite-linguistique/>].

illocutoire des énoncés, c'est-à-dire de « rendre manifeste comment les [énoncés] doivent être [compris] », « soit comme un conseil, soit comme un commandement »⁷⁴³. En d'autres termes, l'analyse syntaxique des énoncés juridiques permet de déterminer le mode déontique à partir duquel ils sont formulés, qu'il s'agisse de l'« obligatoire », de l'« interdit » ou du « permis »⁷⁴⁴. Cette forme déontique fixe le degré de correspondance attendue entre sa signification et les comportements sociaux auxquels elle a vocation à s'appliquer. C'est parce qu'elle permet la détermination de l'effectivité attendue, objectif du processus de réalisation, que la syntaxe occupe une place centrale pour toute étude relative à l'effectivité et à la réalisation du droit. Quelques exemples sont susceptibles d'explicitier ces considérations.

188. Lorsque le législateur formule une obligation, le comportement désigné est considéré comme nécessaire et l'énoncé juridique vise, par sa prétention normative, la généralisation de ce comportement au sein d'un public et dans un périmètre déterminés. Une règle de droit qui dispose qu'il est obligatoire pour tout parti politique de présenter une moitié de candidat de chaque sexe, à une unité près, lors des élections municipales pour les villes de plus de 1 000 habitants⁷⁴⁵, atteste d'une effectivité attendue « généralisée ». Tout comportement contraire permet à l'observateur de conclure à un défaut d'effectivité de la norme. Lorsque le législateur formule une interdiction, le comportement désigné est considéré comme impossible et l'énoncé juridique vise, par sa prétention normative, l'élimination de ce comportement au sein d'un public et dans un périmètre déterminés. Une règle de droit qui défend à un employeur de procéder à la sélection des candidats à l'embauche, en rejetant ceux dont le nom de famille révèle une origine nationale supposée étrangère, atteste également d'une effectivité attendue généralisée. Tout comportement non conforme à cette interdiction constitue un défaut d'effectivité de la norme. En revanche, lorsque le législateur formule une permission, l'énoncé juridique, en ce qu'il se réfère à un comportement seulement considéré comme possible, vise, par sa vocation suggestive, à proposer ce comportement. Une disposition qui précise que le Défenseur des droits peut rendre publiques ses décisions après

⁷⁴³ AUSTIN, J. L., *Quand dire c'est faire*, Huitième conférence, Paris, Seuil, 1970, p. 28. Les travaux de John Austin distinguent l'acte de langage « locutoire » de l'acte « illocutoire ». L'acte locutoire est constitué de « la production de sons, de mots entrant dans une construction, et douée d'une signification » (p. 109). L'acte illocutoire consiste « à rendre manifeste comment les paroles doivent être comprises en ce moment – les mêmes paroles pouvant être comprises soit comme un conseil, soit comme un commandement » (p. 28), en fonction des conventions. Sur la dimension conventionnelle du langage, v. les travaux de Wittgenstein, not. WITTGENSTEIN, L., *Tractatus logico-philosophicus*, Paris, Galimard, 2001, 121 p.

⁷⁴⁴ Sur ces questions, v. not. : DUBOUCHET, P., *Pour une théorie générale du droit. Essai sur les rapports du normatif et du logico-grammatical*, Lyon, L'Hermès, 1993, p. 56-57 ; KALINOWSKI, G., *La logique des normes*, op. cit., not. p. 79 et s. ; KALINOWSKI, G., « Un aperçu élémentaire des modalités déontiques », *Langages*, n° 43, 1976, p. 13-15 ; VON WRIGHT, G. H., « Deontic Logic », *Mind*, vol. 60, n° 237, 1951, p. 1-15 ; AMSELEK, P., « Les fonctions normatives ou catégories modales », *Philosophiques*, vol. 33, n° 2, 2006, p. 399.

⁷⁴⁵ Conseillers municipaux (art. L. 264 du Code électoral) et adjoints aux maires dans les communes de plus de 3 500 habitants (art. L. 2122-7-2 du CGCT, désormais les communes de plus de 1 000 habitants depuis la loi n° 2013-403 du 17 mai 2013).

information de la personne mise en cause⁷⁴⁶ atteste d'une effectivité attendue « partielle ». Si ladite décision n'est pas rendue publique, l'observateur ne peut pour autant conclure à un défaut d'effectivité de la norme. Tout au plus peut-il considérer que cette effectivité est insuffisante.

189. Aussi élémentaires soient-elles, ces considérations mettent en lumière le rôle premier de la syntaxe. Loin d'être neutre, le choix de modalité impacte directement l'effectivité attendue de la norme que contribue à formuler l'énoncé. La prétention normative qu'emporte un mode déontique strict (*i.e.* obligatoire, interdit) peut retenir l'attention dans notre étude en ce qu'il renforce les exigences en termes de réalisation. Le jugement porté en amont par l'auteur de l'énoncé sur l'effectivité de la norme qu'il contient est un jugement en termes de résultats. Dans cette hypothèse, la réalisation n'est pas optionnelle mais nécessaire. Elle ne doit pas être ponctuelle mais intégrale. Qu'elle procède de facteurs juridiques ou non, l'important est qu'elle ait lieu – ou qu'elle semble avoir eu lieu – et qu'il y ait effectivité réelle et généralisée, c'est-à-dire un état idéal de correspondance entre la norme et les comportements sociaux auxquels elle a vocation à s'appliquer. À l'inverse, le choix d'une modalité déontique souple (*i.e.* permis) n'assimile pas nécessairement l'ineffectivité à une mise en échec du droit dès lors que la prétention normative cède sa place à une vocation suggestive qui conçoit l'effectivité comme un état nécessairement partiel et imparfait. L'exigence de réalisation dont est porteur l'énoncé antidiscriminatoire est en conséquence moindre dans ce cas de figure. Cette exigence variable se retrouve selon qu'est envisagé le droit à la non-discrimination ou l'interdiction de la discrimination, et c'est à ce titre qu'elle nous intéresse.

190. En tant qu'il énonce une capacité juridique (*i.e.* celle de contester devant les autorités d'application du droit une pratique ou mesure estimée contraire à l'interdiction de la discrimination), le droit à la non-discrimination est intrinsèquement lié à une effectivité attendue partielle. Un « droit à »⁷⁴⁷ exprime en effet une faculté de faire valoir un crédit conféré par le droit, et non une obligation⁷⁴⁸. Comme le soulignait déjà Paul Amselek, « il n'y a aucune différence entre "pouvoir" et "avoir le droit de" en tant que permission ou possibilités de faire ou de ne pas faire reconnues par des règles de conduite, et spécialement par des normes juridiques »⁷⁴⁹. Les « droits à », y compris le droit à la non-discrimination, sont caractérisés par une effectivité attendue partielle car on ne saurait « pousser la notion d'effectivité, pour les lois permissives, jusqu'à cette

⁷⁴⁶ Article 36, I., de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

⁷⁴⁷ Sur le « droit à » en tant que prérogative, v. not. PICHARD, M., *Le droit à. Étude de législation française*, Paris, Économica, 2006, 566 p.

⁷⁴⁸ Entrée « droit », *TLFi*, sens II, A, 1, b) : « Avoir droit à » est entendu comme le « pouvoir [de] légitimement exiger » ; sens I, A, 1, d) : « avoir droit de » signifie « avoir légitimement ou légalement la liberté, la possibilité de... » ; sens II, A, 1, d) : « être en droit de » revient à « être légitimement ou légalement autorisé à ». Qu'il s'agisse de « pouvoir », d'avoir la « possibilité » ou d'être « autorisé », ces formulations rejoignent toutes le mode déontique du permis.

⁷⁴⁹ AMSELEK, P., « Les fonctions normatives ou catégories modales », *op. cit.*, p. 402.

conséquence que tout ce qui est permis devrait être effectivement appliqué »⁷⁵⁰. La liberté de ne pas demander réparation d'un préjudice coexiste par conséquent avec la liberté de revendiquer le droit à une telle réparation devant les juridictions⁷⁵¹. La recherche d'une revalorisation de l'effectivité du droit à la non-discrimination ne peut alors, y compris pour cette étude, reposer que sur un jugement qui considère que sa revendication est insuffisante, notamment parce que cette sous-mobilisation d'une capacité juridique est en partie subie et provoque un phénomène de non-recours au droit⁷⁵². Lorsqu'il ne s'agit plus de l'effectivité du droit à la non-discrimination mais de l'effectivité de l'interdiction de la discrimination⁷⁵³, toute ineffectivité est excessive. La modalité déontique stricte qui structure les énoncés qui formulent ces interdictions révèle une effectivité attendue généralisée. En clair : « s'il est des règles » du droit de la non-discrimination « qui ont dans leur vocation d'être appliquées, et pour lesquelles, partant, l'inapplication peut être présumée échec, il en est d'autres dont la vocation, paradoxalement, est de n'être pas appliquées, à tout le moins de ne l'être pas constamment, ni jusqu'au bout »⁷⁵⁴. Cette exigence variable de réalisation, qu'il nous faut garder à l'esprit tout au long du propos, est révélée par la modalité. L'analyse des multiples énoncés du droit de la non-discrimination et du droit de l'égalisation permet brièvement de l'illustrer.

B. La diversité déontique des énoncés du droit de la non-discrimination et du droit de l'égalisation

191. Lorsqu'est recherchée l'identification de la modalité déontique d'un énoncé juridique, il ne faut pas se borner à une recherche ostensible des modaux types « pouvoir » ou « devoir ». Les modes déontiques sont incarnés par des formes linguistiques diverses, et il est primordial de ne pas idéaliser la dimension explicite de la « texture formelle » ou du « vêtement linguistique »⁷⁵⁵. En ce sens, « il importe peu que le législateur ait employé formellement les termes "peut", "doit", "ne peut pas" : c'est la fonction même d'encadrement des conduites reconnues au contenu de pensée énoncé qui amène de toute façon à y rechercher et à en tirer (ou à tâcher d'en tirer) par une exégèse appropriée des permissions, des obligations, des interdictions »⁷⁵⁶. Après analyse détaillée des

⁷⁵⁰ CARBONNIER, J., « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *op. cit.*, p. 6.

⁷⁵¹ *Idem*, p. 6-7 : « L'effectivité de la loi qui consacre une liberté d'agir se situe non dans l'action, mais dans la liberté même, c'est-à-dire dans le pouvoir de choisir l'inaction aussi bien que l'action ».

⁷⁵² Sur ce point, v. Partie 2.

⁷⁵³ E.g. article 2 de la loi du 27 mai 2008, article L. 1132-1 du Code du travail, article 6, alinéa 2, et article 6 *bis*, alinéa 1, de la loi Le Pors, article 225-2 du Code pénal.

⁷⁵⁴ CARBONNIER, J., « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *op. cit.*, p. 16. V. encore BELLEY, J-G., « La loi du dépôt volontaire : une étude de sociologie juridique », *op. cit.*, p. 43 : « L'étude de l'effectivité de la loi et des facteurs qui en rendent compte nécessite une approche sensiblement différente selon que la loi analysée est impérative ou facultative ».

⁷⁵⁵ AMSELEK, P., « Les fonctions normatives ou catégories modales », *op. cit.*, p. 395.

⁷⁵⁶ *Ibidem*.

énoncés du droit de la non-discrimination et, plus accessoirement, du droit de l'égalisation, plusieurs formulations types se détachent.

192. Certaines formulations de l'interdiction sont flagrantes. La loi du 27 mai 2008 dispose ainsi : « toute discrimination [...] est interdite ». La construction symétrique se retrouve à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (« est interdite toute discrimination »). L'énonciation de l'interdit peut encore procéder de l'alliance de la négation au mode de verbe indicatif et au modal type « pouvoir ». Sur ce schéma, le législateur dispose qu'« aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires »⁷⁵⁷, ou qu'« aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement »⁷⁵⁸. L'alliance de la négation au mode de verbe indicatif et au modal type « devoir » possède une fonction similaire (« nul ne doit porter atteinte à un droit reconnu par la présente partie »⁷⁵⁹). Dans d'autres hypothèses, le modal type « devoir » ou « pouvoir » peut simplement être écarté pour ne conserver que l'alliance entre négation et mode de verbe indicatif. L'article L. 1441-23 du Code du travail précise, par exemple, que « ne sont pas recevables [les] listes présentées soit par un parti politique, soit par une organisation prônant des discriminations ». L'ambition d'une politique de réalisation du droit doit ici être intégrale.

193. L'obligation se trouve, quant à elle, généralement caractérisée par l'usage du modal type « devoir » dans un énoncé formulé à l'indicatif et sans recours à la négation (*e.g.* « la jouissance des droits et libertés [...] doit être assurée, sans distinction aucune »⁷⁶⁰). En alternative, ce modal type pourra être suivi de l'infinitif (*e.g.* lors des élections municipales dans les villes de plus de 1 000 habitants⁷⁶¹, « dans l'ordre de présentation de la liste doit figurer un nombre égal de candidats de chaque sexe »⁷⁶²). Ce mode déontique peut demeurer malgré l'écart du modal type « devoir ». Cela est même préférable selon les indications fournies par le *Guide de légistique*⁷⁶³ qui préconise le recours au mode de verbe indicatif conjugué au présent. À titre d'illustration : « tout employeur emploie,

⁷⁵⁷ Art. 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983.

⁷⁵⁸ Art. L. 1132-1 du Code du travail.

⁷⁵⁹ La lecture cet article est complémentaire à celle des art. 1 à 8 constituant la première partie du Code ontarien des droits de la personne et formulés quant à eux sur le mode du « droit à » (« toute personne a droit à un traitement égal en matière de [...] sans discrimination fondée sur [...] »).

⁷⁶⁰ Art. 14 de la Convention EDH. V., pour une illustration plus spécifique, l'art. 28, II, al. 2 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 : « la transaction proposée par le Défenseur des droits [...] doit être homologuée par le procureur de la République ».

⁷⁶¹ Loi n° 2013-403 du 17 mai 2013, abaissant le seuil de 3 500 à 1 000 habitants.

⁷⁶² Art. L. 264 du Code électoral.

⁷⁶³ PREMIER MINISTRE et CONSEIL D'ÉTAT, *Guide de légistique*, *op. cit.*, p. 292 : « Il n'y a pas lieu, sous prétexte de renforcer le caractère impératif d'une obligation, de recourir au mot « doit » ; le simple présent du verbe principal suffit ».

dans la proportion de 6 % de l'effectif total de ses salariés [...] des travailleurs handicapés, mutilés de guerre et assimilés »⁷⁶⁴.

194. Moins instinctivement, au sein des énoncés à l'indicatif dépourvus de modal type « devoir », l'obligatoire demeure lorsqu'un complément vient marquer la sanction, la violation d'un droit ou la nullité d'un acte : « la discrimination est punie de [...] »⁷⁶⁵, « est nul et de nul effet le licenciement d'un salarié faisant suite à une action en justice engagée »⁷⁶⁶ par celui-ci en vue de la sanction d'une discrimination dans l'emploi. Dans les deux cas envisagés, l'objet constitue à n'en pas douter un comportement interdit (*i.e.* une discrimination, un acte de représailles). Le mode déontique allié à ce comportement interdit est néanmoins l'obligatoire. La proposition de ces énoncés ne se formule pas « aucun S ne doit être P », mais plutôt « tout S doit être P », où le sujet est l'interdit (*i.e.* la discrimination, l'acte de représailles), et le prédicat est fonction du complément (*i.e.* la sanction, la déclaration de nullité). La lecture déontique rejoint ici le paradigme théorique esquissé par Alf Ross qui décrit certains énoncés juridiques comme des directives obligatoires adressées aux autorités d'application du droit⁷⁶⁷. Elle intéresse directement le droit à la non-discrimination lorsque celui-ci se présente, non plus sous les traits d'une capacité juridique, mais comme une injonction faite aux autorités d'application du droit d'octroyer une juste réparation lorsque la revendication de ladite capacité débouche sur la reconnaissance d'une discrimination avérée⁷⁶⁸.

195. L'obligatoire persiste enfin lorsque l'énoncé, formulé à l'indicatif et dépourvu de modal type « devoir », possède un complément qui vient marquer – non plus la sanction – mais l'absence de sanction (*e.g.* « ne s'oppose pas à », « ne constitue pas une violation de », « n'a pas pour effet d'interdire »). En contexte antidiscriminatoire, cette configuration est illustrée par les justifications légales des discriminations présumées. Par exemple, l'interdiction de discrimination « ne fait pas obstacle aux différences de traitement [...] lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante »⁷⁶⁹, « aux mesures prises en faveur des femmes »⁷⁷⁰ pour les motifs de grossesse et de maternité ou « à l'organisation d'enseignements par regroupement des élèves en

⁷⁶⁴ Art. L. 5212-2 du Code du travail. V. aussi art. R. 5212-1 du Code du travail : il « déclare [...] la répartition par sexe [...] de l'effectif total des salariés ».

⁷⁶⁵ Art. 225-2 du Code pénal.

⁷⁶⁶ Art. L. 1134-4, al. 1 du Code du travail. L'alinéa 2 poursuit, « si le salarié refuse de poursuivre l'exécution du contrat de travail, le conseil de prud'hommes lui alloue une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. De plus, le salarié bénéficie également d'une indemnité correspondant à l'indemnité de licenciement ».

⁷⁶⁷ ROSS, A., *Directives and Norms*, *op. cit.*

⁷⁶⁸ Sur ces deux implications du droit à la non-discrimination, v. la note 214 de l'introduction de cette étude.

⁷⁶⁹ Art. 2, 2°, al. 2 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008.

⁷⁷⁰ Art. 2, 4°, al. 2 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008.

fonction de leur sexe »⁷⁷¹. Dans ces hypothèses, les autorités d'application du droit sont soumises à une obligation de réalisation intégrale, celle de tolérer systématiquement ces situations et de ne pas les sanctionner au titre de l'interdiction de la discrimination⁷⁷². Il en va différemment pour la permission, qui résulte généralement du modal type « pouvoir » suivi du mode de verbe infinitif⁷⁷³, et qui atteste d'une effectivité attendue partielle.

196. Ce bref passage en revue permet d'illustrer les diverses manifestations déontiques au sein des énoncés du droit de la non-discrimination et du droit de l'égalisation. Ces manifestations conditionnent la signification conventionnelle de l'énoncé juridique (*i.e.* comment l'énoncé doit être compris) ainsi que l'exigence d'effectivité dont il est porteur. C'est cette effectivité « attendue » qui servira postérieurement d'étalon de mesure aux assertions relatives à l'effectivité « réelle » des normes. Si l'interdiction de la discrimination est ineffective, c'est parce que des discriminations ont lieu. Si le droit à la non-discrimination, en tant que capacité juridique, est ineffective, cela ne peut être que parce qu'il est considéré comme insuffisamment mobilisé en raison du non-recours au droit, car il n'a pas vocation à être intégralement réalisé. Au-delà des indications utiles que fournit la modalité sur l'objectif de réalisation, persiste la question de savoir si elle impacte l'effectivité réelle, c'est-à-dire si elle possède un pouvoir actif et produit des effets qui réalisent l'énoncé. En d'autres termes, quelle est la force perlocutoire de la modalité ? De la réponse à cette question dépend sa considération en tant que facteur à part entière de réalisation du droit.

C. L'incertaine force perlocutoire de la modalité

197. S'interroger au sujet de la fonction de réalisation de la modalité revient à questionner sa force perlocutoire, entendue comme sa capacité à engendrer – par elle-même – des effets conformes chez les destinataires⁷⁷⁴. La première certitude à émerger immédiatement de l'analyse est l'absence

⁷⁷¹ Art. 2, 5°, c) de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008. V. encore art. 2, 3°, al. 2 de la loi du 27 mai 2008 : « Ce principe ne fait pas obstacle à ce que des différences soient faites selon l'un des motifs mentionnés au premier alinéa du présent 3° lorsqu'elles sont justifiées par un but légitime et que les moyens de parvenir à ce but sont nécessaires et appropriés ».

⁷⁷² Cette considération explique la nécessité du maintien des justifications légales aux discriminations *prima facie* en cas de clause générale de justification (Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, II, A, 2) et B), considérant par ailleurs que le droit de la non-discrimination formule un cadre de justifications qui précise les sens de l'égalité (Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, II, B).

⁷⁷³ Ainsi : « les associations régulièrement constituées depuis cinq ans au moins pour la lutte contre les discriminations peuvent exercer en justice toutes actions [...] » (art. 2 de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations), le Défenseur des droits « peut être saisi [par] toute personne physique [...] » (art. 5 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011), « peut en outre se saisir d'office » (art. 5), « peut demander au vice-président du Conseil d'État [...] de faire procéder à toutes études » (art. 19), « peut procéder à [des] vérifications sur place » (art. 22), etc.

⁷⁷⁴ Outre les dimensions locutoire et illocutoire, John Austin s'intéresse également à la dimension perlocutoire des actes de langage, c'est-à-dire à leur capacité à engendrer « des effets – ou conséquences – chez les autres ou chez soi » (AUSTIN, J. L., *Quand dire c'est faire*, *op. cit.*, p. 28) par le simple fait de dire quelque chose. Nous recentrons l'effet de l'acte perlocutoire sur le destinataire de la norme afin de correspondre à l'intérêt d'une étude liée à l'effectivité du droit.

de systématique d'une éventuelle force perlocutoire de la modalité, ce que Jean Carbonnier soulignait déjà lorsqu'il affirmait au sujet des lois impératives que « leur ton impérieux ne les préserve pas de l'ineffectivité »⁷⁷⁵.

198. En dépit de l'interdiction des mesures et pratiques discriminatoires, 5 631 réclamations liées à des cas de discrimination ont été adressées au Défenseur des droits en 2018⁷⁷⁶. De nombreuses juridictions ont été saisies la même année pour des faits allégués de discrimination, sans que le nombre exact de recours soit connu. Si toutes les réclamations et actions ne sont évidemment pas fondées, certaines le sont, et ce seul constat implique que la modalité stricte des règles de droit qui énoncent l'interdiction de la discrimination ne suffit en aucun cas à engendrer une effectivité généralisée – d'où, accessoirement, l'utilité de la présente étude. À ces réclamations et actions s'ajoute l'inconnu du « chiffre noir »⁷⁷⁷, c'est-à-dire l'ensemble des actes discriminatoires qui n'ont pas fait l'objet d'une dénonciation par un biais institutionnel. Selon le dixième baromètre du Défenseur des droits, « un tiers de la population active (34 %) rapporte des discriminations liées au sexe, à l'âge, à la grossesse ou la maternité, à l'origine, aux convictions religieuses ou au handicap et à la santé dans son parcours professionnel au cours des cinq dernières années »⁷⁷⁸. Ce constat suffit pour conclure à l'absence manifeste de systématique de la force perlocutoire de la modalité.

199. Quelques enseignements supplémentaires pourraient émerger de l'analyse des énoncés du droit de l'égalisation. Les dispositifs relatifs à la parité en matière électorale prennent généralement ancrage sur une règle de droit primaire obligatoire (e.g. « la liste est composée alternativement d'un candidat de chaque sexe »⁷⁷⁹). La sévérité et l'applicabilité de la règle de droit secondaire qui détermine les sanctions en cas de manquement à la règle primaire varient cependant. Le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes (ci-après HCE) dégage de cette articulation une classification qui distingue entre les dispositifs de parité « avec contrainte légale partielle ou incitative » et « avec contrainte légale stricte »⁷⁸⁰. Mesurant les progrès accomplis depuis 1999, il

John Austin conçoit néanmoins l'acte perlocutoire comme quelque chose de plus large, comme un acte provoquant « certains effets sur les sentiments, les pensées, les actes de l'auditoire, ou de celui qui parle, ou d'autres personnes encore » (p. 114). Lorsque Valérie Demers (DEMERS, V., *Le contrôle des fumeurs. Une étude d'effectivité du droit*, op. cit.) et Guy Rocher (ROCHER, G., « L'effectivité du droit », op. cit.) conçoivent l'effectivité du droit comme le produit des effets, directs, indirects, volontaires, involontaires, immédiats, différés, etc., ils réduisent le concept d'effectivité à la force perlocutoire de la règle de droit. Ils ont toutefois le mérite de marquer la diversité de cette force perlocutoire en insistant sur son degré de causalité (i.e. effet direct, indirect), sa prévisibilité (i.e. effet volontaire, involontaire), et sa temporalité (i.e. effet immédiat, différé).

⁷⁷⁵ CARBONNIER, J., « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », op. cit., p. 7.

⁷⁷⁶ DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2018*, Paris, Défenseur des droits, 2019, p. 9.

⁷⁷⁷ V. not. sur ce point EQUINET, *Tackling the "Known Unknown". How Equality Bodies Can Address Under-Reporting of Discrimination through Communications*, Bruxelles, Equinet, 2012, p. 9.

⁷⁷⁸ DÉFENSEUR DES DROITS ET OIT, *10^{ème} Baromètre de la perception des discriminations dans l'emploi*, op. cit., p. 2.

⁷⁷⁹ Art. L. 264, L. 289 et L. 346 du Code électoral.

⁷⁸⁰ 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*, 2014, p. 15. V. encore HAUT CONSEIL À L'ÉGALITÉ ENTRE LES FEMMES

concluait en 2014 à une amélioration de la représentation des femmes de 12,5 points pour les postes soumis à une « contrainte légale partielle ou incitative »⁷⁸¹ (de 8,5 % à 21 % de représentation) et de 21 points pour les postes soumis à une « contrainte légale stricte »⁷⁸² (de 25,9 % à 46,9 % de représentation). Ce point de vue, anecdotique, illustre deux conclusions. Premièrement, la prétention normative, en raison d'un mode déontique strict, qui est désigné comme « contrainte légale » par le HCE, peut paradoxalement être considérée comme ayant un simple effet « incitatif ». La modalité ne constitue pas, dès lors, une véritable « contrainte légale » et est incapable de produire seule la réalisation. Deuxièmement, bien que le vocable employé puisse être relativisé, il révèle un certain déplacement de la source de la « contrainte légale ». Celle-ci ne semble pas résider, selon le HCE, dans la prétention normative que cristallise la modalité déontique, mais plutôt dans la règle secondaire qui s'inscrit en soutien de la règle primaire. C'est pour cette raison que la qualité de la sanction (sévérité, diversité, fréquence et souplesse d'application) a plus sûrement été considérée comme un facteur crucial de réalisation du droit⁷⁸³.

200. L'hypothétique force perlocutoire de la modalité doit donc être relativisée et ses limites émergent rapidement⁷⁸⁴. Elle repose sur divers mécanismes psychologiques, notamment l'intériorisation par les destinataires de l'acte d'illocution (*i.e.* comment l'énoncé doit être compris), et relève essentiellement d'un agir insaisissable et particulièrement spéculatif pour l'observateur qui choisit d'emprunter la voie de l'évaluation législative. Les plus sceptiques douteront légitimement du poids de cette capacité⁷⁸⁵.

201. Alors que le *Guide de légistique* français énonce que « ne doivent revêtir *un caractère contraignant* que les règles strictement indispensables pour *atteindre* les objectifs recherchés et pour offrir aux

ET LES HOMMES, *Guide de la parité. Des lois pour le partage à égalité des responsabilités politiques, professionnelles et sociales*, 2017, p. 22 et 31.

⁷⁸¹ Conseillers départementaux (art. L. 191 du Code électoral), députés et sénateurs.

⁷⁸² Conseillers municipaux (art. L. 264 du Code électoral) et adjoints aux maires dans les communes de plus de 3 500 habitants (art. L. 2122-7-2 du CGCT, désormais les communes de plus de 1 000 habitants depuis la loi n° 2013-403 du 17 mai 2013), conseillers régionaux, vice-présidents régionaux, députés français au Parlement européen.

⁷⁸³ V. MADER, L., *L'évaluation législative*, *op. cit.*, p. 58, qui insiste sur différents facteurs de réalisation relevés par divers auteurs et qui traduisent cette place centrale de la sanction : l'« organisation étatique » pour Peter Noll (*i.e.* « gravité et probabilité de la sanction en cas d'inobservation, importance et probabilité des avantages découlant du respect de la norme »), la « propension à respecter la norme » pour Lawrence Meir Friedman (*i.e.* « avantages ou inconvénients prévus par l'ordre juridique en cas d'observation ou d'inobservation »), la « sanction prévue en cas de conduite contraire à la norme » pour Jean-François Perrin (*i.e.* « la connaissance de la sanction, de son administration et de la propagande faite à son sujet »). Sur la sanction des discriminations, v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

⁷⁸⁴ Sur un plan théorique, mettre en cause la capacité de la règle de droit antidiscriminatoire à prétention normative à engendrer un impact social conforme par la seule force de sa modalité revient, en substance, à questionner la force obligatoire du droit. La situation d'ineffectivité des règles de droit à prétention normative force la relégation du concept de « force obligatoire » à une « pure construction de l'esprit » (OLIVECRONA, K., *De la loi et de l'État. Une contribution de l'école scandinave à la théorie réaliste du droit*, *op. cit.*, p. 39-49).

⁷⁸⁵ V. not. CHAMPEIL-DESPLATS, V., « Effectivité et droit de l'Homme : une approche théorique », *op. cit.*, p. 19 : « Il reste que l'on peut douter de la capacité de seuls énoncés à produire des effets et, donc, à assurer leur propre effectivité comme celle d'autres énoncés juridiques ».

administrés ou aux justiciables des garanties effectives »⁷⁸⁶, les réserves susmentionnées conduisent à préférer la formule suivante : « ne doivent revêtir *une modalité déontique stricte* [et non un caractère contraignant] que les règles strictement indispensables pour *indiquer* [et non atteindre] les objectifs recherchés [de réalisation intégrale] ». Si le législateur et les autres autorités habilitées à poser le droit sont astreints à penser avec soin la modalité, c'est parce qu'elle fixe l'objectif de réalisation en laissant transparaitre le degré d'effectivité attendue de la norme. Mais pour être convenablement reçu par les destinataires, encore faut-il que cet énoncé juridique soit clair, ce qui implique, plus fondamentalement, de soigner la sémantique.

II. La sémantique comme précision du contenu de la norme à réaliser

202. Entendue comme l'« étude d'une langue ou des langues considérées du point de vue de la signification »⁷⁸⁷, la sémantique se révèle d'une particulière utilité pour la légistique formelle. Elle façonne les assertions des détracteurs du législateur qui dénoncent un appauvrissement qualitatif de la loi. La considération de la sémantique doit surtout permettre en préalable au législateur d'exercer minutieusement son office lorsqu'il formule les énoncés juridiques. Sur ce point, l'un des enjeux fondamentaux en droit de la non-discrimination repose sur la clarté, la cohérence et la précision du contenu de la définition de discrimination. Plus cette notion juridique est définie avec soin, plus l'interdiction de la discrimination et le droit à la non-discrimination seront susceptibles d'être reçus, compris, appropriés, puis mobilisés par les sujets de droit. Or, la grande confusion qui affecte les définitions et les modalités de prohibition de la discrimination en droit positif est source d'insatisfaction. La tentation de rallier les rangs des détracteurs susmentionnés est d'autant plus grande que les divergences entre instruments juridiques sont souvent superfétatoires et reflètent les inconséquences du législateur (A). Afin de garantir la qualité formelle et matérielle des énoncés antidiscriminatoires, une unification sémantique des définitions de la discrimination gagnerait à être envisagée (B).

A. Les interdictions de la discrimination, entre divergences et imprécisions

203. Lors de la présentation en Commission des lois du Sénat du rapport intitulé *La lutte contre les discriminations : de l'incantation à l'action*, Esther Benbassa débutait son allocution en soulignant la difficulté que représentait la simple définition de la notion de discrimination, « bien plus complexe

⁷⁸⁶ PREMIER MINISTRE et CONSEIL D'ÉTAT, *Guide de légistique, op. cit.*, p. 13 (nous soulignons).

⁷⁸⁷ Entrée « sémantique », *TLFi*, sens I, A, 1.

qu'il n'y paraît »⁷⁸⁸. Cette complexité émerge de manière flagrante au regard de la divergence des formulations en droit interne. Il convient pour en rendre compte d'analyser successivement les dispositions générales, qui s'appliquent dans différents domaines en droit pénal, civil ou administratif (1), ainsi que les dispositions spécifiques au domaine de l'emploi (2). Leur décryptage constitue le point de départ essentiel à la réalisation, entendu comme la conformation du comportement des destinataires au modèle normatif énoncé (*e.g.* interdiction de la discrimination), ou comme la mobilisation d'une capacité juridique aux fins de contestation d'un comportement contraire audit modèle normatif (*e.g.* droit à la non-discrimination).

1) Les interdictions générales de la discrimination

204. Parmi les interdictions générales de la discrimination, deux énoncés font office de références en droit européen. L'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne énonce une série de dix-huit motifs sans toutefois préciser la notion de discrimination⁷⁸⁹. Prévalent alors les définitions posées par les directives communautaires⁷⁹⁰, transposées en droit interne par la loi du 27 mai 2008 (ii). L'article 14 de la Convention EDH dispose, quant à lui, que « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur » douze motifs énumérés à titre indicatif⁷⁹¹. Cette insistance sur la discrimination comme « distinction »⁷⁹² marque un rapprochement certain avec la première définition à avoir été consacrée en droit interne, au sein du Code pénal (i).

⁷⁸⁸ Voir SÉNAT (BENBASSA, E. et LECERF, J.-R.), *Rapport d'information fait au nom de la Commission des lois relatif à la lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 63 : « je commencerai par expliquer ce qu'est une discrimination ; nous pensions en effet, avant ce rapport, savoir ce dont il s'agissait. Or, c'est bien plus complexe qu'il n'y paraît ».

⁷⁸⁹ « Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. 2. Dans le domaine d'application du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne, et sans préjudice des dispositions particulières desdits traités, toute discrimination fondée sur la nationalité est interdite ».

⁷⁹⁰ Not. 2000/43/CE, 2000/78/CE, 2002/73/CE, 2004/113/CE et 2006/54/CE.

⁷⁹¹ « [...] le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». Cette formule de « toute autre situation » ainsi que l'adverbe « notamment » placé en début de liste illustrent le caractère indicatif de la liste. Sur ce point, v. Partie 2, titre 2, Chapitre 2, Section 1, I, A, 2).

⁷⁹² Soulignons toutefois que la version anglaise diffère et atteste d'une conception plus précise au regard de la locution « *without discrimination* ». Sur ce point, v. SUDRE, F., « Rapport introductif », in SUDRE, F. et SURREL, H. (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 20.

- i. Discrimination et Code pénal : deux niveaux de discrimination, quatre éléments constitutifs de la définition, vingt-trois motifs énumérés, quatre motifs annexes et onze actes discriminatoires

205. La définition pénale de la discrimination est énoncée par l'article 225-1 du Code pénal. Cet article fut initialement introduit par la loi Pléven du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme. Il a été remodelé par la codification de juillet 1992⁷⁹³ et est régulièrement amendé depuis. Il dispose désormais :

« Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée ;

Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales sur le fondement [des mêmes caractéristiques] des membres ou de certains membres de ces personnes morales ».

206. Cette définition a ensuite été élargie avec l'adjonction en 2012 et 2017 des articles 225-1-1 et 225-1-2 du Code pénal qui ajoutent quatre motifs « annexes »⁷⁹⁴, en sus des motifs énumérés à l'article 225-1 :

« Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes parce qu'elles ont *subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel* tels que définis à l'article 222-33 ou *témoigné de tels faits* [...] »⁷⁹⁵ ;

« Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes parce qu'elles ont *subi ou refusé de subir des faits de bizutage* définis à l'article 225-16-1 ou *témoigné de tels faits* »⁷⁹⁶.

207. Au vu de ces éléments, la qualification pénale de discrimination dépend de quatre éléments constitutifs. Un acte matériel (« toute distinction ») affecte un sujet personnel déterminé (« opérée entre personnes », physiques ou morales) au regard d'un motif législativement consacré (aux articles 225-1 à 225-1-2) qui est pris en compte sans forcément être le facteur essentiel de la

⁷⁹³ Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes.

⁷⁹⁴ Sur la notion de motifs « annexes », par opposition aux motifs « énumérés », v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, I, A, 1).

⁷⁹⁵ Art. 3 de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel (nous soulignons).

⁷⁹⁶ Art. 177 de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté (nous soulignons).

distinction (« sur le fondement de »⁷⁹⁷). Cette qualification est ensuite complétée par les articles 225-2 et 432-7 du Code pénal, qui précisent les conditions de prohibition de la discrimination :

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

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

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

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

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

208. L'approche sémantique des cinq dispositions précitées révèle en premier lieu une reconnaissance juridique de deux niveaux de discriminations par le Code pénal, à savoir les discriminations licites et les discriminations illicites. Alors que les articles 225-1 à 225-1-2 définissent la discrimination, les articles 225-2 et 432-7 énumèrent les onze actes ou modalités de distinction susceptibles de transformer une discrimination non punissable en une discrimination « punissable »⁷⁹⁸. La distinction (*i.e.* élément matériel de la discrimination non punissable) doit, de surcroît, « consister » en l'un quelconque des onze actes susmentionnés pour caractériser le délit⁷⁹⁹. À défaut, il s'agira d'une discrimination licite au sens du droit pénal, celui-ci étant d'interprétation stricte.

209. Une autre spécificité du droit pénal mérite d'être soulignée. Elle tient à la prise en compte des motifs consacrés à l'article 225-1, alinéa 2, relatif aux discriminations commises entre personnes

⁷⁹⁷ À savoir « ce qui sert de base, d'appui à quelque chose ». V. entrée « fondement », *TLFi*, sens I, B, 1, a. Par opposition à la locution « en raison de ».

⁷⁹⁸ V. not. Cass. crim., 13 avril 1999, n° 98-82.277, Cass. crim., 9 novembre 2004, n° 03-87.444, ou encore Cass. crim., 18 décembre 2007, n° 06-82.245.

⁷⁹⁹ Refuser la fourniture d'un bien ou d'un service, subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service, entraver l'exercice d'une activité économique, refuser d'embaucher, subordonner une offre d'emploi, refuser l'accès à un stage, subordonner l'accès à un stage, refuser l'accès à une formation, sanctionner, licencier, refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi.

morales. Dans cette hypothèse, les caractéristiques prises en compte ne sont pas propres aux personnes morales mais aux « membres » ou à « certains membres de ces personnes morales »⁸⁰⁰. Cette particularité laisse transparaître en droit français une reconnaissance législative – à la portée limitée – de la discrimination par association⁸⁰¹ dont la prohibition dérive progressivement de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne⁸⁰², sans bénéficier pour l'heure d'une mention expresse dans les directives communautaires ou dans la loi du 27 mai 2008.

ii. Discrimination et loi du 27 mai 2008 : quatre types de discrimination, quatre ou six éléments constitutifs, vingt-quatre motifs énumérés, quatre motifs annexes et six domaines d'application

210. En dehors de la sphère pénale, c'est la loi du 27 mai 2008 qui énonce les définitions générales applicables en droit civil et en droit administratif, dans la lignée des définitions consacrées en droit de l'Union européenne. Si la distinction entre discrimination punissable et non punissable n'est pas reprise par cette loi, celle-ci fragmente néanmoins la notion qui n'est plus définie uniformément mais se décline en quatre types⁸⁰³, définis séparément : la discrimination directe, la discrimination indirecte, le harcèlement discriminatoire et l'injonction à la discrimination. L'article 1 dispose :

« Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de [vingt-quatre motifs⁸⁰⁴], 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.

⁸⁰⁰ Sont alors illustrés les propos du Conseil constitutionnel lorsqu'il considère que : « le principe d'égalité n'est pas moins applicable entre les personnes morales qu'entre les personnes physiques, car, les personnes morales étant des groupements de personnes physiques, la méconnaissance du principe d'égalité entre celles-là équivaudrait nécessairement à une méconnaissance de l'égalité entre celles-ci » (CC, Décision n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, cons. 26). C'est à travers le « décalque » des caractéristiques de leurs membres que les personnes morales sont en continuité créditées d'un droit à la non-discrimination par l'article 225-1, alinéa 2, du Code pénal. Sur l'évocation de cette jurisprudence et sur une perception possible des droits des personnes morales comme « décalque des droits reconnus aux êtres humains », v. DUPRÉ DE BOULOIS, X., « Les droits fondamentaux des personnes morales – 1^{ère} partie », *RDLF*, chron. n° 15, 2011 et « Les droits fondamentaux des personnes morales – 2^e partie », *RDLF*, chron. n° 17, 2011.

⁸⁰¹ La discrimination par association est entendue comme la situation dans laquelle la caractéristique d'une personne X engendre un traitement défavorable au détriment d'une personne Y qui lui est associée, avec laquelle elle a des contacts ou un lien quelconque. Sur l'appréhension par les juridictions de la discrimination par association, v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, II, A.

⁸⁰² CJCE, Grande ch., 17 juillet 2008, *Coleman*, aff. C-303/06 et CJUE, Grande ch., 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*, aff. C-83/14. V. aussi COUR EDH, 2^e sect., 12 septembre 2016, *Guberina v. Croatia*, req. n° 23682/13, not. § 78.

⁸⁰³ Sur la distinction entre types, catégories, concept et notion de discrimination, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, II, A. V. dans une version moins aboutie MEDARD INGHILTERRA, R. « La discrimination, un concept polymorphe à étreindre », *op. cit.*, p. 27 à 33.

⁸⁰⁴ « son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de sa grossesse, de son apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son patronyme, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, de son état de santé, de sa perte d'autonomie, de son handicap, de ses caractéristiques génétiques, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée ».

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.

La discrimination inclut :

1° Tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ;

2° Le fait d'enjoindre à quiconque d'adopter un comportement prohibé par l'article 2 ».

211. Les quatre éléments constitutifs de la discrimination au sens du Code pénal demeurent (*i.e.* acte matériel, élément personnel, motif énuméré et modalité de prise en compte de ce dernier). L'acte matériel de la discrimination se voit pour autant désavoué en substance dès lors qu'il ne s'agit ni d'une simple « distinction » ni même d'une « distinction » qui « consiste » à commettre un des onze actes explicitement énumérés aux articles 225-2 et 432-7 du Code pénal. Selon la loi du 27 mai 2008, l'acte matériel de la discrimination directe est un traitement « moins favorable ». Dans l'hypothèse d'une discrimination indirecte, l'acte matériel est « une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner [...] un désavantage particulier ». En matière de harcèlement discriminatoire, l'acte matériel est constitué par « tout agissement [...] ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à [la] dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ». Quant à l'injonction à la discrimination, il s'agira du « fait d'enjoindre à quiconque d'adopter un comportement prohibé par l'article 2 ». Dans les quatre configurations, quelle que soit la formulation spécifique de l'acte matériel, c'est la défaveur substantielle du traitement, et non le fait qu'il repose simplement sur une distinction particulière, qui est placé au cœur de l'appréciation.

212. Sous réserve des nuances mentionnées ci-après, l'élément personnel ne varie pas de manière extrêmement significative entre la formulation pénale et les formulations issues du droit communautaire. Qu'il s'agisse de « personnes »⁸⁰⁵, d'« une personne » et d'« une autre »⁸⁰⁶, « des personnes par rapport à d'autres personnes »⁸⁰⁷, ou plus simplement d'« une personne » en cas de harcèlement⁸⁰⁸, la répercussion des variantes est minime. Quant aux motifs consacrés, avec vingt-quatre motifs énumérés à l'article 1, la loi du 27 mai 2008 ajoute seulement la domiciliation

⁸⁰⁵ Art. 225-1 du Code pénal.

⁸⁰⁶ Art. 1, alinéa 1, de la loi de 2008.

⁸⁰⁷ Art. 1, alinéa 2, de la loi de 2008.

⁸⁰⁸ Art. 1, alinéa 3, de la loi de 2008.

bancaire⁸⁰⁹ à la liste des vingt-trois motifs énumérés à l'article 225-1 du Code pénal⁸¹⁰. Pour être complet, il convient toutefois de relever que les motifs de la grossesse et de la maternité sont mentionnés à l'article 2, 3^o, de manière exclusive pour la maternité qui ne bénéficie pas en sus – contrairement à la grossesse – d'une insertion à l'article 1. L'article 3 mentionne encore, de manière exclusive, deux motifs annexes : le fait d'avoir subi ou refusé de subir une discrimination ainsi que le fait d'avoir témoigné ou relaté d'agissements discriminatoires. Depuis 2016⁸¹¹, le Code pénal et la loi de 2008 s'accordent par ailleurs concernant la modalité de prise en compte du motif (« sur le fondement de »). Sur ces trois éléments constitutifs (*i.e.* élément personnel, motifs et modalités de prise en compte), les variations entre les deux instruments juridiques sont réelles mais d'importance relative.

213. La loi du 27 mai 2008 ajoute de manière originale un élément temporel et un élément contextuel à la définition de la discrimination directe, tous deux étrangers au droit pénal. L'élément temporel (*i.e.* « une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été ») précise la possible appréhension de traitements « moins favorables » commis dans le passé, dans le présent ou achevés dans le futur. L'élément contextuel (*i.e.* « dans une situation comparable ») permet, lui, la dissociation explicite de la discrimination directe et du traitement différent justifié par une différence de situations.

214. Quant à la structure de l'interdiction de la discrimination, si le Code pénal identifie onze distinctions particulières pour convertir une discrimination non punissable en une discrimination punissable, la loi du 27 mai 2008 énonce six domaines d'application dans lesquels la discrimination est interdite : l'emploi, la protection sociale, la santé, les avantages sociaux, l'éducation ainsi que l'accès ou la fourniture de biens et services. La prohibition ne repose donc pas sur une manifestation particulière de l'acte matériel mais sur le constat de son occurrence au sein d'un domaine déterminé :

« Sans préjudice de l'application des autres règles assurant le respect du principe d'égalité :

1^o (Abrogé) ;

2^o Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur un motif mentionné à l'article 1er est interdite en matière d'affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, y compris d'avantages procurés par elle, d'accès à l'emploi, d'emploi, de formation professionnelle et de travail, y compris de travail indépendant ou non salarié, ainsi que de conditions de travail et de promotion professionnelle. [...]

⁸⁰⁹ Art. 70 de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté.

⁸¹⁰ Par ailleurs, à la différence de l'alinéa 2 de l'article 225-1 du Code pénal, l'alinéa 2 de l'article 1 de la loi de 2008 se contente de renvoyer aux « motifs mentionnés au premier alinéa », sans reproduction intégrale de la liste – ce qui semble plus opportun.

⁸¹¹ Art. 86 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

3° Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur un motif mentionné à l'article 1er est interdite en matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès aux biens et services ou de fourniture de biens et services. [...]

4° Toute discrimination directe ou indirecte est interdite en raison de la grossesse ou de la maternité, y compris du congé de maternité ».

215. La pertinence de l'article 2 dut longtemps être nuancée en raison d'une transposition mécanique par le législateur français des directives communautaires⁸¹² qui aboutissait à conférer aux différents motifs des champs d'application variables⁸¹³. Par cette rédaction, une gradation composée de quatre échelons était créée selon que le motif en cause s'appliquait soit à l'ensemble des six domaines susmentionnés, soit seulement à l'accès et la fourniture de biens et services ainsi qu'au travail, soit exclusivement au domaine du travail, soit, enfin, à aucun de ces domaines (*i.e.* la perte d'autonomie⁸¹⁴). Minée par la persistance de nombreuses carences rédactionnelles avant 2016, la loi du 27 mai 2008 présente désormais une plus grande clarté, quoique toujours relative. Celle-ci est le fruit de la généralisation de l'application des motifs de discrimination à l'ensemble des six domaines mentionnés à l'article 2 et de l'élargissement des motifs énumérés à l'article 1, pour globalement correspondre avec les listes du Code pénal et du Code du travail.

2) Les interdictions spécifiques de la discrimination dans l'emploi

216. Lors des débats parlementaires portant sur la loi du 27 mai 2008, il fut relevé avec justesse que, « comme le Conseil constitutionnel le réclame, le droit en vigueur doit être lisible pour ses utilisateurs. Lorsqu'un texte donne de la discrimination plusieurs définitions [qui] ne se superposent pas totalement avec ce qu'on trouve dans le Code du travail ou le Code pénal, comment peut-on prétendre parvenir à une transposition lisible tant par les utilisateurs que par les exécutés ? C'est là encore une situation dont on ne saurait se satisfaire »⁸¹⁵. Si la situation a, certes, été améliorée depuis la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle, la correspondance des définitions est pour autant loin d'être parfaite. Aux spécificités des définitions du Code pénal et de la loi de 2008 s'ajoutent en effet celles relatives aux définitions spécifiques à l'emploi, énoncées par le Code du

⁸¹² V. not. Partie 1, Chapitre 2, Section 1, 1.2., b).

⁸¹³ Dans la version en vigueur avant l'intervention de la loi du 18 novembre 2016, le point 1° de l'article 2, relatif à la protection sociale, à la santé, aux avantages sociaux, à l'éducation et à l'accès ou la fourniture de biens et services ne concernait que les motifs de l'ethnie et de la prétendue race. Le point 2°, relatif au travail, s'appliquait quant à lui à l'ensemble des motifs de l'article 1, excepté la perte d'autonomie. Le point 4°, relatif au motif du sexe étendait son application en matière d'accès ou de fourniture de biens et services. Quant au point 3°, relatif non plus à des domaines d'application mais aux motifs de la grossesse et de la maternité, il généralisait la portée de ces motifs à tous les domaines confondus, proscrivant « toute discrimination » liée à ces motifs.

⁸¹⁴ En raison de l'absence de précision de ce nouveau motif à l'art. 2 (qui énonce les domaines d'interdiction de la discrimination) lors de son ajout à l'alinéa 1 de l'art. 1 par l'art. 23 de la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement.

⁸¹⁵ George Pau-Langevin (députée socialiste) *in* JORF, 26 mars 2008, n° 15 [2], AN (CR), 2008, p. 939.

travail (i) et la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, dite « loi Le Pors » (ii).

i. Discrimination et Code du travail : un renvoi, deux définitions, vingt-six motifs énumérés, six motifs annexes, six actes discriminatoires et onze matières spécifiques

217. L'article L. 1132-1 – anciennement L. 122-45 – du Code du travail formule la deuxième définition de la discrimination à avoir chronologiquement émergé en droit interne par la loi du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise. Applicable aux salariés et aux candidats à l'emploi privé, il dispose :

« Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de nomination ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de [vingt-six motifs⁸¹⁶] ».

218. La discrimination, « directe ou indirecte », est, en droit du travail, entendue « telle que définie à l'article 1 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 ». En faisant le choix du renvoi, cet article devait permettre de limiter les divergences entre les définitions de la discrimination en droit interne. Les remarques formulées ci-dessus au sujet de la loi du 27 mai 2008 sont en conséquence pleinement applicables, qu'il s'agisse de la reconnaissance de quatre types de discrimination, de vingt-quatre motifs énumérés ou d'une définition structurée autour de quatre éléments constitutifs – et même six pour la discrimination directe. L'article L. 1132-1 du Code du travail ne se limite néanmoins pas à ce renvoi mais y adjoint de multiples précisions. Si bien que cette disposition révèle une superposition des définitions de la discrimination, en partie divergentes⁸¹⁷.

⁸¹⁶ « son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de son exercice d'un mandat électif local, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français ».

⁸¹⁷ Soulignons également l'existence de régimes spécifiques en droit pénal du travail relatifs au harcèlement moral et sexuel (art. L. 1155-2 du Code du travail), à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (art. L. 1146-1 à L. 1146-3 du Code du travail), à la discrimination syndicale (art. L. 2146-2 du Code du travail), à la discrimination fondée sur l'état de grossesse (art. R. 1227-5, 1°). La volonté de se concentrer sur le « noyau dur » du droit de la non-discrimination a conduit à ne pas envisager ces dispositions en détail en plus de celles du Code pénal, par crainte que la tentative de clarification ne devienne trop indigeste. V. sur la question CERF-HOLLENDER, A., « Droit pénal du travail », *Répertoire de droit du travail*, octobre 2018, not. § 15, 26, 60, 85, 154 et 275. Pour l'auteur : « Cette redondance

219. Concernant l'élément personnel de la discrimination, la lettre neutre de la loi du 27 mai 2008 (« une personne » et « une autre », « des personnes par rapport à d'autres personnes ») est doublée d'une mention de la discrimination à l'égard du « salarié », justifiée par le champ d'application spécifique du Code du travail. La divergence liée à l'énumération des activités mutualistes comme motif supplémentaire inséré à l'article L. 1132-1, alors que la loi de 2008 l'ignore, pourrait également être expliquée par ce champ d'application restreint à l'emploi. Elle n'est toutefois pas pleinement satisfaisante au regard de la récente tentative d'harmonisation. Celle-ci avait au demeurant laissé de côté le cas des six motifs annexes⁸¹⁸, énoncés dans le Code du travail aux articles L. 1132-2 à L. 1132-3⁸¹⁹. La persistance d'une disparité liée à la modalité de prise en compte du motif de discrimination est également problématique. Le Code du travail précise que le traitement défavorable doit être commis « en raison de »⁸²⁰ quand la loi de 2008 se satisfait d'un traitement « sur le fondement » d'un motif énuméré⁸²¹. Cette superposition des sens, largement évitable, qui affecte la clarté des définitions, est également présente au niveau des modalités de prohibition de la discrimination.

220. Premièrement, l'article L. 1132-1 du Code du travail ne se borne pas à énoncer une prohibition générale de la discrimination dans un domaine, l'emploi, mais insiste plus particulièrement sur cinq actes matériels : l'écart d'une procédure de recrutement ou de nomination, le refus d'accès à un stage, le refus d'accès à une formation, la sanction et le licenciement. À ces cinq actes particuliers s'en ajoute un sixième, largement défini comme toute « mesure discriminatoire ». Cette disposition mêle ce faisant les logiques qui structurent alternativement le Code pénal⁸²² et la loi du 27 mai 2008 en ce qui concerne les modalités de prohibition de la discrimination.

engendre incohérences et conflits insolubles de qualifications [...], d'autant plus que les peines encourues ne sont pas les mêmes ». Un travail complémentaire mériterait sans doute d'être conduit sur ce pan, bien spécifique, situé à l'intersection du droit pénal et du droit du travail.

⁸¹⁸ Sur les motifs annexes, v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, I, A, 1).

⁸¹⁹ Discrimination « en raison de l'exercice normal du droit de grève », discrimination « pour avoir témoigné des agissements définis aux articles L. 1132-1 et L. 1132-2 ou pour les avoir relatés », discrimination « en raison de l'exercice des fonctions de juré ou de citoyen assesseur », discrimination « pour avoir refusé en raison de son orientation sexuelle une mutation géographique dans un État incriminant l'homosexualité », discrimination « pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions », et discrimination « pour avoir signalé une alerte dans le respect des articles 6 à 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 ».

⁸²⁰ *I.e.* « cause, motif ». V. entrée « raison », sens 6, in *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^{ème} éd.

⁸²¹ La nuance peut sembler minime. Elle est cependant significative d'un point de vue sémantique en ce que la première formule est porteuse d'un lien de causalité directe, d'une prise en compte déterminante, quand la seconde se rapporte à une prise en compte non essentielle et non nécessairement principale, suffisante dès lors qu'elle concourt à l'acte matériel.

⁸²² Pour une analyse croisée des actes discriminatoires en droit pénal et en droit du travail, v. récemment CASADO, A., « Les actes discriminatoires : le double regard », *Dr. Soc.*, 2020, p. 304 et s.

221. Deuxièmement, elle spécifie, à l'intérieur même du domaine de l'emploi, de manière indicative, onze matières particulières qui sont concernées par la prohibition de la discrimination, notamment lorsqu'elle se manifeste sous la forme de sanction : la rémunération, les mesures d'intéressement, la distribution d'actions, la formation, le reclassement, l'affectation, la qualification, la classification, la promotion professionnelle, la mutation ainsi que le renouvellement de contrat. Est ici reproduite la logique de l'article 2 de la loi du 27 mai 2008, avec toutefois une nuance de taille puisque les matières énumérées ne correspondent pas entièrement. Parmi les quinze matières énumérées au total, deux sont communes (*i.e.* promotion et formation), quatre sont spécifiques à la loi de 2008 (*i.e.* affiliation syndicale, accès à l'emploi, emploi et conditions de travail) et neuf sont spécifiques au Code du travail (*i.e.* rémunération, mesures d'intéressement, distribution d'actions, reclassement, affectation, qualification, classification, mutation et renouvellement de contrat).

222. En dépit d'une volonté d'harmonisation manifestée – même tardivement – par le législateur, le résultat n'est toujours pas probant et force le constat d'une confusion liée à la divergence des définitions et modalités d'interdictions de la discrimination en droit interne. Ce constat se renforce encore au regard des dispositions de la loi Le Pors, applicables aux fonctionnaires et aux candidats à l'emploi public.

ii. Discrimination et loi du 13 juillet 1983 : quatre éléments constitutifs, dix-sept motifs énumérés, cinq motifs annexes et dix matières spécifiques

223. Les articles 6 et 6 *bis*, alinéas 2, de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ajoutent aux dispositions précitées une définition de la discrimination dans l'emploi, applicable en droit de la fonction publique. S'ils ne se réfèrent pas explicitement à la notion de discrimination⁸²³, ces articles disposent :

« Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de [dix-sept motifs⁸²⁴] ».

224. Une nouvelle configuration des éléments constitutifs apparaît ici. À l'instar de la formulation du Code pénal, l'élément matériel repose sur la simple « distinction » et non sur un traitement

⁸²³ En dépit du fait qu'il se borne à la seule « distinction » entre fonctionnaires, cet article se trouve directement lié à la lutte contre les discriminations dans la fonction publique comme l'illustre le fait que sa principale modification soit intervenue par le biais de la loi n° 2011-1066 du 16 novembre 2011 relative à la lutte contre les discriminations.

⁸²⁴ « leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, de leur origine, de leur orientation sexuelle ou identité de genre, de leur âge, de leur patronyme, de leur situation de famille ou de grossesse, de leur état de santé, de leur apparence physique, de leur handicap ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race » ou de « leur sexe » (art. 6 bis de la loi Le Pors).

défavorable. La curieuse insertion du complément « directe ou indirecte » atteste toutefois de la volonté du législateur d'appréhender les discriminations indirectes par le biais de ce fondement législatif, au moins partiellement puisque semblent en revanche écartées les discriminations indirectes qui résultent d'une absence de distinction⁸²⁵. L'élément personnel est, quant à lui, révélateur du champ d'application de la disposition, limitée à l'emploi et qui s'applique « entre fonctionnaires ». Autre similitude avec le Code du travail, la formule « en raison de » est préférée à « sur le fondement de » pour préciser la modalité de prise en compte des motifs de discrimination. Quant à l'énumération de ces motifs, elle comporte de nombreuses absences (*e.g.* lieu de résidence, caractéristiques génétiques, mœurs) ainsi qu'une spécificité (*i.e.* opinions philosophiques). Face aux vingt-trois, vingt-quatre et vingt-six motifs des listes précédemment envisagées, la liste de la loi Le Pors n'en comporte que dix-sept, auxquels doivent être ajoutés cinq motifs annexes⁸²⁶, à savoir : le fait d'avoir contesté de manière gracieuse ou contentieuse des agissements discriminatoires, le fait d'avoir relaté ou témoigné de tels agissements, le fait de les avoir subis ou d'avoir refusé de les subir⁸²⁷, le fait d'avoir relaté ou témoigné de bonne foi d'un délit, d'un crime ou d'un conflit d'intérêt, ainsi que le fait d'avoir signalé une alerte conformément à la loi Sapin 2⁸²⁸.

225. Si elle retient la simple « distinction » comme acte matériel de la discrimination, la loi Le Pors ne reprend pas en revanche la structure de la formulation applicable en droit pénal selon laquelle, pour devenir punissable, la distinction devrait se manifester sous la forme d'actes particuliers. La seule distinction opérée entre personnes à raison d'un motif énuméré est à l'inverse prohibée. Elle se calque ainsi sur le modèle de la loi de 2008 et, partiellement, sur celui du Code du travail.

226. La loi Le Pors met enfin en exergue – de manière indicative – dix matières spécifiques au sein desquelles la discrimination dans l'emploi public est prohibée. L'harmonisation est là encore loin d'être parfaite. D'une part, la moitié de ces matières est propre à la loi du 13 juillet 1983 (*i.e.* recrutement, titularisation, évaluation, notation et discipline) bien que l'autre moitié se retrouve à l'article L. 1132-1 du Code du travail (*i.e.* rémunération, formation, promotion, affectation et mutation), mais non nécessairement à l'article 2 de la loi de 2008. D'autre part, un nouveau contraste surgit car ces matières ne sont invoquées que comme des champs d'application de quatre des cinq motifs annexes⁸²⁹ et ne semblent en aucun cas liées à l'interdiction de la discrimination

⁸²⁵ V. ici Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, I, A, not. 2) sur la possible appréhension des discriminations dites « matérielles » par la qualification juridique de discrimination indirecte.

⁸²⁶ Sur les motifs annexes, v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, I, A, 1).

⁸²⁷ Al. 5 des art. 6, 6 *bis* et al. 2 de l'art. 6 *ter* de la loi Le Pors.

⁸²⁸ Al. 1 et 2 de l'art. 6 *ter* A de la loi Le Pors.

⁸²⁹ Le fait d'avoir contesté de manière gracieuse ou contentieuse des agissements discriminatoires, le fait d'avoir relaté ou témoigné de tels agissements, le fait de les avoir subis ou d'avoir refusé de les subir, le fait d'avoir relaté ou témoigné d'un délit, d'un crime ou d'un conflit d'intérêt dont la personne a eu connaissance dans le cadre de ses fonctions. La

fondée sur les dix-sept motifs énumérés⁸³⁰. Considérant l'ensemble de ces précisions, et même à admettre la possible persistance de modalités diverses de prohibition de la discrimination, l'unification sémantique des définitions gagnerait à être envisagée afin de favoriser sa réception, sa compréhension, son appropriation et sa mobilisation par les sujets de droit.

B. La nécessaire unification des définitions de la discrimination

227. En droit de la non-discrimination, une difficulté liminaire repose manifestement sur la capacité à comprendre – et *a fortiori* à penser conjointement – les énoncés qui esquissent les définitions de la discrimination : directe ou indirecte, punissable ou non-punissable, en droit pénal ou en droit civil, entre personnes physiques ou morales, à partir d'une distinction ou d'un traitement défavorable, fondé sur ou commis en raison de motifs énumérés ou annexes, dans divers domaines d'application ou sous la forme d'actes matériels particuliers... À défaut d'une satisfaction en l'état des préconisations de la légistique formelle (*e.g.* clarté, précision), une voie opportune émerge du rapport d'Esther Benbassa et Jean-René Lecerf qui estiment que « le toilettage du droit de la discrimination passe d'abord par une nécessaire remise en cohérence »⁸³¹. À l'exception du Code pénal, les instruments juridiques s'accordent globalement sur les modalités de prohibition de la discrimination. Le comportement, abstraitement défini, est prohibé dans différents domaines, quitte à ce que ces domaines soient ensuite accessoirement déclinés en diverses matières non exhaustives qui gagneraient idéalement à correspondre (*e.g.* formation, promotion). Ces instruments juridiques divergent en revanche d'une manière éminemment problématique au sujet de la définition même de la discrimination. Reste alors à envisager les voies possibles d'une unification sémantique, en reprenant pour ce faire l'élément matériel (1) et les autres éléments constitutifs de la définition (2).

1) Le traitement défavorable, élément matériel principal commun aux différents types de discrimination

228. Pour arrêter un élément matériel commun aux différentes définitions de la discrimination directe, quatre arguments essentiels plaident en faveur d'une plus grande pertinence de la notion de traitement « moins favorable » (loi de 2008 et, par renvoi, Code du travail) au détriment de la

mention n'est pas présente à l'art. 6 *ter*, al. 2 relatif à la discrimination fondée sur le lancement d'alerte conformément à la loi Sapin 2.

⁸³⁰ *A contrario*, v. art. L. 1132-1 du Code du travail et art. 2 de la loi du 27 mai 2008.

⁸³¹ SÉNAT (BENBASSA, E. et LECERF, J.-R.), *Rapport d'information fait au nom de la Commission des lois relatif à la lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 66.

seule « distinction » (loi de 1983 et Code pénal). Premièrement, si le sens étymologique de la discrimination⁸³² justifiait qu'elle soit initialement spécifiée par la « distinction », c'est une autre substance qui caractérise désormais la notion juridique. Celle-ci désigne un traitement qui « produit nécessairement de l'inégalité »⁸³³. La discrimination directe, en tant que notion juridique, « ce n'est pas simplement séparer », c'est « en même temps hiérarchiser, traiter plus mal ceux qui, précisément, seront dits victimes d'une discrimination. L'adjectif discriminatoire désigne ainsi *exclusivement* un acte ou un agissement qui tend à *distinguer* un groupe humain ou une personne des autres, à son *détriment* »⁸³⁴. Asseoir la discrimination sur « toute distinction » revient par conséquent à consacrer un fondement imprécis. Cette imprécision conduit en droit pénal à doubler l'élément matériel par l'énumération d'actes défavorables spécifiques qui laissent transparaître l'aspect préjudiciable de la distinction (*e.g.* refus d'embauche, entrave à l'activité économique, subordination d'une offre). En contraste, cet aspect est inhérent aux termes de traitement « moins favorable » qui semblent, pour cette raison, plus adéquats. Deuxièmement, la formule de « traitement moins favorable » (*i.e.* moins favorable qu'un autre), contrairement à celle plus large de « traitement défavorable », implique nécessairement une comparaison de deux traitements distincts. Elle sous-entend la différence de traitement et intègre implicitement la logique de distinction caractéristique de la discrimination directe. Troisièmement, la formulation la plus récemment consacrée en droit positif devrait prévaloir en vertu du principe selon lequel la loi nouvelle prime la loi ancienne. Puisque la notion de « distinction » aux fins de qualification d'une discrimination a fait son apparition en 1983 (loi Le Pors) et 1992 (Code pénal), cet argument favoriserait lui aussi la notion de traitement « moins favorable », intégrée à l'ordre juridique interne en 2008. Quatrièmement, d'un point de vue pragmatique, rappelons que la loi du 27 mai 2008 est le fruit de plusieurs mises en demeure et d'un avis motivé, adressés au Gouvernement par la Commission européenne, précisément en raison d'une définition insatisfaisante de la discrimination en droit interne⁸³⁵. Comme le relevait le rapporteur du texte à l'Assemblée nationale : « la Commission européenne a noté l'absence de définition "*précise*" de la discrimination directe en droit français [...] déplorant que la responsabilité d'interpréter cette dernière notion conformément au droit communautaire soit complètement laissée au pouvoir du juge national »⁸³⁶, non spécialisé. La Commission y voyait même une atteinte à la sécurité juridique dès lors que « les droits dont bénéficient les particuliers

⁸³² Entrée « Discriminer », in *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^{ème} éd. : « du latin *discriminare*, mettre à part, séparer, distinguer ». Entrée « Discrimination », in *ibidem* : « du latin *discriminatio*, terme de grammaire et de rhétorique, "séparation" ». V. encore GAFFIOT, F., *Dictionnaire Latin Français*, Paris, Hachette, 1934, p. 538.

⁸³³ LOCHAK, D., « La notion de discrimination », *Confluences Méditerranée*, n° 48, 2004/1, p. 13.

⁸³⁴ *Idem*, p. 15 (nous soulignons).

⁸³⁵ Voir ASSEMBLÉE NATIONALE (VASSEUR, I.), *Rapport fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi n° 514*, *op. cit.*, p. 23.

⁸³⁶ *Idem*, p. 25 (nous soulignons).

aux termes d'une directive doivent être *clairement et précisément* énoncés pour que ceux-ci puissent s'en prévaloir devant les juridictions nationales compétentes »⁸³⁷. En dépit de ces remontrances, la portée des définitions nouvellement introduites fut limitée, en dépit des amendements pertinents de l'opposition parlementaire, tous rejetés. Cela aboutit à écarter une codification des définitions nouvelles qui aurait pu permettre, dès 2008, l'harmonisation des divergences au profit de la formule, plus judicieuse, d'un traitement « moins favorable ».

229. Quant à la définition de la discrimination indirecte, seule la loi du 27 mai 2008 pose une formule explicite. Le Code du travail se contente d'un renvoi à la loi de 2008 et la loi Le Pors se borne à une mention des « distinctions indirectes ». Le droit interne ne propose en l'état aucune alternative à la définition de la discrimination indirecte comme « une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner [...] un désavantage particulier ». La dimension préjudiciable et la marque de la défaveur demeurent, bien qu'elles soient caractérisées ici par la notion de « désavantage particulier » – et non de traitement « moins favorable ».

230. Il est toutefois possible de regretter l'absence de la notion de « traitement défavorable » dans les deux définitions en ce qu'elle permettrait d'insister sur l'essence commune des différents types de discrimination. Afin de réhabiliter cette essence commune du phénomène discriminatoire⁸³⁸, cette formule complémentaire pourrait intégrer la définition légale unifiée et être considérée comme élément matériel principal des discriminations directes et indirectes. Simplement, ce traitement défavorable est fondé sur une différence de traitement explicite en cas de discrimination directe quand il est précisé, accessoirement, par un médium particulier dans l'hypothèse d'une discrimination indirecte, en l'occurrence par « une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence ».

231. Concernant la discrimination par association, le Code pénal ne l'envisage qu'implicitement dans le cadre de la discrimination entre personnes morales. Une reconnaissance franche de ce type de discrimination en droit positif, au-delà du seul cas des personnes morales⁸³⁹, pourrait, le cas

⁸³⁷ *Ibidem* (nous soulignons).

⁸³⁸ Là encore, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, II, B. V. encore MEDARD INGHILTERRA, R. « La discrimination, un concept polymorphe à étreindre », *loc. cit.*

⁸³⁹ La jurisprudence européenne (CJCE, Grande ch., 17 juillet 2008, *Coleman, op. cit.*) et le Défenseur des droits (*e.g.* DÉFENSEUR DES DROITS, Décision n° MLD-2014-178 du 8 décembre 2014 relative à un refus de location d'un appartement à une personne dont les garants sont bénéficiaires d'une pension d'invalidité) n'hésitent pas à qualifier de discriminatoires des pratiques correspondant à une forme de discrimination par association entre personnes physiques, en se fondant utilement sur les dispositions sanctionnant la discrimination directe. Poursuivant la recherche de l'effet utile des directives communautaires, la CJUE a reconnu la possibilité de discrimination indirecte par association (CJUE, Grande ch., 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD, op. cit.*). Sur ce point, v. POPOV, A., « Mise au point et nouveaux développements européens sur la discrimination directe et la discrimination par association », *RevDH*,

échéant, trouver ancrage aux côtés des autres types mentionnés par la loi du 27 mai 2008 (*e.g.* harcèlement discriminatoire, injonction à la discrimination)⁸⁴⁰. La seule précision d'un traitement défavorable serait dans cette hypothèse suffisante pour désigner l'acte matériel – en dépit d'une précision nécessaire quant à la modalité de prise en compte du motif⁸⁴¹, attaché dans ce cas particulier à un tiers et non directement à la personne qui subit l'effet défavorable.

232. Concernant enfin les définitions du harcèlement et de l'injonction discriminatoire⁸⁴², l'évocation d'un traitement défavorable comme acte matériel principal semble là encore opportune. De la même manière que le traitement défavorable se voit accessoirement précisé par un médium particulier en cas de discrimination indirecte (*i.e.* « une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence »), en cas de harcèlement discriminatoire, il se décline accessoirement sous la forme d'un traitement « ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à [la] dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant »⁸⁴³. En cas d'injonction discriminatoire, le traitement défavorable prend la forme d'un appel à la commission d'une discrimination.

233. En résumé, le traitement défavorable constitue le critère matériel principal commun aux différents types de discrimination. Subsidiairement, il peut consister en une différence de traitement expressément fondée sur un motif de discrimination (discrimination directe) ou intervenir par l'intermédiaire d'une « disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence » (discrimination indirecte). Il peut consister en une injonction (injonction à la discrimination), en une « atteinte à [la] dignité » ou en la création d'un « environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant » (harcèlement discriminatoire). Si les modalités de production de l'effet défavorable diffèrent accessoirement en fonction des types de discrimination, l'acte matériel principal peut systématiquement être réduit à un traitement défavorable. L'unification sémantique des autres éléments constitutifs de la définition de discrimination semble en revanche plus complexe.

Actualités Droits-Libertés, mars 2016, [URL : <https://journals.openedition.org/revdh/1989>]. V. surtout Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, II, A.

⁸⁴⁰ V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, II, A, 1) et Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, II, A, 2).

⁸⁴¹ V. développement *infra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, II, B, 2).

⁸⁴² Points 1^o et 2^o de l'alinéa 3 de l'article 1 de la loi du 27 mai 2008.

⁸⁴³ Al. 3, 1^o, de l'art. 1 de la loi du 27 mai 2008.

2) Au-delà du traitement défavorable, les nuances irréductibles des définitions de la discrimination

234. Les éléments personnels qui structurent les définitions de la discrimination pourraient être envisagés en prolongement de l'analyse. Au sujet des formulations de la discrimination directe, un choix s'impose à cet égard entre la mention d'un traitement défavorable « entre personnes » (Code pénal) ou « d'une personne » par rapport à « une autre » (loi de 2008). Le double usage du singulier dans la formulation de 2008 possède l'avantage de souligner explicitement que la discrimination peut être reconnue par l'examen d'une situation composée uniquement de deux individus, sans que soit exigée une multiplicité des comparaisons interindividuelles. Cette nuance possède un impact bénéfique sur la charge de la preuve que supporte la victime. Le traitement défavorable d'« une personne » par rapport à « une autre » semble pour cette raison une formule à privilégier pour, le cas échéant, recadrer la définition de la discrimination directe.

235. La loi de 2008 ajoute un élément contextuel à la définition et exige la comparabilité des situations personnelles. Il s'agit d'un traitement moins favorable, d'une personne par rapport à une autre, dans une situation comparable. Cette précision possède un double mérite. D'une part, elle sous-entend que les caractéristiques protégées ne sauraient en principe fonder une différence objective de situation en dehors des cas explicitement prévus par la loi⁸⁴⁴. D'autre part, elle place hors du champ de la discrimination directe l'hypothèse d'une réalisation de l'égalité par le traitement différent de situations différentes⁸⁴⁵. Cet élément contextuel, qui apporte une précision utile sans nuire à l'intelligibilité de la formulation, pourrait par conséquent être retenu dans la perspective d'une unification des définitions de la discrimination directe.

236. Dans le cas de la discrimination indirecte, la loi de 2008 évoque un traitement défavorable de « personnes par rapport à d'autres personnes ». La pluralité semble ici indiquer que la reconnaissance d'une discrimination indirecte ne pourrait procéder d'un traitement « neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner [...] un désavantage particulier » pour une seule personne par rapport à une autre. Cette dimension peut paraître contestable dès lors que le désavantage peut n'affecter dans les faits qu'un seul individu⁸⁴⁶. La formule renvoie cependant à une disposition, un critère ou une pratique « susceptible d'entraîner » un désavantage particulier. Sauvegardée *in extremis* en dépit des oppositions du Sénat qui souhaitait sa suppression au profit des termes « entraînant

⁸⁴⁴ Sur ce point, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, II, B.

⁸⁴⁵ V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, I, B.

⁸⁴⁶ E.g. Décision MLD-2016-044 du 11 février 2016, relative au versement de prestations « enfant » par un comité d'entreprise en raison de la situation de famille.

un désavantage particulier », cette formule, en ce qu'elle retient le caractère hypothétique de l'effet défavorable à l'égard d'autres personnes, permet d'atténuer la réserve ci-dessus mentionnée. Au-delà des faits, toute personne qui partage la caractéristique au regard de laquelle est apprécié l'effet défavorable se trouverait affectée de manière similaire par la disposition, le critère ou la pratique en cause. La mise au pluriel de l'élément personnel dans cette définition, si elle contraste avec la formulation retenue pour la discrimination directe, n'est donc pas problématique et pourrait éventuellement être maintenue. Il en va autrement des divergences affectant un autre élément constitutif de la définition, à savoir le motif pris en compte.

237. Jean-René Lecerf précisait en 2014 que, « conscient des difficultés nées de la multiplicité des textes, en particulier en ce qu'ils instituent des motifs de discrimination différents, le législateur a commencé à y mettre bon ordre »⁸⁴⁷. Cette mise en ordre fut opportunément prolongée en 2016 – sans toutefois être achevée – par la loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle. Persistent de nombreuses incohérences qui empêchent de conclure à une harmonisation parfaite, tant au niveau des motifs « énumérés », c'est-à-dire ceux compris dans les listes des articles de références⁸⁴⁸, qu'au niveau des motifs annexes, mentionnés dans des dispositions subséquentes⁸⁴⁹. Cette inégale multiplication des motifs de discrimination est problématique⁸⁵⁰ et mériterait d'être intégralement rectifiée⁸⁵¹.

238. Au-delà de l'harmonisation des énumérations des motifs, un second chantier incident peut être mis en exergue. Il s'agit de leur ordonnancement différent dans les quatre formulations considérées. Il serait possible pour y remédier de favoriser un ordonnancement unique et cohérent, structuré, par exemple, autour de cinq principaux domaines en fonction du lien direct ou indirect des motifs à une appartenance collective, vraie ou supposée (ethnie, nation, prétendue race, origine, nom de famille, capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français), à une caractéristique ou à un engagement personnel (religion, mœurs, opinions politiques ou philosophiques, activités syndicales ou mutualistes, exercice d'un mandat électif local, particulière vulnérabilité économique), à l'état civil (âge, situation de famille, lieu de résidence, domiciliation bancaire), au sexe (sexe,

⁸⁴⁷ SÉNAT (BENBASSA, E. et LECERF, J-R.), *Rapport d'information fait au nom de la Commission des lois relatif à la lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 66.

⁸⁴⁸ *I.e.* art. 225-1 du Code pénal, art. L. 1132-1 du Code du travail, art. 6, al. 2, et art. 6 *bis*, al. 1, de la loi Le Pors, art. 1 de la loi du 27 mai 2008.

⁸⁴⁹ *I.e.* art. 225-1-1 à 225-1-2 du Code pénal, art. L. 1132-2 à L. 1132-3-3 du Code du travail, art. 6 et 6 *bis*, al. 5, et art. 6 *ter* A, al. 1 et 2, de la loi Le Pors, art. 2 et 3 de la loi du 27 mai 2008.

⁸⁵⁰ V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, I, A, 1).

⁸⁵¹ Diverses perspectives peuvent alors être envisagées. V. sur ce point MEDARD INGHILTERRA, R. « L'inégale multiplication des critères de discriminations : conséquences et modalités d'harmonisation éventuelle », in DÉFENSEUR DES DROITS, *Multiplication des critères de discrimination : enjeux, effets et perspectives*, Paris, Défenseur des droits, 2019, p. 69-83.

grossesse, orientation sexuelle, identité de genre) et, enfin, à la situation physique ou psychique (handicap, perte d'autonomie, état de santé, caractéristiques génétiques et apparence physique). En alternative, un autre ordonnancement pourrait s'appuyer sur la typologie des motifs de discrimination récemment établie par Morgan Sweeney qui distingue entre les motifs phénotypiques et liés à l'état des personnes, les motifs tirés de certains droits et libertés fondamentaux, les motifs du civisme et les motifs situationnistes⁸⁵².

239. Quant à la modalité de prise en compte du motif considéré, elle ne peut faire l'objet d'une harmonisation intégrale pour les différents types de discrimination. Concernant la discrimination directe, l'alternative réside entre deux formulations : « en raison de » (Code du travail, loi Le Pors) ou « sur le fondement de » (Code pénal, loi du 27 mai 2008). Elles permettent, toutes deux, de souligner l'élément caractéristique de la discrimination directe, à savoir le fait que la différence de traitement est expressément fondée sur le motif en cause. La première formulation (*i.e.* en raison de) est cependant davantage porteuse d'un lien de causalité qui serait principal et direct quand la seconde (*i.e.* sur le fondement de) semble se satisfaire de la seule prise en compte. Dès lors que la prise en compte du motif concourt au traitement moins favorable, l'acte adopté serait dans cette hypothèse vicié et se verrait qualifier de discriminatoire, peu importe que la prise en compte constitue ou non sa motivation principale⁸⁵³. Les répercussions non négligeables de cette nuance sémantique concernent les exigences de la preuve. Soit la victime doit démontrer que la prise en compte du motif est l'élément qui a déterminé l'adoption de l'acte matériel. Soit, pour s'acquitter de son effort probatoire, il lui suffit de présenter les faits qui permettent de présumer que le motif a été pris en compte dans le processus d'administration du traitement moins favorable. Cette seconde configuration étant plus raisonnable dans la charge qu'elle fait peser sur la victime – et bien qu'elle ne soit pas intrinsèquement incompatible avec une interprétation jurisprudentielle extensive de la locution prépositive « en raison de » –, la généralisation de la formule « sur le fondement de » semblerait judicieuse⁸⁵⁴.

240. Concernant la discrimination indirecte, sans mention spécifique des locutions « en raison de » ou « sur le fondement de », la loi de 2008 se réfère simplement à une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, « pour l'un des motifs mentionnés au

⁸⁵² SWEENEY, M., « Les critères discriminatoires – Vision du travailleur », *Dr. Soc.*, 2020, p. 293 et s.

⁸⁵³ En ce sens, v. la jurisprudence canadienne : « l'erreur dans la thèse de la Cour d'appel réside dans la croyance qu'il y a discrimination [...] seulement lorsque le [motif considéré] est l'unique élément de l'acte discriminatoire » (*Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 RCS 1252) ; « *the prohibited ground of discrimination need not be the only reason for the action taken, so long as it forms one of the reasons* » (*Dominion Management v. Velenosi*, 1997 CanLII 14482 (ONCA)) ; « *it is well-established in human rights law that the protected ground need only be one factor in the decision made that adversely affected the applicant; it does not have to be the only or primary reason* » (*Macan v. Strongco*, 2013 HRTO 841, par. 100).

⁸⁵⁴ V. ici Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, I, A, 2).

premier alinéa », un désavantage particulier « *pour* des personnes par rapport à d'autres personnes ». Le législateur français s'est sur ce point éloigné des directives communautaires qui se réfèrent à un traitement en apparence neutre mais susceptible d'entraîner un désavantage particulier « *pour* des personnes *d'*une religion ou *de* convictions, [*d'*une race ou *d'*une origine ethnique,⁸⁵⁵] *d'*un handicap, *d'*un âge ou *d'*une orientation sexuelle donnés »⁸⁵⁶. Le double emploi de la préposition « pour » dans la transposition française ajoute en confusion dans la mesure où son acception varie selon qu'elle s'inscrit dans une relation de causalité en signifiant cette relation par le substantif introduit⁸⁵⁷ (*i.e.* les motifs) ou qu'elle marque l'idée de destination en introduisant un complément personnel (*i.e.* « des personnes »)⁸⁵⁸. L'élaboration d'une formule plus adéquate pourrait intervenir sous réserve de deux modifications. Il serait d'abord utile de substituer à la préposition « pour » comme vecteur de causalité une locution différente (*e.g.* « eu égard à », « en considération de »⁸⁵⁹, « compte tenu de »). Il pourrait ensuite être opportun d'insister sur la spécificité de ce type de discrimination, c'est-à-dire la modalité indirecte de production de l'effet défavorable. La discrimination indirecte pourrait, par exemple, être présentée comme la situation dans laquelle des personnes sont traitées de manière défavorable par rapport à d'autres, *par l'intermédiaire* d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner un désavantage particulier *en égard à* l'une des caractéristiques protégées.

241. Quant à la discrimination par association, sa spécificité repose, elle aussi, sur la modalité de prise en compte du motif. Elle implique le maintien d'une troisième formulation. Sont ici visés les cas dans lesquels la caractéristique d'une personne X engendre un traitement défavorable au détriment d'une personne Y qui lui est associée, avec laquelle elle a des contacts ou un lien quelconque. La particularité de cette configuration réside dans la non-confusion entre le porteur – réel ou perçu – du motif (*e.g.* « des membres » ou « certains membres des personnes morales ») et la victime de l'effet défavorable (*e.g.* « les personnes morales »)⁸⁶⁰. Si ce type de discrimination devait à l'avenir bénéficier d'une reconnaissance en droit positif – au-delà du seul alinéa 2 de l'article 225-1 du Code pénal –, l'alinéa 3 de l'article 1 de la loi du 27 mai 2008 pourrait être complété pour appréhender le traitement défavorable d'une personne du fait de son rapport, de son association

⁸⁵⁵ Directive 2000/43/CE.

⁸⁵⁶ Directive 2000/78/CE.

⁸⁵⁷ V. entrée « pour, préposition », *TLFi*, sens III, B, 2.

⁸⁵⁸ *Idem*, sens II., B., 1., a).

⁸⁵⁹ Entrée « pour, préposition », sens 1, in *Dictionnaire de l'Académie française*, 8^{ème} éd.

⁸⁶⁰ *E.g.* Décision MLD-2016-008 du 12 février 2016, relative à des agissements de harcèlement moral à l'égard d'un agent contractuel d'une commune.

ou de son lien quelconque avec une personne ou un groupe de personnes identifiées par un motif de discrimination⁸⁶¹.

242. *In fine*, force est de constater la difficulté à arrêter des définitions synthétiques et précises. En l'état, l'objet même de l'interdiction de la discrimination et du droit à la non-discrimination est inutilement pluriel en fonction des différents instruments juridiques envisagés. Or, « l'identification des actes discriminatoires est un préalable nécessaire non seulement pour éviter leur commission, mais encore pour organiser leur prévention »⁸⁶², ainsi que la contestation de leurs effets. Ces nombreuses divergences peuvent alors être perçues comme autant « de freins à une lutte efficace et à une répression cohérente »⁸⁶³. L'unification sémantique – dans la mesure du possible – des définitions en vue de leur clarification constitue un premier pas indispensable à la garantie des qualités matérielles et formelles du droit de la non-discrimination. C'est en favorisant la réception et la compréhensibilité du droit que ces qualités sont susceptibles de faciliter sa mobilisation et, à terme, d'optimiser sa réalisation. Si était privilégiée à l'avenir une rédaction unifiée calquée sur la définition de 2008, qui distingue entre les différents types de discrimination, une possibilité consisterait à énoncer que :

« La discrimination constitue un traitement défavorable non justifié et apprécié au regard d'un ou plusieurs des motifs suivants : l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée à une nation, une ethnie ou une prétendue race, l'origine, le nom de famille, la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, la religion, les mœurs, les opinions politiques ou philosophiques, les activités syndicales ou mutualistes, l'exercice d'un mandat électif local, la particulière vulnérabilité économique, l'âge, la situation de famille, le lieu de résidence, la domiciliation bancaire, le sexe, la situation de grossesse, l'orientation sexuelle, l'identité de genre, le handicap, la perte d'autonomie, l'état de santé, les caractéristiques génétiques ou l'apparence physique

La discrimination inclut notamment :

La discrimination directe, qui consiste à traiter une personne de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable sur le fondement d'un motif mentionné au premier alinéa ;

La discrimination indirecte, qui consiste, par l'intermédiaire d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique neutre en apparence, à engendrer un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres, eu égard à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa ;

La discrimination par association, qui consiste à traiter défavorablement une personne par rapport à une autre du fait de son rapport, de son association ou de son lien quelconque

⁸⁶¹ Cette formulation est inspirée de l'art. 12 du Code ontarien des droits de la personne qui dispose : « Constitue une atteinte à un droit reconnu dans la partie I le fait d'exercer une discrimination fondée sur des rapports, une association ou des activités avec une personne ou un groupe de personnes identifiées par un motif illicite de discrimination » (L.R.O. 1990, chap. H.19, art. 12).

⁸⁶² CASADO, A., « Les actes discriminatoires : le double regard », *loc. cit.*

⁸⁶³ CHOPIN, F., « La lutte contre les discriminations au travail dans le code du travail et le code pénal : quelle cohérence ? », *Dr. Soc.*, 2020, p. 360 et s.

avec une personne ou un groupe de personnes identifiées par l'un des motifs mentionnés au premier alinéa ;

Le harcèlement discriminatoire, qui consiste à porter atteinte à la dignité d'une personne ou à créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant eu égard à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa ;

L'injonction à la discrimination, qui consiste à enjoindre à quiconque d'adopter un comportement prohibé par l'article 2⁸⁶⁴ »

243. Resterait encore à déterminer le moyen le plus propice pour conduire cette entreprise d'harmonisation, qu'il s'agisse de la reproduction au sein des différents instruments juridiques d'une disposition commune, de l'instauration d'une logique de renvoi à une disposition faisant office de référence, ou, plus audacieusement, de l'élaboration d'une loi de consolidation. Une telle perspective conduit à élargir l'approche légistique pour envisager non plus la clarté et la précision du seul énoncé antidiscriminatoire mais le corpus des dispositions qui forment conjointement le droit de la non-discrimination. Ce corpus peut en prolongement être envisagé à la lueur de l'objectif constitutionnel d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi.

⁸⁶⁴ Est ici reprise la formulation de l'art. 1 de la loi du 27 mai 2008.

SECTION 2 : LES DÉFAUTS D'ACCESSIBILITÉ ET D'INTELLIGIBILITÉ DU DROIT DE LA NON-DISCRIMINATION

244. L'intelligibilité du droit constitue un précepte essentiel de la légistique formelle en raison de son rôle dans l'amélioration de la communication et de la compréhension des textes législatifs⁸⁶⁵. Elle a été érigée par le Conseil constitutionnel en objectif à valeur constitutionnelle⁸⁶⁶ aux côtés du principe de clarté⁸⁶⁷ et de l'exigence de non-complexité excessive de la loi⁸⁶⁸. L'objectif « d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi »⁸⁶⁹ impose notamment au législateur « d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques »⁸⁷⁰ car « l'égalité devant la loi [...] et "la garantie des droits" [...] ne seraient pas effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une *connaissance suffisante* des règles qui leur sont applicables et si ces règles présentaient une *complexité excessive* »⁸⁷¹. Pierre de Montalivet considère que l'accessibilité et l'intelligibilité, en tant qu'objectifs constitutionnels, « sont les conditions mêmes de l'effectivité de la loi, dans la mesure où l'application de celle-ci est conditionnée par sa connaissance et sa compréhension par ses destinataires »⁸⁷². Ces objectifs ont en continuité été érigés en facteurs juridiques de réalisation du

⁸⁶⁵ FLÜCKIGER, A., « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2007. V. aussi DE MONTALIVET, P., « La "juridicisation" de la légistique. À propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », in DRAGO, R. (dir.), *La confection de la loi*, PUF, 2005, p. 100 : l'accessibilité et l'intelligibilité, en tant qu'objectifs constitutionnels, « peuvent être considérées en effet comme des préceptes issus de la légistique formelle, cette branche de la légistique qui est constituée des principes et connaissances tendant à améliorer la communication législative et la compréhension des textes législatifs ». Cette préoccupation pour l'intelligibilité se manifesta en France dès l'ordonnance de Villers-Cotterêts du 6 septembre 1539 (art. 110) qui précisait : « afin qu'il n'y ait cause de douter sur l'intelligence des arrêts de nos cours souveraines, nous voulons et ordonnons qu'ils soient faits et écrits si clairement qu'il n'y ait ni puisse avoir aucune ambiguïté ou incertitude, ni lieu à demander interprétation ». Not. relevé in CHAMPEIL-DESPLATS, V. et MILLARD, É., « Efficacité et énoncé de la norme » *op. cit.*, p. 66.

⁸⁶⁶ CC, Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, cons. 13.

⁸⁶⁷ CC, Décision n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, cons. 13 et CC, Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, cons. 9. Soulignons le vocable d'« exigence » de clarté – et non de « principe » dans la décision n° 2001-451 DC. Par ailleurs, une première référence avait été faite à cette exigence dès 1998 : « cette mesure, qui, en l'état, est définie de façon suffisamment claire et précise pour satisfaire aux exigences découlant de l'article 34 de la Constitution [...] ». V. CC, Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, cons. 10.

⁸⁶⁸ CC, Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, cons. 77. Sur les causalités potentielles de la complexité excessive de la loi, v. CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2006 : Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris, La Documentation française, 2006, p. 233 et s.

⁸⁶⁹ Pour une analyse critique des rapports ambigus entre le principe et l'exigence de clarté d'une part et l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi d'autre part, v. RRAPI, P., *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2012, p. 48-55.

⁸⁷⁰ CC, Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, cons. 9.

⁸⁷¹ CC, Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, cons. 77 (nous soulignons).

⁸⁷² DE MONTALIVET, P., « La "juridicisation" de la légistique. À propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », *op. cit.*, p. 100. L'auteur ajoute : « Leur qualité d'objectif de valeur constitutionnelle signifie que l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi ne constituent pas des droits subjectifs mais des conditions objectives d'effectivité des droits et libertés constitutionnels ainsi que des moyens de limitation de ceux-ci. Elles font partie d'une catégorie de normes constitutionnelles qui ont pour destinataire le législateur ».

droit par plusieurs travaux doctrinaux⁸⁷³. Ils déterminent la capacité des sujets de droit à prendre connaissance et à comprendre les normes formulées et, par voie de conséquence, à s'y conformer (*e.g.* interdiction de la discrimination) ou à les mobiliser (*e.g.* droit à la non-discrimination). Comme le rappelle explicitement le Conseil constitutionnel dans sa décision du 29 décembre 2005, les deux enjeux fondamentaux sont alors la connaissance suffisante des règles applicables et leur non-complexité excessive. Le premier enjeu impose, « dans un but de transparence, un accès matériel à la règle de droit impliquant lui-même un droit à l'information »⁸⁷⁴. Le second « concerne l'accessibilité intellectuelle du droit, c'est-à-dire sa lisibilité⁸⁷⁵, sa "compréhensibilité" »⁸⁷⁶. Pour atteindre l'intelligibilité et l'accessibilité du droit, il convient de répondre à ces deux enjeux, au demeurant intrinsèquement liés. En ce sens, saisir l'absence criante de lisibilité du droit de la non-discrimination permet d'éclairer l'état actuel de méconnaissance de ses dispositions par les sujets de droit, que des initiatives récentes ont toutefois cherché à contrer (I). Ces initiatives, qui visent à améliorer la connaissance du droit, gagneraient à être doublées d'un processus formel de consolidation du droit de la non-discrimination pour en favoriser la lisibilité (II).

I. Favoriser la connaissance du droit de la non-discrimination

245. « Condition importante de leur effectivité »⁸⁷⁷, la connaissance des normes antidiscriminatoires est régulièrement mise en cause à travers le constat d'un phénomène d'ampleur, en l'occurrence le non-recours au droit⁸⁷⁸ (A). Des dispositifs d'information ont opportunément été instaurés en réaction afin de favoriser l'accessibilité matérielle et la connaissance du droit de la non-discrimination (B).

⁸⁷³ ROUVILLOIS, F., *L'efficacité des normes*, *op. cit.*, p. 20 et 22. V. aussi BETAILLE, J., *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne*, *op. cit.*, p. 373-374.

⁸⁷⁴ JENNEQUIN, A., « L'intelligibilité de la norme dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *RFDA*, 2009, p. 913 et s. V. encore MILANO, L., « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », *RDP*, n° 3, 2006, p. 637 et s. qui distingue l'intelligibilité et l'accessibilité.

⁸⁷⁵ Sur la lisibilité du droit, v. not. FLÜCKIGER, A., (*Re*)faire la loi, *op. cit.*, p. 559-565.

⁸⁷⁶ JENNEQUIN, A., « L'intelligibilité de la norme dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *loc. cit.* Sur la compréhensibilité, v. *idem*, p. 568-573.

⁸⁷⁷ BETAILLE, J., *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne*, *op. cit.*, 2012, p. 371. V. aussi MERCAT-BRUNS, M. et PERELMAN, J. (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination : perspectives pluridisciplinaires et comparées*, note de synthèse, *op. cit.*, p. 11 : « La mise en œuvre du principe de non-discrimination suppose l'accès en amont à l'information sur le droit de la non-discrimination et les situations discriminatoires les plus fréquentes pour faciliter les modes d'appropriation de ce droit par les victimes, les juges et les autorités publiques ».

⁸⁷⁸ DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2015*, *op. cit.*, p. 13-29. V. aussi ROMAN, D., « Les enjeux juridiques du non-recours aux droits », *RDJS*, 2012, p. 603 et s.

A. La méconnaissance du droit de la non-discrimination

246. Régulièrement décrié, le phénomène de non-recours au droit est longtemps demeuré peu documenté concernant les motivations à l'inaction des victimes. Les baromètres annuels du Défenseur des droits et de l'OIT ont, en partie, remédié à cette situation. En complément des nombreuses données recueillies afin de cartographier les expériences et perceptions de la discrimination, ces études permettent de cerner les fondements du non-recours au droit en matière d'emploi. Face à un cas de discrimination, 37 % des agents de la fonction publique et 40 % des salariés du privé n'entament aucune action⁸⁷⁹. Le cinquième baromètre ciblait la résignation comme cause principale⁸⁸⁰. Deux tiers des agents de la fonction publique (66 %) et des salariés du privé (61 %) qui estimaient avoir subi une discrimination expliquaient ainsi ne pas avoir cherché à dénoncer la pratique ou la mesure en cause car « cela n'aurait rien changé »⁸⁸¹. Pour un tiers d'entre eux, les répondants expliquaient – pour partie – leur inaction par la volonté de préserver leurs intérêts (36 % et 32 %) et/ou par la crainte de potentielles représailles (32 % et 36 %)⁸⁸². En parallèle, le dénuement était également évoqué comme facteur explicatif considérant que de nombreux répondants ne savaient pas quoi faire (25 % et 40 %)⁸⁸³ ou ne savaient pas à qui en parler (21 % et 30 %)⁸⁸⁴. C'est principalement au regard de ces dernières réponses qu'il convient de questionner le poids de la méconnaissance du droit de la non-discrimination dans le phénomène de non-recours au droit⁸⁸⁵.

⁸⁷⁹ DÉFENSEUR DES DROITS, OIT et IFOP, *Baromètre sur la perception des discriminations au travail – Vague 7*, *op. cit.*, p. 17.

⁸⁸⁰ Sur les limites du « modèle de protection légale », v. BUMILLER, K., « Victimes dans l'ombre de la loi. Une critique du modèle de la protection juridique », *op. cit.*, p. 131-152.

⁸⁸¹ DÉFENSEUR DES DROITS, OIT, CONSUMER SCIENCE et ANALYTICS, *Baromètre 5^{ème} édition. Perceptions des discriminations au travail : regards croisés salariés du privé et agents de la fonction publique. Synthèse de l'Institut CSA*, 2012, p. 14-15.

⁸⁸² *Ibidem* : « La deuxième raison réside dans le fait que cela n'était pas dans leur intérêt (36 % et 32 %), un sentiment en hausse auprès des agents de la fonction publique (+17 points) et des salariés du privé (+6 points). Une forte proportion évoque également la crainte de représailles de la part des auteurs ou la crainte d'aggraver la situation (32 % pour les agents de la fonction publique et 36 % pour les salariés du privé) ».

⁸⁸³ Cette part baisse respectivement à 9 % et 15 % selon les données restituées par le 7^{ème} baromètre publié en 2014. V. DÉFENSEUR DES DROITS, OIT et IFOP, *Baromètre sur la perception des discriminations au travail – Vague 7*, *op. cit.*, p. 18.

⁸⁸⁴ DÉFENSEUR DES DROITS, OIT, CONSUMER SCIENCE et ANALYTICS, *Baromètre 5^{ème} édition*, *op. cit.*, p. 14-15 : « On note que davantage de personnes évoquent le fait qu'elles ne savaient pas quoi faire (25 % pour les agents de la fonction publique, +4 points, et 40 %, + 10 points, pour les salariés du privé) ou qu'elles ne savaient pas à qui en parler (21 % pour les agents de la fonction publique, + 5 points, et 30 %, + 7 points, pour les salariés du privé) ».

⁸⁸⁵ Sur la dimension culturelle de l'accès au droit, v., entre autres, RANGEON, F., « Réflexions sur l'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 142 : « les facteurs culturels sont souvent les plus importants pour expliquer les réactions de méfiance, de crainte, ou simplement d'ignorance des usagers à l'égard du droit. L'usager le plus démuné culturellement, le plus éloigné du champ juridique, est aussi le plus méfiant à l'égard du droit. Il ne saisit pas l'inspection du travail ou le conseil de prud'hommes par crainte des représailles de l'employeur, il ne saisit pas la juridiction administrative parce que "c'est trop complexe" et "par crainte de perdre le procès" ». V. encore HAVELKOVÁ, B., « The Pre-Eminence of the General Principle of Equality over Specific Prohibition of Discrimination on Suspect Grounds in Czechia », in HAVELKOVÁ, B. et MÖSCHEL, M. (edit.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, *op. cit.*, p. 78 : « Some members of disadvantaged groups might be ignorant of their rights or even ignorant, or too readily acceptant, of gendered or racialized patterns of inequality. Often as likely – and probably more worryingly – they do not believe the system will do right by them (which is, sadly, confirmed by its operation so far) ».

247. Ce questionnaire est renforcé au regard des résultats d'une enquête de 2010 conduite par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, et relative à la sensibilisation des « groupes minoritaires »⁸⁸⁶ à leurs droits en matière de non-discrimination. Cette enquête situait la méconnaissance du droit au troisième rang des principales causes de non-signalement. Parmi les personnes qui s'estimaient discriminées mais avaient renoncé à signaler cet agissement, 36 % déclaraient en effet s'abstenir en raison de la méconnaissance du cadre juridique et des modalités de signalement⁸⁸⁷. L'enquête s'adressait plus particulièrement en France aux « Nord-Africains » et « Africains subsahariens » afin d'évaluer leur connaissance d'une législation antidiscriminatoire en matière d'emploi, d'accès ou de fourniture de biens et services, ainsi qu'en matière de logement. En moyenne, 27 % des répondants en France ne connaissaient aucun instrument juridique énonçant l'interdiction de la discrimination dans l'un de ces trois domaines. L'interdiction de la discrimination dans un ou deux domaines était connue de 30 % d'entre eux, quand seulement 43 % affirmaient être au fait de l'existence d'une législation antidiscriminatoire couvrant les trois domaines susmentionnés⁸⁸⁸. Une lecture intersectionnelle des résultats de l'enquête révélait par ailleurs une connaissance moindre de la législation par les personnes âgées et les femmes au sein des groupes minoritaires. Selon l'Agence européenne des droits fondamentaux, ce constat fait « ressortir la nécessité de campagnes d'information ciblées à l'intention de groupes spécifiques »⁸⁸⁹. Mais au-delà des groupes minoritaires, c'est un constat plus général et tout aussi alarmant que dressait l'eurobaromètre spécial commandé par la Commission européenne en 2012⁸⁹⁰. À la question « connaissez-vous vos droits si vous étiez victimes de discrimination ou de harcèlement ? », 56 % des Français répondaient par la négative – contre 48 % pour l'ensemble des ressortissants européens⁸⁹¹. La dynamique est toutefois positive puisque seulement 29 % des

⁸⁸⁶ FRA, *EU-MIDIS – Enquête de l'Union européenne sur les minorités et la discrimination. Sensibilisation aux droits et organismes de promotion de l'égalité*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2010.

⁸⁸⁷ *Idem*, p. 12. V. aussi p. 3 : « 36 % n'ont pas signalé leur plus récente expérience de discrimination parce qu'elles ne savaient pas comment s'y prendre ou à qui s'adresser ».

⁸⁸⁸ *Idem*, p. 7.

⁸⁸⁹ *Idem*, p. 5. V. aussi EQUINET, *Tackling the "Known Unknown". How Equality Bodies Can Address Under-Reporting of Discrimination through Communications*, *op. cit.*, not. p. 9-10.

⁸⁹⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, « La discrimination dans l'UE en 2012 », eurobaromètre, EB77.4, 2012.

⁸⁹¹ *Idem*, p. 2. V. aussi *Discrimination in the European Union in 2012*, Special Eurobarometer 393, Wave EB77.4 – TNS opinion & social, Bruxelles, European Commission – Directorate-General Justice, 2012.

Français déclaraient connaître leurs droits en cas de discrimination ou de harcèlement en 2007⁸⁹², puis 31 % en 2008⁸⁹³ et 38 % en 2009⁸⁹⁴.

248. L'opportunité du développement de campagnes d'information en réaction à la méconnaissance du droit de la non-discrimination se trouve renforcée au regard des résultats des baromètres conduits par le Défenseur des droits. Près de trois quarts des agents publics et des salariés répondants estimaient en 2013 que la mise en place d'action de sensibilisation et de formation, impliquant le cas échéant des organisations syndicales et patronales, constituerait des mesures efficaces afin de lutter contre les discriminations⁸⁹⁵. Cette tendance fut confirmée en 2015 lorsqu'étaient interrogées plus spécifiquement les personnes en recherche d'emploi. Ces derniers sont largement demandeurs de dispositifs d'information⁸⁹⁶, plus encore lorsqu'il s'agit de personnes d'origine étrangère, dont 90 % reportaient ne pas avoir été informés de leur droit à la non-discrimination au cours de leur recherche d'emploi⁸⁹⁷.

249. La méconnaissance de la législation, des droits et obligations n'est pas seule à faire défaut. La connaissance des dispositifs de signalement semble, elle aussi, largement perfectible. C'est ce qu'illustre un rapport de la Cour des comptes de 2014 relatif au Défenseur des droits. Il relaie les résultats de plusieurs sondages réalisés afin d'évaluer le degré de notoriété de la HALDE, puis du Défenseur des droits, tous deux successivement chargés du traitement extrajudiciaire des réclamations fondées sur une allégation de discrimination. En juin 2012, si 47 % des sondés déclaraient avoir entendu parler du Défenseur des droits, seuls 28 % connaissaient son mandat, soit vingt points de moins que la HALDE avant sa suppression⁸⁹⁸ – 67 % des sondés avaient en effet entendu parler de la HALDE et 52 % connaissaient son mandat. L'enquête susmentionnée conduite par l'Agence des droits fondamentaux permit, de surcroît, de révéler une notoriété

⁸⁹² COMMISSION EUROPÉENNE, *La discrimination dans l'Union européenne*, eurobaromètre spécial 263 / vague 65.4 – TNS opinion & Social, Bruxelles, Direction générale Emploi, Affaires sociales et Égalité des chances, 2007, p. 39.

⁸⁹³ *Discrimination in the European Union: Perceptions, Experiences and Attitudes*, Special Eurobarometer 296, Wave 69.1 – TNS opinion & social, Bruxelles, European Commission – Directorate General Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, 2008, p. 23.

⁸⁹⁴ *Discrimination in the European Union in 2009*, Special Eurobarometer 317, Wave 71.2 – TNS opinion & social, Bruxelles, European Commission – Directorate General Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, 2009, p. 35.

⁸⁹⁵ DÉFENSEUR DES DROITS, OIT et IFOP, *Baromètre sur la perception des discriminations au travail – Vague 7*, *op. cit.*, p. 23.

⁸⁹⁶ 68 % se déclarent favorable aux campagnes d'informations des candidats à l'emploi sur leurs droits contre les discriminations, à la formation des recruteurs (68 %) ou encore à l'implication des acteurs syndicaux dans des actions de prévention des discriminations à l'embauche (67 %). Ces chiffres sont respectivement de 78 %, 78 % et 76 % pour les répondants d'origine étrangère. V. DÉFENSEUR DES DROITS, OIT et IFOP, *8^{ème} baromètre DDD/OIT de perception des discriminations dans l'emploi. Enquête auprès des demandeurs d'emploi*, 2015, p. 24. V. encore p. 28.

⁸⁹⁷ *Idem*, p. 16.

⁸⁹⁸ V. COUR DES COMPTES, *Le Défenseur des droits : mission et gestion*, Paris, Cours des comptes, 2014, p. 58. V. encore HALDE, *Rapport annuel 2009*, *op. cit.*, p. 36 et BORRILLO, D. et CHAPPE, V.-A., « La Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité : un laboratoire juridique éphémère ? », *op. cit.*, p. 373.

moindre de l'institution parmi les répondants des groupes minoritaires ciblés⁸⁹⁹, puisque seulement 34 % des « Africains-Subsahariens » et 33 % des « Nord-Africains » déclaraient en France connaître la Haute autorité. Ces résultats s'inscrivent en complément de l'étude réalisée quelques années auparavant par TNS Sofres et le Conseil représentatif des associations noires de France qui demandait aux sondés (i.e. « base : ensemble de la population "noire" »⁹⁰⁰) quel était leur degré d'information sur les recours possibles en cas de discriminations. En réponse à cette question, la plupart des répondants s'estimaient mal informés, « plutôt mal informés » (26 %) ou « pas du tout informés » (27 %) ⁹⁰¹. Sans évidemment être en mesure d'expliquer l'ensemble du phénomène de non-recours au droit, ces études, même ponctuelles et encore insuffisantes, accréditent l'affirmation selon laquelle « l'une des causes de [la] faible "judiciarisation" de la discrimination doit certainement être trouvée dans l'insuffisance d'information des victimes »⁹⁰².

250. Partant, le Défenseur des droits considère que « la méconnaissance des droits en France est une des raisons principales de leur non-respect et de leur non-effectivité »⁹⁰³. Sarah Benichou poursuit le constat : « la conscience et la connaissance du droit constituent des préalables à l'effectivité du droit, mais rares sont les Français qui maîtrisent les modalités de répressions des discriminations »⁹⁰⁴. D'autres Français, mieux informés, empruntent la voie de la renonciation⁹⁰⁵. Cependant, le droit ne demeure pas muet face à ce phénomène. Les articles 10 et 12 des directives communautaires de 2000 prévoient notamment une obligation pour les États membres de veiller à ce que les dispositions antidiscriminatoires « soient portées à la connaissance des personnes concernées par tous moyens appropriés, par exemple sur le lieu de travail, et sur l'ensemble de leur territoire ». C'est alors le renforcement de la sensibilisation au droit de la non-discrimination qu'il

⁸⁹⁹ V. EU-MIDIS – *Sensibilisation aux droits et organismes de promotion de l'égalité*, op. cit., p. 10.

⁹⁰⁰ CONSEIL REPRÉSENTATIF DES ASSOCIATIONS NOIRES DE FRANCE (LOZES, P.) et TNS SOFRES, *Les discriminations à l'encontre des populations noires de France*, 2007.

⁹⁰¹ *Ibidem*. 32 % des répondants estimaient être « plutôt bien informés » et seulement 13 % « très bien informés ».

⁹⁰² PETITTI, C., « L'avocat face au droit européen à la non-discrimination : sa place, et quelques outils pour l'exercice professionnel », in SUDRE, F. et SURREL, H. (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 429.

⁹⁰³ DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2016*, op. cit., p. 145. Il poursuit : « d'où la nécessité pour le Défenseur des droits d'accroître encore sa notoriété pour développer l'accès aux droits pour tous et pour toutes ». Dans le même sens, Pierre Lascoumes et Évelyne Serverin érigeaient déjà la connaissance et la conscience du droit en facteur de réalisation (LASCOUMES, P. et SERVERIN, É., « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », op. cit., p. 110).

⁹⁰⁴ BENICHO, S., *Le droit à la non-discrimination « raciale »*, op. cit., p. 186.

⁹⁰⁵ BENREDOUANE, J., *La renonciation en droit de l'aide sociale. Recherche sur l'effectivité des droits sociaux*, op. cit., p. 23 : « renonciation et non-recours figurent au rang de la multitude d'effectivités et d'ineffectivités individuelles qui sont la cause de l'ineffectivité statistique ».

convient de stimuler⁹⁰⁶ afin d'informer les victimes de leurs droits et des mécanismes permettant de les faire valoir⁹⁰⁷, voire afin de construire une culture des droits au sein de la société⁹⁰⁸.

B. La diffusion du droit de la non-discrimination : un levier récemment actionné

251. Admettre que la connaissance contribue à la réalisation du droit tout en constatant ponctuellement son insuffisance invite à la stimuler par une information qualitativement et quantitativement significative. La complexité d'un dispositif juridique antidiscriminatoire, d'émergence récente, nécessite notamment de prendre « le contre-pied de l'idée d'un droit qui est accessible et, par extension, connaissable en soi »⁹⁰⁹. Pour aboutir à une « connaissance suffisante »⁹¹⁰ du droit de la non-discrimination, la diffusion de l'information⁹¹¹ peut emprunter différents canaux selon Patricia Rrapi. Cette dernière distingue la diffusion des textes, entendue comme leur mise à disposition, et la diffusion du droit, qui comprend, elle-même, la diffusion politique à l'attention des citoyens et la diffusion professionnelle du droit, à l'attention des autorités d'application⁹¹². Si la diffusion des textes antidiscriminatoires reste amplement perfectible (1), les diffusions politique (2) et professionnelle (3) du droit de la non-discrimination ont été récemment mises en mouvement.

1) La diffusion des textes antidiscriminatoires

252. La diffusion des textes – antidiscriminatoires ou non – procède avant tout en France par voie de publication au JORF, en version imprimée mais également en ligne afin de renforcer

⁹⁰⁶ En ce sens, v. MOUREY, L., *Le traitement répressif des victimes de discriminations*, étude pour le projet PRELUDE (promotion de l'égalité et de la lutte contre les discriminations), Droit pour la Justice et Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances, 2010, p. 15 : « L'accès au droit d'une victime de discrimination interroge par le manque d'information et par le délitement dont il fait l'objet. Un domaine pour lequel l'adage "Nul n'est censé ignorer la loi" frappe par son inadéquation. Aussi, le constat de la faiblesse du traitement répressif n'est plus seulement indéniable, il en est une conséquence logique. À notre sens, des perspectives d'amélioration passeront par un renforcement de l'information et de la sensibilisation. Une nécessité, que nous ne retrouvons pas forcément lorsque nous sommes en présence d'autres infractions ».

⁹⁰⁷ Sur la disparité de l'accès des individus au juge et de la perception des juridictions en fonction des inégalités sociales ainsi que sur le rôle du Défenseur des droits face à ces phénomènes, v. LÖHRER, D., « La fonction d'aide à l'accès au juge du Défenseur des droits », *op. cit.*, not. p. 204-212.

⁹⁰⁸ Ces trois objectifs correspondent aux trois principaux usages de la communication des organismes de promotion de l'égalité préconisés par l'organisme Equinet. V. chapitres 3, 4 et 5 in EQUINET, *Tackling the "Known Unknown". How Equality Bodies Can Address Under-Reporting of Discrimination through Communications*, *op. cit.*, p. 21-37.

⁹⁰⁹ RRAPI, P., *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 221.

⁹¹⁰ CC, Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, cons. 77.

⁹¹¹ FLÜCKIGER, A., *(Re)faire la loi*, *op. cit.*, p. 602 : « L'adage selon lequel nulle personne n'est censée ignorer la loi est particulièrement fictionnel, y compris pour les professeurs de droit ... La seule stratégie raisonnable qui s'impose dans ces conditions est de travailler à faire connaître la loi auprès de son public-cible par différents moyens de vulgarisation ».

⁹¹² RRAPI, P., *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 221-222. Pour une division moins fine des canaux de diffusion, v. *ibidem*.

l'accessibilité du droit pour les citoyens. Sans doute le référentiel numérique *Légifrance* représente-t-il « un progrès considérable de la rationalisation de la mise à disposition des textes en vigueur et de la conception d'un service public d'information sur la législation »⁹¹³. La dispersion formelle du droit de la non-discrimination⁹¹⁴, liée à la multiplicité et à la dispersion des dispositions qui le composent, se répercute néanmoins négativement sur son accessibilité par ce biais. Celle-ci ne peut dès lors qu'être insuffisante, indépendamment de la publication favorisée par la voie numérique.

253. L'absence de consolidation du droit de la non-discrimination⁹¹⁵ et sa dispersion formelle ne font, cela étant, pas obstacle à la diffusion numérique des règles de droit qui le composent sous un format groupé. Une recherche thématique (« discriminations ») sur le référentiel *Légifrance* permet à ce titre la découverte d'un « descripteur » intitulé « Lutte contre les discriminations ». Celui-ci est composé de dix-sept principes et règles de droit qui oscillent du « principe »⁹¹⁶ de non-discrimination en raison des caractéristiques génétiques⁹¹⁷ à la pratique du *testing* en passant par la commémoration des persécutions antisémites sous le régime de Vichy et la notion de crime contre l'humanité. En dépit du regroupement d'une poignée de règles de droit plus ou moins liées au droit de la non-discrimination, l'initiative ne présente ni exhaustivité ni représentativité, et ne contribue pas pour ces raisons à une amélioration de la diffusion des textes antidiscriminatoires. Elle apparaît au contraire comme une source supplémentaire de confusion. Parmi les onze renvois (liens hypertextes) insérés au sein de ce « descripteur », l'un d'entre eux dévoile néanmoins une liste de cinquante-neuf textes non codifiés, toutes règles de droit confondues (lois, décrets, arrêtés, circulaires et directives), entrés en vigueur entre 1980 et 2016, et relatifs à la lutte contre les discriminations⁹¹⁸. Cet instrument est, lui aussi, insuffisant en tant qu'objet d'information ou de communication qui œuvre à la réception sociale du droit en ce qu'il procède à une présentation des énoncés – plus ou moins – pertinents qui n'est ni ordonnée, ni exhaustive, ni intelligible. Force est de constater que la mise à disposition des textes n'a pas été davantage pensée en vue de leur accessibilité que la refonte du droit de la non-discrimination ne l'a été en vue de sa lisibilité. Ce constat renforce l'intérêt d'une loi de consolidation, dont les possibles bienfaits seront exposés ci-après, afin de favoriser son accessibilité et stimuler sa connaissance par les citoyens⁹¹⁹.

⁹¹³ *Idem*, p. 241. V. encore CARTRON, J., « Légifrance, naissance de l'information juridique officielle sur le Web », *RFDA*, 1998, p. 689 et s.

⁹¹⁴ En ce sens, v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, II, A, 1).

⁹¹⁵ Sur ce point, v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, II, B.

⁹¹⁶ Sur la notion de « principe de non-discrimination », v. not. CHARRUAU, J., *La notion de non-discrimination en droit public français, op. cit.*, p. 93-109.

⁹¹⁷ Art. 16-13 du Code civil.

⁹¹⁸ [URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichSarde.do?reprise=true&page=1&idSarde=SARDOBJT000007105245&ordre=null&nature=null&g=ls>].

⁹¹⁹ Là encore, v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, II, B.

254. Le site *Légifrance* ne se cantonne pas, il est vrai, à la seule mise à disposition des textes mais correspond, tout comme « service-public.fr », à ce que Patricia Rrapi désigne comme les « services d'information »⁹²⁰. Par ces services, la Direction du Journal officiel et la Direction de la documentation française tentent de contribuer activement à la diffusion des textes en interagissant avec les citoyens, en proposant des formations, en instaurant un numéro vert, en organisant des foires aux questions ou en traitant des demandes ponctuelles par le biais numérique⁹²¹. Toujours est-il que l'absence de spécialisation et la sollicitation extrêmement restreinte de ces services par les victimes de discrimination ne les érigent pas, à ce jour et pour ces dernières, en facteurs essentiels d'accessibilité et de connaissance du droit de la non-discrimination. En alternative, la mise en place de service d'information par les organismes de promotion de l'égalité, d'abord le 114, puis la HALDE, et enfin le Défenseur des droits, semble davantage susceptible de servir la réception des textes à travers les permanences des délégués, les standards téléphoniques ou les formations. Au-delà de la diffusion des textes, cette réception sociale s'avère surtout fonction de la diffusion politique du droit, c'est-à-dire de la diffusion qui permet un rapprochement politique du citoyen au droit⁹²².

2) La diffusion politique du droit de la non-discrimination

255. Dans l'optique non plus de diffusion des textes mais de diffusion du droit⁹²³, la visibilité massive du dispositif antidiscriminatoire dans l'espace public peut être envisagée comme facteur de réception sociale. C'est ce que souligne Alexandre Flückiger lorsqu'il considère que « la vulgarisation du message législatif est directement liée à l'efficacité de son impact. La diffusion de la loi dans le tissu social n'est dès lors plus seulement l'affaire du législateur. Elle devient une question de mise en œuvre »⁹²⁴. Cette idée peut notamment se traduire par le biais des campagnes nationales de sensibilisation. De telles initiatives semblent impacter positivement la connaissance et le recours au droit, notamment au regard de « la forte élasticité » qui lie ces campagnes de communication et les saisines du Défenseur des droits⁹²⁵. Concrètement, cela peut se traduire par une surexposition temporaire d'un message faisant la promotion du droit (*e.g.* campagne d'affichage) ou, dans un cadre plus pérenne, par la construction d'un espace public dédié à l'information (*e.g.* plateforme numérique). La HALDE avait promptement érigé la communication

⁹²⁰ RRAPI, P., *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 240-244.

⁹²¹ La plupart de ces services (not. formations et numéro vert) ne semble désormais plus assurée par *Légifrance*.

⁹²² RRAPI, P., *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 221.

⁹²³ Pour rappel, cette distinction, explicitée ci-dessus, est celle faite par Patricia Rrapi *in idem*, p. 221-222.

⁹²⁴ FLÜCKIGER, A., *(Re)faire la loi*, *op. cit.*, p. 602.

⁹²⁵ En ce sens, v. SÉNAT (BENBASSA, E. et LECERF, J-R.), *Rapport d'information fait au nom de la Commission des lois relatif à la lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 55.

en arme caractéristique de son mandat et avait immédiatement lancé une première campagne d'envergure⁹²⁶ qui a touché près de 34 % de la population française⁹²⁷. L'institution fit plus généralement preuve d'une considération constante pour la communication autour de son action et, à travers elle, du droit de la non-discrimination qu'elle avait vocation à défendre⁹²⁸. La documentation produite par le Défenseur des droits laisse aujourd'hui encore transparaître une considération privilégiée pour les ressources numériques qui favorisent la réception sociale du droit de la non-discrimination (*e.g.* dépliants, brochures, fiches thématiques, guides, politiques et directives)⁹²⁹. Si les campagnes nationales semblaient en revanche plus évanescences depuis la disparition de la HALDE, des avancées – même tardives – virent le jour en 2015 grâce à l'implication de diverses institutions⁹³⁰.

256. Au niveau gouvernemental, le ministère de la Justice a inauguré le 9 septembre 2015 une campagne intitulée « Stop discrimination » qui se traduisait par une plateforme numérique composée de trois rubriques : « la campagne », « j'agis » et « je m'informe ». Cette dernière rubrique déclinait l'action du ministère et mettait à disposition les principaux textes liés à la lutte contre les discriminations. Le volet « s'informer sur la loi » précisait la notion juridique de discrimination, insistait sur sa dissociation vis-à-vis d'autres notions ou concepts (racisme, harcèlement, provocation à la discrimination⁹³¹), exposait ses différentes formes, les voies d'action disponibles ainsi que les sanctions pénales encourues. Dans le communiqué de lancement⁹³², la Garde des Sceaux précisait sans équivoque que l'ambition était de provoquer une « prise de conscience vertueuse et collective pour que les discriminations reculent »⁹³³. Prolongeant cette initiative, une

⁹²⁶ V. HALDE, *Rapport annuel 2006*, *op. cit.*, p. 71-74 au sujet d'une campagne d'affichage urbain dans les quatre plus grandes villes de France (Paris, Lyon, Marseille et Lille) et d'une campagne télévisuelle.

⁹²⁷ *Idem*, p. 74.

⁹²⁸ V. pour illustration dans les rapports annuels de la HALDE les rubriques « Communication » et « Site internet ». V. aussi sur ce point SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 650-652.

⁹²⁹ Sans négliger l'utilité des instruments d'expertise relatifs à la connaissance du phénomène discriminatoire (*e.g.* rapports, études, mémoires, etc.), le développement et la diffusion des outils d'information et de pédagogie constituent les pistes les plus efficaces lorsqu'est recherchée l'accessibilité matérielle du droit de la non-discrimination. Les recherches et études peuvent en parallèle être mises au profit de la mission de l'organisme de promotion de l'égalité et de la diffusion professionnelle du droit. Sur la diffusion de l'information par le Défenseur des droits en vue d'une meilleure connaissance des mécanismes de revendication du droit, v. LÖHRER, D., « La fonction d'aide à l'accès au juge du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 201-202.

⁹³⁰ Plus récemment, v. le partenariat développé entre le Défenseur des droits et France télévision en vue de la diffusion de spots télévisés ayant vocation à faire connaître l'institution ainsi que les droits qu'elle a vocation à promouvoir et à garantir. DÉFENSEUR DES DROITS, « Le Défenseur des droits et France télévision s'engagent », 8 novembre 2019, [URL : <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/communique-de-presse/2019/11/le-defenseur-des-droits-et-france-televisions-sengagent>].

⁹³¹ Soulignons l'aspect contestable d'une telle dissociation dans la mesure où le harcèlement et l'injonction à la discrimination sont considérés, à la lueur de l'article 1 de la loi du 27 mai 2008, comme des manifestations de la discrimination.

⁹³² MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Lancement du site STOP-DISCRIMINATION.gouv.fr. », Communiqué de Christiane Taubira, 9 septembre 2015.

⁹³³ Pour ce faire, elle ajoute que des infographies pédagogiques, des fiches d'informations pratiques, des vidéos et une carte interactive permettent aux victimes de discriminations et à leurs proches, à travers la plateforme numérique : « 1)

campagne publicitaire intitulée « Les compétences d'abord » fut engagée en avril 2016. Elle a conduit à l'exposition de deux mille affiches dans les gares, stations de métro et sur les kiosques durant une dizaine de jours⁹³⁴. Quant au Défenseur des droits, il a lancé le 7 septembre 2015 – concomitamment à la campagne gouvernementale « Stop discrimination » – une plateforme numérique focalisée sur la lutte contre le racisme (« Égalité contre racisme »). Celle-ci a été conçue comme « un véritable centre de ressources en matière de connaissance juridique et de moyens d'action [qui] centralise les informations et propose des réponses adaptées »⁹³⁵ aux témoins et aux victimes. Une rubrique principale est consacrée à « ce que dit la loi » eu égard aux propos, aux violences et aux discriminations à caractère racial. En prolongement de cet effort sectoriel⁹³⁶, un collectif d'associations (LDH, LICRA, MRAP et SOS Racisme) a lancé en novembre de la même année une campagne matérialisée par une troisième plateforme numérique et la diffusion de spots télévisuels en écho direct au Plan national d'action contre le racisme et l'antisémitisme adopté en mars 2015⁹³⁷. Malgré ces initiatives, louables⁹³⁸, il était possible de regretter avec la CNCDH l'absence de coordination aboutissant à une moindre visibilité et à une certaine perte d'efficacité⁹³⁹. La plateforme gouvernementale « stop-discrimination » a depuis été supprimée. Cette dynamique, doublée d'une meilleure coordination entre les différents organismes et d'une meilleure promotion numérique⁹⁴⁰, est propre à favoriser la connaissance du droit de la non-discrimination, sans négliger en parallèle la nécessité d'une démarche de pédagogie éducative dans le cadre de la formation.

de déterminer la discrimination dont elles sont victimes ; 2) d'être informées sur les lois applicables et les actions à entreprendre ; 3) de s'orienter vers la structure de prise en charge la plus proche qui les aidera dans leurs démarches (bureaux d'aide aux victimes, magistrats référents anti-discrimination, points d'accès au droit, associations d'aide aux victimes...).

⁹³⁴ À cette diffusion politique fut ajoutée une campagne de *testing*. Soulignons toutefois la diffusion préalable et largement médiatisée de la période du *testing* (mai et juin 2016), de la cible (une vingtaine d'entreprises de plus de 1 000 salariés), ainsi que de la variable (nom de famille à consonance arabe). À cela, s'ajoute un scepticisme au regard de l'anonymat des responsables et de l'absence de sanction des discriminations avérées à l'issue du *testing*.

⁹³⁵ [URL : <http://www.egalitecontreracisme.fr/>]. La plateforme se veut participative et est conçue autour de trois actes « je veux agir », « je veux alerter », « je veux défendre ».

⁹³⁶ D'autres initiatives auraient mérité d'être mentionnées, notamment celle du HCE (rubriques « repères juridiques » dont « stéréotypes et rôles sociaux », « enjeux européens et internationaux », « parité », « santé, droits sexuels et reproductifs », « violence de genre »), la campagne « dites non à la discrimination » du Conseil de l'Europe, ou encore le portail « discrimi-non » de la région Rhône-Alpes et de la ville de Lyon.

⁹³⁷ PREMIER MINISTRE, *La République mobilisée contre le racisme et l'antisémitisme. Plan national 2015-2017*, DILCRA, p. 5.

⁹³⁸ Et ce, en dépit d'approximations persistantes dans l'approche de la notion de discrimination. V. not. la définition de la discrimination fournie par la plateforme « Stop-discrimination » du ministère de la Justice (« un traitement défavorable comparé à d'autres personnes ou d'autres situations [qui] se fonde sur un des critères interdits par la loi [et qui] intervient dans un domaine spécifié par la loi »).

⁹³⁹ CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Année 2015, op. cit.*, p. 152 : « la CNCDH regrette que l'élaboration de cette plateforme en ligne destinée au grand public ["stop-discrimination"] n'ait pas été coordonnée avec la plateforme "Égalité contre racisme" initiée par le Défenseur des droits. Il aurait été préférable, dans un souci tant d'efficacité que d'économie, de mutualiser les moyens humains et matériels investis. Au regard de ce qui précède, on peut craindre que l'internaute ne se perde dans le maquis des dispositifs de signalement et/ou de notification mis à sa disposition, et ce d'autant que chacun d'eux a un régime juridique différent ».

⁹⁴⁰ L'ère du numérique offre la possibilité d'une interactivité accrue avec les sujets de droit, notamment pour la communication des organismes de promotion de l'égalité. Si inusuels soient-ils pour les politiques publiques, ces usages

257. Selon la nature de ses destinataires, la formation est susceptible de s'inscrire dans le cadre de la diffusion politique du droit, auprès des citoyens, ou de la diffusion professionnelle, auprès des autorités d'application du droit. Dans les deux cas, qu'elle soit source de sensibilisation ou d'expertise, la formation vise également à stimuler la réception, la mobilisation et, à terme, la réalisation du droit de la non-discrimination. S'inscrivent en ce sens la mise à disposition par le Défenseur des droits de la plateforme numérique « Educadroit »⁹⁴¹, l'élaboration de MOOC pour comprendre, prévenir et lutter contre les discriminations⁹⁴² ou encore l'organisation de sessions de formation d'une journée portant sur la discrimination au travail, en milieu éducatif ou communautaire⁹⁴³.

258. La formation en tant que diffusion politique du droit se développe essentiellement dans le cadre scolaire. La loi du 8 juillet 2013 d'orientation et de programmation pour la refondation de l'école de la République charge en ce sens les Écoles supérieures du professorat et de l'éducation d'organiser « des formations de sensibilisation à l'égalité entre les femmes et les hommes, à la lutte contre les discriminations [ou encore] à la scolarisation des élèves en situation de handicap »⁹⁴⁴. À la suite de la loi du 8 juillet 2013, le Conseil supérieur des programmes a inséré au sein du socle commun de connaissances, de compétences et de culture « la mise à distance des préjugés et des stéréotypes »⁹⁴⁵, « le refus des discriminations », « la tolérance réciproque » ainsi que « l'égalité entre les hommes et les femmes »⁹⁴⁶. L'acquisition de ces compétences par les élèves passe, entre autres, par la découverte et la maîtrise des instruments juridiques tels que la DDHC ou la Convention internationale des droits de l'enfant.

259. Plus encore, la loi du 8 juillet 2013 complète l'enseignement de la « diversité et la richesse des cultures »⁹⁴⁷ par l'enseignement moral et civique, axé sur « le respect de la personne, de ses origines

numériques constituent des moyens de diffusion d'autant plus efficaces qu'ils se situent en marge des contraintes financières, permettant d'allier l'ampleur des effets estimés à l'efficacité de la stratégie. En dépit d'une sous-exploitation manifeste des principaux réseaux sociaux comme vecteurs de diffusion politique du droit au début de son mandat, de 2010 à 2015, le Défenseur des droits semble avoir intégré cette stratégie depuis.

⁹⁴¹ [URL : <https://educadroit.fr/centre-de-ressources>].

⁹⁴² DÉFENSEUR DES DROITS, « Lancement du MOOC : "Les discriminations, comprendre pour agir" », 2 septembre 2019, [URL : <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/communique-de-presse/2019/11/lancement-du-mooc-les-discriminations-comprendre-pour-agir>]. Les trois séances organisées portent sur « Les discriminations, de quoi parle-t-on ? », « Comment comprendre et prévenir les attitudes antidiscriminatoires ? », « Quelles sont les obligations et actions des collectivités territoriales et des agents et agents publics pour lutter contre les discriminations ? ».

⁹⁴³ Pratique commune des commissions antidiscriminatoires au Canada. V. le cas de la Commission québécoise des droits de la personne et des droits de la jeunesse qui détaille les séances offertes en ligne, [URL : <http://www.cdpcj.qc.ca/fr/formation/Pages/default.aspx>].

⁹⁴⁴ Art. 70 de la loi n° 2013-595, qui révisé en ce sens l'art. L. 721-2 du Code de l'éducation.

⁹⁴⁵ CONSEIL SUPÉRIEUR DES PROGRAMMES, *Projet de socle commun de connaissances, de compétences et de culture*, 8 juin 2014, p. 11.

⁹⁴⁶ CONSEIL SUPÉRIEUR DES PROGRAMMES, *Projet de socle commun de connaissances, de compétences et de culture*, 12 février 2015, p. 10.

⁹⁴⁷ Art. L. 311-4 du Code de l'éducation.

et de ses différences, de l'égalité entre les femmes et les hommes ainsi que de la laïcité »⁹⁴⁸. Cet enseignement est chargé de transmettre « le respect des droits et de la loi, l'égalité de considération des personnes, le refus de toute discrimination, la solidarité, l'entraide, la coopération, le sens de l'intérêt général et de la participation à la vie démocratique »⁹⁴⁹. Alors que le programme du cycle 3 (*i.e.* classes de CM1, CM2 et 6^{ème}) est marqué par la connaissance de « l'égalité des droits et la notion de discrimination », y compris « les différentes formes de discrimination »⁹⁵⁰, celui du cycle 4 (*i.e.* classes de 5^{ème}, 4^{ème} et 3^{ème}) insiste sur la compréhension du fait que « deux valeurs de la République, la liberté et l'égalité, peuvent entrer en tension ». Il ambitionne également d'expliquer les « différentes dimensions de l'égalité » ainsi que la distinction entre inégalité et discrimination⁹⁵¹. Sont également prévues la discussion de la loi sur le handicap de 2005, la lecture de délibérations du Défenseur des droits, la réflexion sur les différentes formes de racisme et de discrimination, sur « le rôle du droit » ainsi que sur le « respect de la règle »⁹⁵². Si la stimulation de la réception de la règle de droit est déjà manifeste au collège, les enseignements au lycée devraient approfondir davantage ce point par le biais d'un des deux modules de l'Enseignement moral et civique, explicitement consacrés à l'égalité et à la discrimination pour les classes de seconde⁹⁵³. Le ministère propose neuf fiches directives et pédagogiques pour aborder les séances de cet enseignement qui portent sur les discriminations en raison du sexe, du handicap, de l'orientation sexuelle (deux fiches par motif), ainsi que sur les discriminations entre élèves, dans le monde du sport et au travail⁹⁵⁴. L'apprentissage vise plus particulièrement la connaissance des principales acceptions de l'égalité, des manifestations de la discrimination au quotidien, des textes juridiques fondamentaux et invite même à la lecture de décisions des juridictions⁹⁵⁵. Certes tardive, et même nuancée par le faible volume horaire consacré à cet enseignement, la loi du 8 juillet 2013 contribue indubitablement – sous réserve d'une application consciencieuse⁹⁵⁶ – à renforcer l'éducation à l'égalité et à la non-

⁹⁴⁸ Art. 41 de la loi n° 2013-595.

⁹⁴⁹ Dans le cadre d'un volet intitulé « culture de la règle et du droit : des principes pour vivre avec les autres ». V. CONSEIL SUPÉRIEUR DES PROGRAMMES, *Projet d'enseignement moral et civique*, 3 juillet 2014, p. 2.

⁹⁵⁰ *Idem*, p. 10.

⁹⁵¹ CONSEIL SUPÉRIEUR DES PROGRAMMES, *Projet de programme pour le cycle 4*, 9 avril 2015, p. 7.

⁹⁵² CONSEIL SUPÉRIEUR DES PROGRAMMES, *Projet d'enseignement moral et civique*, *op. cit.*, p. 10, 13 et 15.

⁹⁵³ Du moins pour celles préparant au baccalauréat et au certificat d'aptitude professionnelle.

⁹⁵⁴ EDUSCOL, « L'EMC dans la classe et dans l'établissement – lycées », 4 décembre 2015, en ligne [URL : <http://eduscol.education.fr/cid92574/l-emc-dans-la-classe-et-dans-l-etablissement-lycee.html>].

⁹⁵⁵ V. l'annexe de l'Arrêté du 12 juin 2015 fixant le programme d'enseignement moral et civique pour les classes de seconde générale et technologique, de première et terminale des séries générales, JORF n° 0142 du 21 juin 2015, p. 10 222, texte n° 10.

⁹⁵⁶ Les programmes récents font état d'une mise en œuvre effective. V. not. MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION NATIONALE ET DE LA JEUNESSE, *Programme du cycle 4. En vigueur à compter de la rentrée de l'année scolaire 2018-2019*, novembre 2018 et MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION NATIONALE ET DE LA JEUNESSE, *Programme du cycle 3. En vigueur à compter de la rentrée de l'année scolaire 2018-2019*, novembre 2018. V. surtout BO de l'éducation nationale n° 30 du 26 juillet 2018, annexe – Programme d'enseignement moral et civique de l'école et du collège (cycle 2, 3 et 4). V. encore les ressources mises en ligne sur le site eduscol illustrant les travaux accomplis dans le cadre de l'enseignement civique et moral sur les

discrimination dans le cadre de la diffusion politique du droit⁹⁵⁷. En complément de la formation des citoyens, Jean-René Lecerf et Esther Benbassa insistaient en 2014 sur la nécessité d'« améliorer la formation des différents acteurs de la lutte contre les discriminations, tout particulièrement des fonctionnaires⁹⁵⁸ et des magistrats »⁹⁵⁹. Cette formation était par ailleurs explicitement considérée par les rapporteurs comme un facteur œuvrant à « l'effectivité et l'efficacité de la lutte contre les discriminations »⁹⁶⁰.

3) La diffusion professionnelle du droit de la non-discrimination

260. La formation s'inscrit dans le cadre de la diffusion professionnelle du droit lorsqu'elle est dispensée aux autorités d'application du droit de la non-discrimination⁹⁶¹. La CNCDH relevait à cet égard que « les magistrats doivent aussi être mieux formés à l'emploi [des] qualifications juridiques, sensibilisés aux difficultés procédurales [spécifiques], et aidés par une documentation claire et complète tant sur ces aspects procéduraux que sur les éléments constitutifs des infractions »⁹⁶². En matière de discrimination, la nécessité de cette formation est renforcée en raison de l'absence de spécialisation des juridictions, à l'inverse de plusieurs expérimentations étrangères. À l'instar du chantier de la formation des élèves, celui de la formation des professionnels du droit a longtemps semblé poussif⁹⁶³ avant de connaître une impulsion récente. Pour illustration, sur les deux cent vingt enseignements – hors stages – de la maquette de l'ENM, seul l'enseignement

discriminations [URL : <https://eduscol.education.fr/histoire-geographie/enseigner/ressources-par-dispositif-et-enseignement/enseignement-moral-et-civique/ressources-academiques.html>].

⁹⁵⁷ Soulignons également, de manière sectorielle, la signature en 2013 – et pour une durée de cinq ans – de la Convention interministérielle pour l'égalité entre les femmes et les hommes dans le système éducatif qui vise notamment l'acquisition et la transmission d'une culture de l'égalité entre les sexes et le renforcement de l'éducation au respect mutuel et à l'égalité entre les filles et les garçons, les femmes et les hommes. Soulignons encore des initiatives isolées telles que la mise à disposition d'instruments pédagogiques sur le portail de la Ligue de l'enseignement, en ligne [URL : <http://portail.discrim.fr>].

⁹⁵⁸ Au sujet de la formation des officiers de police, v. notamment la Recommandation de politique générale n° 11 de l'ECRI sur la lutte contre le racisme et la discrimination raciale dans les activités de police adoptée le 29 juin 2007 (CRI(2007)39, recommandation n° 4), Recommandation Rec(2001)10 du Comité des ministres aux États membres sur le code européen d'éthique de la police (point C) ou ECRI, *Rapport sur la France (cinquième cycle de monitoring)*, (CRI(2016)1), 2016, p. 10.

⁹⁵⁹ SÉNAT (BENBASSA, E. et LECERF, J.-R.), *Rapport d'information fait au nom de la Commission des lois relatif à la lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 51.

⁹⁶⁰ *Ibidem*.

⁹⁶¹ Soulignons en parallèle que, pour Patricia Rrapi, la diffusion professionnelle du droit n'englobe pas seulement la diffusion du droit aux professionnels du droit, mais implique encore l'institutionnalisation de professionnels de la diffusion du droit. Sont ici concernés, par exemple, les Points d'accès aux droits ainsi que les Maisons de justice et du droit. V. par exemple : <https://www.tribunal-de-paris.justice.fr/75/les-structures-dacces-au-droit>. Cette modalité de diffusion du droit peut alors être rapprochée de notre propos, développé ci-après, relatif à l'instauration d'une aide juridique spécialisée. V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, II, B.

⁹⁶² CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Rapport 2015*, *op. cit.*, p. 125.

⁹⁶³ Soulignons quelques initiatives éparses (e.g. le 20 novembre 2014, la ville de Lyon, le Barreau de Lyon et le Défenseur des droits ont organisé une journée de formation à l'attention des avocats de Lyon et des professionnels de l'accès au droit). V. DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2014*, *op. cit.*, p. 145.

« identité sexuelle, orientation sexuelle et droit »⁹⁶⁴ portait incidemment sur le droit de la non-discrimination en 2015⁹⁶⁵. La maquette fut opportunément enrichie en 2016 d'un enseignement relatif à « l'action de groupe : bilan et perspectives »⁹⁶⁶ qui permettait d'aborder la thématique des discriminations, toujours de manière accessoire. Il était par conséquent possible d'insister sur les carences de la formation initiale des magistrats⁹⁶⁷, et plus encore des magistrats référents des pôles anti-discriminations⁹⁶⁸. D'autant plus que ces deux enseignements ont été écartés du catalogue de formations dispensées à compter de 2018. La CNCDH s'emploie en parallèle, depuis plusieurs années, à assurer une offre de formation sur « Le racisme et l'antisémitisme : enjeux contemporains »⁹⁶⁹. Deux nouveaux enseignements avaient également été ajoutés à la maquette en 2017 et portaient, directement cette fois, sur le droit de la non-discrimination. Le premier, « *Discrimination and the Law* »⁹⁷⁰, s'intéressait aux évolutions des jurisprudences étatsunienne et européenne. Le second, « Lutte contre les discriminations : un enjeu pour le service public »⁹⁷¹, était relatif à la lutte contre les discriminations au sein des trois fonctions publiques. Seul ce dernier a été maintenu en 2019 puis en 2020⁹⁷², aux côtés de l'enseignement sur le racisme et l'antisémitisme (2018, 2019)⁹⁷³ ainsi que d'une formation nouvelle portant sur « Discrimination et harcèlement au

⁹⁶⁴ ENM, *Catalogue de formation continue*, 2015 (HJC07, Paris, 17 et 18 novembre) : « De l'acceptation sociologique à la prise en compte progressive par le droit de l'orientation ou de l'identité sexuelle du justiciable et de ses conséquences sur l'office du juge dans tous ses aspects (droit de la famille, place de l'enfant, état civil des transsexuels, lutte contre les discriminations...) ». V. ensuite ENM, *Catalogue de formation continue*, 2016, p.7 (HJC07, Paris, 17 et 18 novembre) et ENM, *Catalogue de formation continue*, 2017, p.6 (HJC05, Paris, 16 et 17 novembre).

⁹⁶⁵ Soulignons également l'invitation du Défenseur des droits au module de clôture du plan de formation des cadres 2015 de l'ENM pour une intervention portant sur : « quelle politique partenariale entre le Défenseur des droits et les juridictions ? », jeudi 26 novembre 2015, 9h30-10h30.

⁹⁶⁶ ENM, *Catalogue de formation continue*, 2016, p. 24 (VEA05, Paris, 12 au 16 décembre) : « Premier bilan de la mise en œuvre des dispositions de la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation qui a introduit l'action de groupe en droit français et réflexion sur les perspectives d'extension de cette action à d'autres domaines que ceux actuellement visés (santé, discriminations, préjudices environnementaux) ». V. ensuite ENM, *Catalogue de formation continue*, 2017, p. 24 (VEB05, Paris, 11 au 15 décembre).

⁹⁶⁷ SÉNAT (BENBASSA, E. et LECERF, J-R.), *Rapport d'information fait au nom de la Commission des lois relatif à la lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 51.

⁹⁶⁸ Si la Circulaire du 23 juillet 2013 portant sur la réponse pénale aux violences et discriminations commises à raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre (NOR : JUSD1319893C) mentionne bien la formation des magistrats-référents à la lutte contre les discriminations des parquets et parquets généraux, il s'agit uniquement du module de l'ENM « identité sexuelle, orientation sexuelle et droits » susmentionné.

⁹⁶⁹ ENM, *Catalogue de formation continue*, 2016, p. 31 (EJB11, Paris, 26 au 28 septembre). V. ensuite ENM, *Catalogue de formation continue*, 2017, p. 31 (EJDO1, Paris, 25 au 27 septembre). V. encore CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Rapport 2015*, *op. cit.*, p. 125.

⁹⁷⁰ ENM, *Catalogue de formation continue*, 2017, p. 22 (LANGCIV12, Paris, 24 au 28 avril) : « L'évolution de la jurisprudence et de la législation américaine et européenne en matière de discrimination ».

⁹⁷¹ *Idem*, p. 7 (HJC09, Poitiers, 30 mai au 1^{er} juin) : « Les participants issus des trois fonctions publiques échangeront autour du cadre juridique organisant la lutte contre les discriminations, tout en interrogeant le rôle et les pratiques du service public ».

⁹⁷² ENM, *Catalogue de formation continue*, 2019, p. 8 (HCJ08, Poitiers, 12 au 14 avril). V. ensuite ENM, *Catalogue de formation continue*, 2020, p. 14 (HCJ06, Poitiers, 2 jours).

⁹⁷³ ENM, *Catalogue de formation continue*, 2019, p. 33 (EJC02, Paris, 23 au 25 septembre). Pour la session 2018, v. CNCDH, *Rapport sur la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. 2018*, Paris, La Documentation française, 2019, not. p. 255.

travail » (2019-2020)⁹⁷⁴, et d'une autre sur « Des discriminations à la haine : juger des préjugés et de l'hostilité » (2020)⁹⁷⁵. Sous réserve de ne pas s'étioler et de poursuivre son enrichissement salubre, cette dynamique participe également à une meilleure connaissance du dispositif antidiscriminatoire. Elle se trouve par ailleurs appuyée par l'implication croissante du Défenseur des droits qui dispense des sessions de formation aux acteurs judiciaires⁹⁷⁶.

261. Quant à la formation des fonctionnaires, elle a, elle aussi, récemment été amorcée après des années d'inaction caractérisée. Le 17 décembre 2013, la ministre en charge de la Fonction publique et le Défenseur des droits⁹⁷⁷ ont signé la Charte pour la promotion de l'égalité et la lutte contre les discriminations dans la fonction publique⁹⁷⁸, qui invite à la mise en place d'un module de sensibilisation aux enjeux de la diversité et à la lutte contre les discriminations. Ce module, obligatoire et commun à tous les nouveaux agents de l'État⁹⁷⁹ (*i.e.* seulement aux nouveaux agents et seulement aux agents de l'État), d'une durée d'une journée, porte sur « les valeurs de la République, les Droits de l'Homme, la lutte contre les stéréotypes et les préjugés [ainsi que] sur les comportements qui seront attendus d'eux, à ces égards, dans l'exercice de leurs fonctions »⁹⁸⁰. Une insistance particulière porte sur l'explication des notions de discrimination, de diversité, de racisme et d'antisémitisme ainsi que sur la provocation d'une prise de conscience chez les futurs agents de l'État de leurs propres stéréotypes, préjugés et schémas mentaux⁹⁸¹. À terme, est visée l'obtention par le ministère de la Fonction publique et de la réforme administrative du label Diversité après

⁹⁷⁴ ENM, *Catalogue de formation continue*, 2019, p. 28 (VED05, Paris, 21 au 25 octobre) : « Présentation des différentes formes de discrimination et de harcèlement au travail, sur le plan pénal et civil, complétée par une description des obligations de l'employeur. Un focus sera fait sur l'office du juge et le mécanisme probatoire en la matière ». V. ensuite ENM, *Catalogue de formation continue*, 2020, p. 31 (VEC02, Paris, 12 au 16 octobre).

⁹⁷⁵ ENM, *Catalogue de formation continue*, 2020, p. 14 (HCJ07, Paris, 22 au 24 avril et 21 au 23 octobre) : « Sensibiliser à l'histoire, la sociologie et la psychologie des préjugés raciaux, antisémites, sexistes, et généralement hostiles, afin de mieux traiter judiciairement les contentieux liés à ces préjugés et leurs manifestations de haine ».

⁹⁷⁶ V. ici SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 537-538.

⁹⁷⁷ Le Défenseur des droits et l'École supérieure de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche ont signé le 2 décembre 2014 une convention de partenariat en vue du développement d'action de formation. Depuis 2015, le Défenseur des droits a lui aussi multiplié les formations ponctuelles devant de nombreux acteurs publics concernés par la lutte contre les discriminations (*e.g.* élèves gardiens de la paix, ENM, ENA, Barreau, École nationale supérieure de la police, Cour de cassation, cour d'appel, etc.).

⁹⁷⁸ En prolongement de la Charte pour la promotion de l'égalité dans la Fonction publique du 2 décembre 2008.

⁹⁷⁹ La formation a lieu lors du premier passage dans une école de formation initiale ou au cours de l'année suivant l'affectation et au sein de l'administration d'accueil pour les agents n'ayant pas suivi de formation initiale.

⁹⁸⁰ IRA DE NANTES, « Conducteur pédagogique de la formation des formateurs », p. 2, en ligne [URL : http://www.ira-nantes.gouv.fr/fileadmin/user_upload/institut/Diversite_et_lutte_contre_les_discriminations/IRA_de_Nantes._Conducteur_pedagogique_de_la_formation_de_formateurs._Mai_2015.pdf].

⁹⁸¹ *Ibidem*. Pour ce faire, des formateurs internes ont initialement été formés durant trois jours dans l'un des cinq instituts régionaux d'administration (V. MINISTÈRE DE LA DÉCENTRALISATION ET DE LA FONCTION PUBLIQUE, *Bilan de la Charte pour la promotion de l'égalité et la lutte contre les discriminations dans la fonction publique*, 2015, p. 21. V. encore IRA DE NANTES, « Présentation de l'action de sensibilisation à la diversité et à la lutte contre les discriminations », en ligne [URL : <http://www.ira-nantes.gouv.fr/index.php?id=455&type=123>]. Un sixième de leur formation est explicitement consacré au cadre juridique (initiation au raisonnement juridique, études de cas, laïcité au prisme du droit, etc.). Pour un total de 3h sur les 18h que comprend la formation. V., IRA DE NANTES, « Conducteur pédagogique de la formation des formateurs », *op. cit.*, p. 2. En 2015, 120 formateurs avaient été formés.

audit de l'AFNOR⁹⁸². Si un réel processus de formation des fonctionnaires a été implanté, il pourrait être prolongé par la généralisation de ces enseignements aux fonctionnaires des trois fonctions publiques dans le cadre des formations initiales et continues⁹⁸³. Avant même qu'un processus de diffusion du droit se mette en mouvement pour publier les textes, former les citoyens et les autorités d'application du droit, l'accessibilité matérielle du droit dépend également, comme le soulignait le Conseil constitutionnel, de considérations légistiques liées à la lisibilité et à la non-complexité excessive du droit de la non-discrimination. Sur ce point, les carences demeurent nombreuses et pourraient susciter l'intervention du législateur.

II. La difficile lisibilité du droit de la non-discrimination

262. Marie-Anne Frison-Roche et William Baranès considèrent qu'une loi est intelligible « lorsqu'une personne ordinaire qui en prend connaissance comprend les droits et les libertés que la loi concrétise à son profit ou à son encontre, et mesure également les moyens d'effectivité de ceux-ci, notamment le mode contentieux de leur protection »⁹⁸⁴. L'intelligibilité est en somme appréciée au regard des capacités du destinataire⁹⁸⁵ et non de l'autorité normative⁹⁸⁶. Ce point de vue entraîne un recadrage de l'intelligibilité autour de la lisibilité du droit, de sa compréhensibilité⁹⁸⁷, car « seule la loi claire, simple, limpide, transparente, compréhensible de tous peut être respectée, devenir efficace et assurer ce que l'on peut attendre du droit »⁹⁸⁸. La considération du droit de la non-discrimination à la lueur de ces exigences force le constat d'une double fragmentation du dispositif juridique, matérielle et formelle, qui façonne son excessive complexité⁹⁸⁹ (A). Les

⁹⁸² Dans la mesure où le Gouvernement s'est engagé à ce que « d'ici fin 2016, tous les ministères [soient] labellisés après révision de leurs processus de gestion ». V. PREMIER MINISTRE, *Égalité et citoyenneté : la République en actes. Réunion interministérielle du 6 mars 2015*, p. 30. Entre cette déclaration et le 1^{er} octobre 2019, seuls deux ministères ont obtenu ledit label, à savoir le ministère de la Culture en 2017 et le ministère de l'Intérieur en 2018. Sur ce point, v. MINISTÈRE DE L'ACTION ET DES COMPTES PUBLICS, « Le label diversité dans la fonction publique – 15/10/19 », [URL : <https://www.fonction-publique.gouv.fr/label-diversite-dans-la-fonction-publique>].

⁹⁸³ Pour un aperçu de la fragmentation des initiatives en matière de formation, v. MINISTÈRE DE LA DÉCENTRALISATION ET DE LA FONCTION PUBLIQUE, *Bilan de la Charte pour la promotion de l'égalité et la lutte contre les discriminations dans la fonction publique*, *op. cit.*, p. 26-41.

⁹⁸⁴ FRISON-ROCHE, M-A. et BARANÈS, W., « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D.*, 2000, p. 361 et s., § 23. V. aussi § 19 à 21 et not. : « L'intelligibilité du droit se définit par rapport à la compréhension effective que le destinataire en a ».

⁹⁸⁵ Sur l'idéal type du destinataire « moyen » auquel le législateur doit se référer pour apprécier ce point de vue externe, v. not. MOLFESSIS, N., « Simplification du droit et déclin de la loi », *RTD civ.*, 2004, p. 155, § 21 et § 49. Et pour un point de vue critique, v. RRAPI, P., *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 24.

⁹⁸⁶ Sur cette distinction, v. JENNEQUIN, A., « L'intelligibilité de la norme dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *loc. cit.*

⁹⁸⁷ LASSERRE-KIESOW, V., « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXI^e siècle », *D.*, 2002, p. 1157

⁹⁸⁸ MALAURIE, P., « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs*, n° 114, 2005/3, p. 131.

⁹⁸⁹ MEDARD INGHILTERRA, R., « Fragmentation et défragmentation du droit antidiscriminatoire », *RevDH*, n° 15, 2019, ou encore, pour une version courte, MEDARD INGHILTERRA, R., « Face à la fragmentation matérielle et formelle, plaider la consolidation du droit antidiscriminatoire en France », *Les Cahiers de la LCD*, n° 6, 2018/1, p. 37 à 55.

législateurs étrangers qui ont envisagé la consolidation comme facteur de réception, de simplification et de réalisation du droit de la non-discrimination⁹⁹⁰, expriment en réaction une réponse intéressante. Une telle entreprise, en France, permettrait de remédier à une situation légistiquement insatisfaisante et préjudiciable à la lisibilité du droit par ses destinataires (B).

A. Le constat d'une double fragmentation du droit de la non-discrimination

263. À défaut de pouvoir interroger la lisibilité de chaque énoncé, le droit de la non-discrimination peut être envisagé dans son ensemble, en tant que corpus juridique. À cette échelle, tant son homogénéité matérielle que sa concentration formelle semblent particulièrement conditionner sa lisibilité. Après avoir présenté la dilution des « textes sources »⁹⁹¹ sous l'angle de la fragmentation formelle (1), la pluralité des régimes de protection et leur hétérogénéité seront analysées à travers le prisme de la fragmentation matérielle (2). Cette analyse débouche sur le constat d'une complexité excessive du droit de la non-discrimination.

1) La fragmentation formelle et la dispersion des règles de droit

264. Le droit de la non-discrimination applicable en France repose en premier lieu sur les instruments juridiques internationaux : la DUDH (1948), le PIDCP (1966), le PIDESC (1966), la Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (1969), celle sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1981), celle relative aux droits des personnes handicapées (2008) ou encore la Convention n° 100 de l'OIT concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et féminine pour un travail de valeur égale, sans oublier la Convention n° 111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession. S'ajoute à ces dispositions internationales un corpus juridique issu du droit européen et du droit communautaire. Il s'agit principalement de l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, de l'article 14 de la Convention EDH, de l'article 119 du Traité de Rome⁹⁹² et de l'article 13 du Traité d'Amsterdam⁹⁹³. À ces textes, situés cœur de la

⁹⁹⁰ V. en ce sens DRAGONE, S., « La codification communautaire : technique et procédure », *in* MORAND, C-A. (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence, PUAM, 1997.

⁹⁹¹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, V. et MILLARD, É., « Efficacité et énoncé de la norme », *op. cit.*, p. 68.

⁹⁹² « Chaque État membre assure au cours de la première étape, et maintient par la suite, l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail ».

⁹⁹³ Art. 13 TCE devenu art. 19 TFUE : « Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

construction européenne, s'ajoutent plusieurs directives spécifiques du Conseil – partiellement transposées – telles la directive 76/207/CEE (égalité de traitement entre les hommes et les femmes), la directive 97/80/CE (charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe), la directive 2000/43/CE (race et origine ethnique), la directive 2000/78/CE (emploi), la directive 2002/73/CE (égalité femmes/hommes et emploi), la directive 2004/113/CE (égalité femmes/hommes pour l'accès et la fourniture de biens et services) ou encore la directive 2006/54/CE dite « refonte » (égalité femmes/hommes et emploi).

265. Ces textes, aussi épars que cruciaux, doivent être lus et combinés avec les dispositions issues de l'ordre juridique interne. Il est en premier lieu question des énoncés du bloc constitutionnel : Constitution du 5 octobre 1958 (article 1), préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (alinéas 1, 3 et 5), DDHC (articles 1 et 6). Il s'agit ensuite de ce qui pourrait être désigné comme le « cœur législatif » du droit de la non-discrimination, soit les articles 225-1 à 225-4 du Code pénal, les articles L. 1131-1 à L. 1134-5 du Code du travail, la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (articles 6 à 6 *ter*), ainsi que la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Ces derniers éléments se trouvent codifiés ou consolidés⁹⁹⁴ au sein de textes identifiables et relativement lisibles, en soi. L'accessibilité du droit de la non-discrimination serait alors relativement aisée si les énoncés juridiques y concourant ne s'épanchaient pas de manière hémorragique au-delà des textes susmentionnés.

266. Régulièrement, des lois se succèdent pourtant pour inscrire des avancées supplémentaires qui peuvent être saluées sur le fond, mais qui sur la forme, se font au prix d'une fragmentation du droit de la non-discrimination. Il est question, *a minima*, d'une vingtaine de lois, de natures extrêmement diverses : lois n^{os} 72-546⁹⁹⁵, 72-1143⁹⁹⁶, 82-689⁹⁹⁷, 83-635⁹⁹⁸, 90-615⁹⁹⁹, 89-462¹⁰⁰⁰, 87-517¹⁰⁰¹, 2000-

⁹⁹⁴ Bien qu'elle ne vise pas la lutte contre les discriminations en tant qu'objet principal, la loi du 13 juillet 1983 constitue une loi de consolidation du régime statutaire applicable aux fonctionnaires. Quant à la loi du 27 mai 2008, les modifications récentes permettent progressivement d'orienter son statut, de celui de loi de transposition vers celui de loi antidiscriminatoire généraliste applicable en droit administratif, en droit civil et en droit du travail. À cet égard, voir MEDARD INGHILTERRA, R., « Le droit à la non-discrimination fait peau neuve : considérations sur les incidences de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *loc. cit.*

⁹⁹⁵ Loi n^o 72-546 du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme.

⁹⁹⁶ Loi n^o 72-1143 du 22 décembre 1971 relative à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes.

⁹⁹⁷ Loi n^o 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise.

⁹⁹⁸ Loi n^o 83-635 du 13 juillet 1983 portant modification du Code du travail et du Code pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

⁹⁹⁹ Loi n^o 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe.

¹⁰⁰⁰ Loi n^o 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

¹⁰⁰¹ Loi n^o 87-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés.

493¹⁰⁰², 2001-397¹⁰⁰³, 2001-1066¹⁰⁰⁴, 2002-73¹⁰⁰⁵, 2003-88¹⁰⁰⁶, 2004-204¹⁰⁰⁷, 2005-102¹⁰⁰⁸, 2005-843¹⁰⁰⁹, 2006-340¹⁰¹⁰, 2006-396¹⁰¹¹, 2008-496¹⁰¹², 2011-333¹⁰¹³, 2011-334¹⁰¹⁴, 2014-873¹⁰¹⁵, 2016-1547¹⁰¹⁶, 2017-90¹⁰¹⁷. La simple lecture de cet égrenage, qui se borne à une approche législative non exhaustive¹⁰¹⁸, illustre la dimension fastidieuse à laquelle se trouve confronté celui qui désire prendre connaissance du contenu du droit de la non-discrimination¹⁰¹⁹. D'autant plus si l'on considère qu'il ne s'agit là que de la simple identification de textes sources et non des dispositions précises qui, seules, demeurent en mesure d'en fournir la substance. Or, au creux des textes sources identifiés, cette substance se trouve fréquemment dans un état de dilution avancé.

267. Au sein des lois susmentionnées, la concentration des énoncés antidiscriminatoires apparaît en effet extrêmement variable. Certaines lois sont entièrement composées d'énoncés pertinents (*e.g.* loi n° 2008-496). D'autres ne concernent la lutte contre les discriminations que de manière connexe, voire incidente (*e.g.* lois n°s 2002-73, 89-462). Par ailleurs, douze des lois identifiées ci-dessus sont composées exclusivement de dispositions codifiées¹⁰²⁰ et sont en conséquence uniquement porteuses de règles de droit immergées dans un autre instrument juridique que la loi

¹⁰⁰² 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.

¹⁰⁰³ Loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

¹⁰⁰⁴ Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

¹⁰⁰⁵ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale.

¹⁰⁰⁶ Loi n° 2003-88 du 3 février 2003 visant à aggraver les peines punissant les infractions à caractère raciste, antisémite ou xénophobe.

¹⁰⁰⁷ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

¹⁰⁰⁸ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

¹⁰⁰⁹ Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique.

¹⁰¹⁰ Loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes.

¹⁰¹¹ Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances.

¹⁰¹² 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.

¹⁰¹³ Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

¹⁰¹⁴ Loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

¹⁰¹⁵ Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

¹⁰¹⁶ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

¹⁰¹⁷ Loi n° 2017-90 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté.

¹⁰¹⁸ En outre, s'ajoutent à ces sources légales des sources réglementaires dont : le décret n° 2003-1164 du 8 décembre 2003 portant création du comité interministériel de lutte contre le racisme et l'antisémitisme ; le décret n° 2006-945 du 28 juillet 2006 relatif à l'Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances ; le décret n° 2008-799 du 20 août 2008 relatif à l'exercice par des associations d'actions en justice ; le 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, le décret n° 2014-385 du 29 mars 2014 portant création d'un délégué interministériel à l'égalité républicaine et à l'intégration, etc. Devraient également être soulignées les directives pénales.

¹⁰¹⁹ Pour une approche détaillée, v. FERCOT, C. ET PICHARD, M., « L'identification des motifs de discrimination dans la loi. Étude législative », Colloque annuel ARDIS : *Discriminations : état de la recherche : Critères, catégories et stéréotypes*, 9 octobre 2015.

¹⁰²⁰ Lois n°s 72-546, 83-635, 87-517, 90-615, 2000-493, 2001-397, 2001-1066, 2003-88, 2004-204, 2005-102, 2005-843 et 2006-340.

elle-même. L'accessibilité cognitive aux règles de droit pertinentes s'en trouve complexifiée dès lors que leur contenu, souvent technique, doit être appréhendé dans un cadre spécifique¹⁰²¹. Quant aux lois restantes, huit sont des lois « mixtes », alternant entre dispositions codifiées et non codifiées¹⁰²², et trois seulement sont composées de dispositions non codifiées parmi lesquelles figure la loi organique relative au Défenseur des droits¹⁰²³. L'enthousiasme est en conséquence indispensable pour qui souhaite outrepasser la dimension ardue et chronophage de la tâche consistant à dresser, à la suite du dépouillement méticuleux de ces lois, une liste exhaustive des énoncés pertinents et représentatifs de ce que serait le droit de la non-discrimination actuel. En bout de course, persistent le « cœur législatif » et une liste d'énoncés sporadiquement attachés aux divers codes ou lois de consolidation ayant pour objet une thématique autre que la lutte contre les discriminations.

268. Si la matière, relativement conséquente, permet de conclure à l'existence d'un corpus juridique substantiel, celui-ci n'est en revanche que le fruit d'une institutionnalisation sauvage qui impacte négativement sa présentation formelle et sa lisibilité. Serge Slama souligne à cet égard « une profusion contre-productive des textes antidiscriminatoires » ainsi qu'une « stratification des textes sans grande lisibilité »¹⁰²⁴. Après une analyse méticuleuse des avancées en droit pénal, social, public et communautaire, il considère que « l'appareil normatif antidiscriminatoire actuel n'est pas le résultat d'une réflexion visant à lui assurer une certaine unité mais constitue uniquement le résultat de différentes couches et sous-couches législatives qui se sont accumulées ces trente dernières années rendant peu lisible ce droit »¹⁰²⁵. Il en conclut que « cette complexité du droit de la non-discrimination résultant de la stratification législative constitue un des facteurs d'ineffectivité de ces normes »¹⁰²⁶. Nous souscrivons pleinement à cette analyse du processus de stratification désordonné des règles de droit comme facteur d'ineffectivité du droit de la non-discrimination, dans la mesure où la complexité et l'illisibilité subséquentes du droit, y compris pour les praticiens¹⁰²⁷, ne favorisent ni sa réception ni sa mobilisation. C'est ce que confirme Bernard Bossu lorsqu'il énonce que les sources du droit de la non-discrimination « constituent un magma

¹⁰²¹ Sur les externalités négatives du recours aux renvois appréciées au regard des exigences légistiques, v. FLÜCKIGER, A., *(Re)faire la loi, op. cit.*, p. 562-564.

¹⁰²² Lois n^{os} 82-689, 2002-73, 2006-396, 2008-496, 2011-334, 2014-873, 2016-1547 et 2017-86.

¹⁰²³ Lois n^{os} 72-1143, 89-462 et 2011-333.

¹⁰²⁴ SLAMA, S., « La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ? », *RevDH*, n^o 9, 2016.

¹⁰²⁵ *Ibidem*.

¹⁰²⁶ *Ibidem*. V. aussi SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi, op. cit.*, p. 209 : « La multiplication des sources juridiques contribue à rendre les termes du dispositif anti-discrimination difficilement saisissables. Son efficacité en pâtit. Pire, l'intelligibilité de la discrimination apparaît inversement proportionnée à la quantité de texte la sanctionnant ».

¹⁰²⁷ V. CALVÈS, G., « Justice : rendre effectif le droit à la non-discrimination », *op. cit.*, p. 75 : « le droit de la non-discrimination est progressivement devenu illisible, même pour les praticiens ».

pléthorique à l'usage duquel les plaideurs et les juridictions d'appel sont peu accoutumées »¹⁰²⁸. En entravant la réception et la mobilisation du droit, la dispersion formelle de ces dispositions freine donc leur contribution au processus de réalisation. Cette dilution formelle du droit de la non-discrimination, causée par la multiplicité et l'éclatement des textes sources, se trouve doublée d'une fragmentation matérielle liée à la disparité des régimes juridiques.

2) La fragmentation matérielle et l'hétérogénéité des règles de droit

269. L'étude du droit de la non-discrimination révèle de surcroît une certaine hétérogénéité substantielle préjudiciable à sa lisibilité et à sa compréhensibilité. Il en va ainsi en premier lieu de la différenciation des prescriptions juridiques en fonction de la nature, publique ou privée, du destinataire de la règle. Cette différenciation est d'autant plus importante qu'elle affecte la prohibition même de la discrimination. Comme relevé préalablement, la diversité des définitions de la discrimination en droit interne crée un décalage entre, d'une part, les protections accordées aux travailleurs soumis au Code du travail, pour l'essentiel des salariés du secteur privé, et, d'autre part, celles concédées aux fonctionnaires soumis au droit statutaire¹⁰²⁹. L'article L. 1132-1 du Code du travail énonce une protection structurée autour de vingt-six motifs énumérés de discrimination, quand les articles 6 et 6 *bis* de la loi Le Pors du 13 juillet 1983 ne protègent les fonctionnaires qu'à raison de dix-sept motifs. De même, *quid* des protections additionnelles offertes par les articles L. 1132-2 (interdiction de la discrimination en raison de l'exercice normal du droit de grève), L. 1132-3-1 (en raison de l'exercice des fonctions de juré ou de citoyen assesseur) et L. 1132-3-2 (pour avoir refusé, en raison de son orientation sexuelle une mutation géographique dans un État incriminant l'homosexualité)¹⁰³⁰ ? Celles-ci demeurent à ce jour complètement ignorées de la loi Le Pors¹⁰³¹. Par ailleurs, bien que leur énumération soit indicative, les matières pour lesquelles la discrimination dans l'emploi – public ou privé – est explicitement prohibée par ces instruments diffèrent¹⁰³². Le problème n'est pas tant que ces différences coexistent au sein d'un même ordre

¹⁰²⁸ BOSSU, B. (dir.), *Les discriminations dans les relations de travail devant les cours d'appel. La réalisation contentieuse d'un droit fondamental*, Centre de recherche Droits et Perspectives du Droit de l'Université de Lille 2, rapport réalisé avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, 2014, p. 77. V. encore p. 114 : « La dispersion des textes favorise aussi le manque de lisibilité des règles ».

¹⁰²⁹ Doit toutefois être salué le renforcement de la loi du 27 mai 2008, offrant un régime commun aux fonctionnaires soumis au droit statutaire, à ceux soumis au Code du travail ainsi qu'aux travailleurs soumis à ce même code.

¹⁰³⁰ La protection énoncée par l'art. L. 1132-3 (pour avoir témoigné ou pour avoir relaté des agissements de discrimination) est quant à elle reprise à l'art. 6, al. 5, 3°. Celle énoncée par l'art. L. 1132-3-3 (pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions) est reprise par l'art. 6 *ter* A de la loi du 13 juillet 1983.

¹⁰³¹ Sur ce point, v. entre autres SLAMA, S., « La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ? », *loc. cit.*

¹⁰³² S'ils se rejoignent pour cibler la rémunération, la formation, la promotion, l'affectation et la mutation, seule la loi Le Pors cible le recrutement, la titularisation, l'évaluation, la notation et la discipline. Quant à l'article L. 1132-1 du

juridique mais qu'elles soient dénuées de justification objective. Les répercussions négatives sur la lisibilité du droit apparaissent en conséquence largement superfétatoires.

270. Jusqu'en novembre 2016, date à laquelle est entrée en vigueur la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle¹⁰³³, la fragmentation matérielle du droit de la non-discrimination résultait également d'une applicabilité variable des différents motifs de discrimination. La perte d'autonomie, les convictions ou la maternité ne relevaient pas de la protection du régime pénal¹⁰³⁴. En droit civil et en droit administratif, seuls les motifs de l'ethnie, de la race, de la grossesse et de la maternité trouvaient à s'appliquer en matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès et de fourniture de biens et services au sens de la loi du 27 mai 2008. Les autres motifs se bornaient quant à eux au champ d'application de la directive 2000/78/CE relative à l'emploi¹⁰³⁵. Exceptionnellement, le motif du sexe jouissait d'un statut hybride et voyait son champ d'application gracieusement étendu à l'accès et à la fourniture de biens et services. C'est une « transposition aveugle »¹⁰³⁶ qui fut à cet égard – et à juste titre – dénoncée, en ce qu'elle aboutissait à l'instauration d'une « hiérarchie entre les discriminations »¹⁰³⁷ et fut perçue comme une volonté de « "hiérarchiser" les victimes, et encourager la concurrence entre elles »¹⁰³⁸. Cette incohérence nuisait, là encore, à la clarté du droit de la non-discrimination de manière superfétatoire en alimentant la variabilité des protections en fonction des caractéristiques protégées.

271. Au-delà des protections antidiscriminatoires variables au titre de l'interdiction de la discrimination, les modalités de déclenchement de l'action dans le cadre de l'exercice du droit à la non-discrimination prolongent le constat. La fragmentation matérielle serait ici illustrée par l'habilitation variable des associations à exercer les droits de la partie civile. Alors que l'article 225-1 du Code pénal énonce vingt-trois motifs énumérés, le Code de procédure pénale habilite les associations à exercer les droits de la partie civile pour treize de ces motifs seulement¹⁰³⁹. Il s'appuie pour ce faire sur quatre dispositions d'habilitation distinctes¹⁰⁴⁰, qui ne posent pas les mêmes

Code du travail, il préfère souligner l'interdiction de la discrimination au regard des mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de reclassement, de qualification, de classification ou de renouvellement de contrat.

¹⁰³³ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la Justice du XXI^e siècle.

¹⁰³⁴ Le motif de grossesse étant toutefois mentionné à l'alinéa 1 de cet article mais absent de son alinéa 2.

¹⁰³⁵ Les motifs du patronyme, de l'apparence physique, de la situation de famille, des caractéristiques génétiques, des mœurs, des opinions politiques, des activités syndicales, de l'appartenance à une nation ou de la perte d'autonomie étaient quant à eux exclus des domaines d'application de l'article 2 de la loi du 27 mai 2008 qui renforce la protection civile au-delà du secteur de l'emploi.

¹⁰³⁶ Martine Pinville (députée socialiste) JORF, mercredi 26 mars, n° 15 [2] AN (CR), 2008, p. 920.

¹⁰³⁷ *Ibidem*.

¹⁰³⁸ *Ibidem*.

¹⁰³⁹ Origine nationale, ethnie, race, religion, sexe, mœurs, orientation sexuelle, identité de genre, état de santé, handicap, âge, particulière vulnérabilité économique et situation de famille.

¹⁰⁴⁰ V. art. 2-1, 2-6, 2-8 et 2-10 du CPP.

exigences en matière de consentement de la victime pour que l'action soit recevable¹⁰⁴¹. Cette hétérogénéité se retrouve lorsque sont envisagées les conditions d'habilitation cloisonnées et divergentes des associations et des syndicats pour exercer une action de substitution en droit du travail¹⁰⁴². Elle revient, à nouveau, lorsqu'est considérée l'instauration de plusieurs dispositifs – et non d'un dispositif uni – en matière d'action de groupe¹⁰⁴³. Lorsque le régime de preuve retient l'attention, on s'étonnera de la mention explicite de la règle de l'aménagement de la charge de la preuve dans certains domaines qui échappent au « cœur législatif » du droit de la non-discrimination (e.g. article 1 de la loi du 6 juillet 1989 pour l'accès au logement) mais pas dans d'autres (e.g. Code de santé publique pour l'accès aux soins)¹⁰⁴⁴. Naturellement, le requérant devra, de surcroît, tenir compte de l'existence de justifications légalement admissibles aux discriminations *prima facie* qui fluctuent en fonction des motifs de discrimination et des matières civile, prud'homale ou pénale. Il devra, bien entendu, en complément, être averti que le régime de justification varie en fonction du type de discrimination, directe ou indirecte¹⁰⁴⁵. Force est de constater que la fragmentation matérielle n'est pas un phénomène légistique épisodique en droit de la non-discrimination. Bon nombre de ces divergences ne sont, au demeurant, pas pertinentes, ce que nous nous efforcerons de démontrer ci-après.

272. Le phénomène caractérise également les dispositions relatives à la promotion de l'égalité. En fonction de la nature, publique ou privée, de la personne morale, les obligations diffèrent. L'obligation de formation quinquennale à la non-discrimination imposée aux entreprises de plus de trois cents salariés et à celles spécialisées dans le recrutement¹⁰⁴⁶ ne s'applique pas, par exemple, à la fonction publique. Seuls certains employeurs publics qui ont ratifié la Charte pour la promotion de l'égalité dans la fonction publique s'engagent volontairement à assurer « des actions de formation ou de sensibilisation adaptées ». Cet équivalent n'est toutefois ni généralisé ni obligatoire. Inversement, la loi impose au Gouvernement de publier tous les deux ans un rapport faisant état de la prise en compte de la diversité dans les trois fonctions publiques¹⁰⁴⁷, alors que les entreprises

¹⁰⁴¹ V. par contraste aux autres dispositions la formule de l'al. 2 de l'art. 2-6 du CPP qui limite l'exigence de consentement seulement lorsque la discrimination se traduit par un harcèlement.

¹⁰⁴² Sur ce point, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, I, A, 2) et B, 1).

¹⁰⁴³ Sur ce point, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, II, B, 1).

¹⁰⁴⁴ Sur ce point, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, I, A, 1).

¹⁰⁴⁵ V. ici Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

¹⁰⁴⁶ Art. L. 1131-2 du Code du travail, créé par l'art. 214 de la loi n° 2017-90 relative à l'égalité et à la citoyenneté (« Dans toute entreprise employant au moins trois cents salariés et dans toute entreprise spécialisée dans le recrutement, les employés chargés des missions de recrutement reçoivent une formation à la non-discrimination à l'embauche au moins une fois tous les cinq ans »).

¹⁰⁴⁷ Art. 158 de la loi n° 2017-90 relative à l'égalité et à la citoyenneté. V. la première édition : MINISTÈRE DE L'ACTION ET DES COMPTES PUBLICS (DIRECTION GÉNÉRALE DE L'ADMINISTRATION ET DE LA FONCTION PUBLIQUE), *Rapport relatif à la lutte contre les discriminations et à la prise en compte de la diversité de la société française dans la fonction publique*, Paris, DGAFP, 2019.

sont exemptées de cette obligation légale¹⁰⁴⁸. Tout au plus, cela peut être rapproché du sixième point de la Charte de la diversité qui prévoit, pour les seuls signataires, d'inclure dans le rapport annuel d'entreprise « un chapitre descriptif de [l']engagement de non-discrimination et de diversité »¹⁰⁴⁹. En parallèle des obligations légales antidiscriminatoires, la « promotion de la diversité »¹⁰⁵⁰ s'avère un terreau fertile à la prolifération des « bonnes pratiques », des « initiatives », des « dispositifs *ad hoc* », des « plans », des « chartes », des « labels » et des accords¹⁰⁵¹. Ces « boîtes à outils de la diversité »¹⁰⁵², ainsi que, plus généralement, la multiplication d'initiatives et de dispositifs en dehors du cadre légal, s'avèrent également vectrices de confusion. Leur développement fut accéléré au moment de l'adoption des directives communautaires et de l'émergence du corpus juridique interne en droit de la non-discrimination. Certaines analyses ont estimé que, « dans ce contexte de *hard law*, on comprend mieux l'enjeu et l'intérêt pour les entreprises de s'engager dans des *soft law* de la diversité pour prévenir des recours en discrimination »¹⁰⁵³. Ce contexte particulier caractérise, en plus de la fragmentation matérielle du droit de la non-discrimination, sa cohabitation avec des instruments concurrents de *soft law*. La « mise à distance du droit »¹⁰⁵⁴ à laquelle procèdent ces instruments se mue alors en source de

¹⁰⁴⁸ À défaut d'un contenu ambitieux, il est toutefois possible de saluer en parallèle le rapprochement des régimes concernant certaines règles de droit visant à favoriser l'égal accès à l'emploi. L'imposition d'un taux de féminisation de 40 % minimum au sein des conseils d'administration a en effet été harmonisée entre d'une part les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions cotées en bourse de plus de cinq cents salariés, les sociétés de plus de cinq cents salariés bénéficiant d'un chiffre d'affaires de plus de cinquante millions d'euros (art. 1 de la loi n° 2010-103 du 27 janvier 2011) et, d'autre part, les établissements publics (art. 52 de la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012). Il en va de même de la généralisation de l'obligation d'emploi à hauteur de 6 % des travailleurs handicapés, mutilés de guerre et assimilés entre d'une part, toutes les entreprises (art. L. 5212-2 du Code du travail) et, d'autre part, l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics (art. L. 323-2 du Code du travail).

¹⁰⁴⁹ De même, pour les bénéficiaires du Label Diversité décerné par l'AFNOR, certaines mesures équivalentes peuvent trouver à s'appliquer. Sont en outre susceptibles d'exister entre les entreprises diverses obligations légales en fonction du nombre de salariés ou du chiffre d'affaires (*e.g.* de plus de trois cents ou cinq cents salariés, disposant d'un chiffre d'affaires de plus de cinquante millions d'euros ou non) qui ne permettent pas non plus d'unifier les régimes juridiques pour des destinataires de même nature. Les causes de cette fragmentation se logent pour partie au niveau de l'Union européenne (par exemple, la directive 2014/95/UE du Parlement européen 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).

¹⁰⁵⁰ V. not. LANQUETIN, M.-T., « Discrimination », *Répertoire de droit du travail*, janvier 2010 (actualisation : avril 2019), § 84-92. V. encore GAURIAU, B., « Les accords collectifs relatifs à la diversité », *Droit social*, 2008, p. 1060 et s. V. surtout PEYRONNET, M., *La diversité : étude en droit du travail*, thèse dactylographiée, Université de Bordeaux, 2018, 419 p.

¹⁰⁵¹ V. MINISTÈRE DE L'IMMIGRATION, DE L'INTÉGRATION, DE L'IDENTITÉ NATIONALE ET DU DÉVELOPPEMENT SOLIDAIRE, *La promotion de la diversité dans les entreprises*, rapport commandé par le Centre d'analyse stratégique, 2010, p. 23 et s.

¹⁰⁵² BONNARD-PLANCKE, L. et VERKINDT, P.-Y., « Égalité et diversité : quelles solutions ? », *Droit social*, 2006, p. 968 et s.

¹⁰⁵³ JUNTER, A. et SÉNAC-SLAWINSKI, R., « La diversité : sans droit ni obligation », *Revue de l'OFCE*, n° 114, 2010/3, p. 176. Sur le développement des instruments de promotion de la diversité comme « prévention du risque juridique », v. aussi MONCHATRE, S., « Petits arrangements avec la diversité. Le recrutement entre marché et mobilisation salariale », *Revue française de sociologie*, vol. 55, 2014/1, p. 45-47.

¹⁰⁵⁴ DOYTICHEVA, M., « Usages français de la notion de diversité : permanence et actualité d'un débat », *Sociologie*, vol. 1, 2010/4. V. aussi BERENI, L. et CHAPPE, V.-A., « La discrimination, de la qualification juridique à l'outil sociologique », *op. cit.*, p. 30 : « le développement du discours de la "promotion de la diversité", à partir du milieu des années 2000, ne relève pas tant d'une internalisation du droit que de sa mise à distance. Les recherches sur l'émergence de cette catégorie ont souligné à quel point elle est liée au refoulement de la dimension juridique du cadre antidiscriminatoire ».

tension entre, d'une part, une législation moderne et imparfaite à la recherche de son effectivité et, d'autre part, une régulation accommodante présentée comme plus efficace en raison de son adéquation aux logiques du monde entrepreneurial¹⁰⁵⁵. L'empire de la loi se trouve supplanté par celui des objectifs managériaux¹⁰⁵⁶ et la démultiplication des sources de régulation ou de réglementation contribue, elle aussi, à complexifier la lisibilité du droit et l'identification des normes juridiques. Jacques Chevallier évoquait à cet égard un « droit flou » qui « perd de sa précision » pour se parer « d'incertitude et d'indétermination »¹⁰⁵⁷.

273. Plus largement, comme le rappelle Bruno Oppetit, le droit moderne en France – et le droit de la non-discrimination ne saurait y faire exception – « se compose désormais d'une myriade de lois spéciales et catégorielles, changeantes car résultant de compromis fragiles entre intérêts antagonistes des groupes sociaux ou économiques : ces textes prétendent s'ériger en innombrables micro-systèmes autonomes les uns à l'égard des autres, sans la contrainte d'obéir à une rationalité globale »¹⁰⁵⁸. À l'auteur de conclure : « on ne saurait manquer de déplorer un pareil désordre législatif et réglementaire en ce qu'il révèle la perte de maîtrise des gouvernants sur l'évolution du système juridique »¹⁰⁵⁹. Les quelques manifestations d'hétérogénéité des régimes de protection relevées ci-dessus ne font qu'illustrer ce phénomène global de fragmentation matérielle appliquée au droit de la non-discrimination. De ce constat semble émerger la nécessité pressante d'une défragmentation du droit de la non-discrimination afin de favoriser son intelligibilité et renforcer son accessibilité.

¹⁰⁵⁵ Gwénaële Calvès considère que « le choix d'une démarche partenariale – matérialisé notamment par le recours à la technique de la "charte" (charte de parrainage, de non-discrimination, de déontologie...) – a considérablement fragilisé les fondements d'une norme [juridique de non-discrimination, NDLR] implicitement présentée comme négociable ». V. CALVÈS, G., « Répression des discriminations : l'adieu aux armes », *op. cit.*, p. 47. V. aussi CALVÈS, G., « "Il n'y a pas de race ici !" Le modèle français à l'épreuve de l'intégration européenne », *Critique internationale*, n° 17, 2002/4, p. 173-186 : « Cette (fausse) "contractualisation" du principe de non-discrimination entend sans doute favoriser une plus grande mobilisation des acteurs sociaux. Elle n'en a pas moins pour effet de fragiliser une norme que les pouvoirs publics renoncent à poser comme valant *a priori* et absolument : les fondements d'un principe soumis à négociation sont par définition *discutables* ».

¹⁰⁵⁶ En l'absence de valeur contraignante, comment ne pas assimiler cette autorégulation à des « alibis tendant à faire croire à une moralisation de la vie économique qui n'existerait que sur le papier » ? (DELMAS-MARTY, M., *Le flou du droit*, Paris, PUF, 2004, p. 149-150). Là encore, v. JUNTER, A. et SÉNAC-SLAWINSKI, R., « La diversité : sans droit ni obligation », *op. cit.*, p. 186 qui évoquent « une stratégie pour limiter les recours en justice pour discrimination ».

¹⁰⁵⁷ CHEVALLIER, J., *L'État post-moderne*, 2^e éd., Paris, LGDI, 2004, p. 123, tel que relevé in MATHIEU, B., « La normativité de la loi : une exigence démocratique », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2007. In *Extensio* : « Ce droit doux (*soft law*), parce que dépourvu de dimension contraignante, est aussi inévitablement un droit flou : formulé en termes d'objectifs, directives ou de recommandations, le droit perd de sa précision ; non seulement se multiplient les termes vagues, tels que "charte" ou "partenariat", mais encore la formulation sous forme de principes ou de standards crée une zone d'incertitude et d'indétermination ».

¹⁰⁵⁸ OPPETTIT, B., « De la codification », in BEIGNIER, B. (dir.), *La codification*, Paris, Dalloz, 1994, p. 11.

¹⁰⁵⁹ *Ibidem*.

B. Les bienfaits d'une consolidation du droit de la non-discrimination

274. Dans l'optique d'une défragmentation du droit de la non-discrimination, c'est essentiellement la pertinence d'une forme de codification qu'il convient d'interroger, entendue *lato sensu* comme la « collection de dispositions légales, portant sur une matière de législation positive déterminée dans ses contours par une idée générale qu'exprime ordinairement le titre donné au code lui-même »¹⁰⁶⁰. Cette seule démarche ne saurait garantir la réalisation du droit tant les facteurs qui agissent et interagissent pour œuvrer – autant que possible – à ce processus sont nombreux¹⁰⁶¹. Dans une perspective légistique, ses effets bénéfiques sur la lisibilité, la clarté et la non-complexité excessive du dispositif juridique considéré renforcent néanmoins l'opportunité du questionnement¹⁰⁶². C'est ce que confirme le Conseil constitutionnel lorsqu'il précise que la codification « répond au demeurant à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de loi »¹⁰⁶³. Les expériences étrangères sont à cet égard riches d'enseignements lorsqu'est envisagé plus particulièrement le droit de la non-discrimination. Elles ont jusque-là privilégié une forme spécifique de codification, à savoir la consolidation, visant la réunion et l'ordonnement de dispositions antidiscriminatoires au sein d'une seule et même loi¹⁰⁶⁴. Ces expériences concrétisent alors les préconisations de la légistique qui érige la consolidation en une réponse à « un besoin de regroupement, de publicité, de simplicité et de cohérence des sources du droit »¹⁰⁶⁵ pour en favoriser la réception et la mobilisation (1). Si bien que l'adéquation entre, d'une part, les carences constatées liées à la double fragmentation du droit de la non-discrimination en France et, d'autre part, les vertus anticipées de la consolidation, confirme la nécessité de prolonger le questionnement par l'action du législateur (2).

1) Les initiatives des législateurs étrangers : un décentrement instructif

275. En écho à la fragmentation du droit de la non-discrimination, le Canada, très tôt, fit le choix de la codification. Chronologiquement, le processus peut être divisé en trois périodes : l'émergence déstructurée des premières lois à partir de 1932, la cristallisation législative par le biais de l'expérience ontarienne du premier Code des droits de la personne en 1962 et, enfin, la propagation dans les deux décennies suivantes de cette innovation au sein des autres provinces. Aussi bien en

¹⁰⁶⁰ OPPEIT, B., *Essai sur la codification*, Paris, PUF, 1998.

¹⁰⁶¹ V. ici RRAPI, P., *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 208 et p. 213.

¹⁰⁶² En ce sens, v. *idem*, p. 217 : « les mécanismes de rationalisation de la production législative ne visent pas à réduire les choix politiques mais à permettre la réalisation de ces choix politiques ».

¹⁰⁶³ CC, Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, cons. 20.

¹⁰⁶⁴ V. OPPEIT, B., « De la codification », *op. cit.*, p. 15-16.

¹⁰⁶⁵ *Idem*, p. 10.

ce qui concerne le phénomène de codification que l'émergence initiale des lois antidiscriminatoires, l'Ontario a véritablement été une province motrice au Canada. Ce *leadership* s'est affirmé dès 1932 avec l'adoption de la première loi antidiscriminatoire, l'*Ontario Insurance Act*, qui interdisait la prise en compte de la race ou des croyances religieuses comme facteurs légitimes de calcul du risque en matière d'assurance. En 1944, le *Racial Discrimination Act* prohiba les publications et affichages qui favorisaient la discrimination raciale dans l'espace public et les propriétés privées. Quant à la Colombie-Britannique, elle se distingua par l'interdiction de la discrimination dans l'attribution de fonds gouvernementaux pour les projets de travaux publics (*Unemployment Relief Act*, 1932) et dans l'administration des programmes d'assistance sociale (*Social Assistance Act*, 1945). À l'exception d'une initiative notable (le *Saskatchewan Bill of Rights Act* de 1947), le reste fut une succession de lois adoptées en Ontario et reprises progressivement par les différentes provinces canadiennes : le *Conveyancing Act* de 1950, qui interdisait les clauses contractuelles restrictives fondées sur la couleur de peau, la race, les croyances et l'origine ethnique – repris la même année par le Manitoba (loi sur les actes translatifs de propriété et le droit des biens) ; le *Fair Employment Practices Act* de 1951, qui interdisait la discrimination fondée sur la race ou la religion dans les pratiques d'embauche et en milieu de travail – repris en moins de cinq années au niveau fédéral et dans six autres provinces¹⁰⁶⁶ ; le *Femal Employees Fair Remuneration Act* de 1951, qui accordait aux femmes une rémunération égale aux hommes pour le même travail – imité en moins de six années par sept autres législateurs provinciaux¹⁰⁶⁷ ; le *Fair Accommodation Practices Act* de 1954, lié à la discrimination dans le domaine du logement¹⁰⁶⁸ – repris en une décennie par cinq législateurs provinciaux¹⁰⁶⁹ ; ou encore l'*Anti-Discrimination Commission Act* de 1958, qui créait pour la première fois une Commission spécialisée chargée de veiller à l'application des lois antidiscriminatoires.

276. Face à l'ineffectivité manifeste de ces lois¹⁰⁷⁰, en 1962, l'Ontario fit néanmoins le choix d'abroger la plupart d'entre elles pour consacrer en lieu et place le premier Code des droits de la personne au Canada. Le contenu des lois abrogées fut intégralement transposé dans ce code qui prohibait la discrimination fondée sur la religion, la race et l'origine ethnique, notamment dans les domaines du logement, de l'emploi et des services. À ce contenu étaient ajoutées trois innovations

¹⁰⁶⁶ Manitoba, Nouvelle-Écosse, Nouveau-Brunswick, Colombie-Britannique, Saskatchewan et Québec.

¹⁰⁶⁷ Saskatchewan, Colombie-Britannique, Canada fédéral, Nouvelle-Écosse, Manitoba, Alberta et Québec.

¹⁰⁶⁸ *Nota bene* : cette loi reprend également les dispositions du *Racial Discrimination Act* qui est annulé, marquant ici les prémices de la consolidation.

¹⁰⁶⁹ Saskatchewan, Nouveau-Brunswick, Nouvelle-Écosse, Manitoba et Colombie-Britannique.

¹⁰⁷⁰ V. MORIN, A., *Le droit à l'égalité au Canada*, 2^{ème} éd., Montréal, LexisNexis, 2012, p. 33-34 ou encore COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE (CLÉMENT, D., SILVER, W. et TROTTIER, D.), *L'évolution des droits de la personne au Canada*, 2012, p. 15, en ligne [URL : http://www.chrc-ccdp.gc.ca/sites/default/files/ehrc_edpc-fra.pdf].

majeures, en l'occurrence la création d'un mécanisme extrajudiciaire de règlement des litiges¹⁰⁷¹, la création d'une institution de promotion de l'égalité, et l'adoption de mesures de sanction et de réparation¹⁰⁷². Le Code ontarien des droits de la personne fut par la suite régulièrement amendé afin d'enrichir la liste des motifs de discrimination ou de transformer en 2002 l'ancien *Board of Inquiry*, organe *ad hoc*, en véritable tribunal des droits de la personne. La dernière réforme du Code ontarien par le *Bill 107*, entrée en vigueur en 2008, fut sans doute la plus importante.

277. À la suite de l'expérimentation ontarienne, les diverses lois provinciales adoptées au cours des deux dernières décennies furent remplacées soit par des lois de consolidation, soit par des codes antidiscriminatoires (*e.g. Alberta Human Rights Act*, 1966 ; *British-Columbia Human Rights Act*, 1969, puis *Human Rights Code*, 1973 ; Charte québécoise des droits et libertés de la personne, 1975 ; Loi canadienne des droits de la personne, 1977). Loin d'être complets, ces différents textes ont été progressivement amendés en vue de renforcer le dispositif juridique, notamment par le développement des mécanismes de contrôle et de promotion des droits¹⁰⁷³. Au-delà des éventuelles carences de fond, tous possèdent le mérite de formuler un cadre légal clair, cohérent, lisible et accessible¹⁰⁷⁴ qui a contribué à ériger l'exigence de non-discrimination en un impératif politique et social majeur.

278. La consolidation du droit de la non-discrimination ne s'est toutefois pas limitée au Canada et les expériences australiennes et néo-zélandaises en fournissent de brillantes illustrations. À ce jour, l'État australien n'a, il est vrai, pas encore emprunté le chemin de la rationalisation de son dispositif légal et laisse persister plusieurs lois sectorielles¹⁰⁷⁵. La totalité des États fédérés et les deux principaux Territoires australiens ont, en revanche, entre 1977 et 1998, tous opté pour un unique instrument législatif cristallisant les règles de droit pertinentes sous la dénomination d'*Anti-*

¹⁰⁷¹ Ce système de plaintes individuelles, d'enquête, de conciliation et d'exécution des décisions finales fut placé sous contrôle de la Commission ontarienne des droits de la personne. Cette institution nouvellement créée, bien plus armée que la Commission spécialisée ébauchée initialement par l'*Anti-Discrimination Commission Act*, avait à la fois pour vocation de compenser les difficultés de l'instruction face aux négligences policières et de prononcer, par l'intermédiaire du *Board of Inquiry*, les décisions que les juridictions rechignaient à adopter. En bref, il s'agissait de dépasser les blocages des autorités traditionnelles d'application du droit.

¹⁰⁷² V. not. COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE (CLÉMENT, D., SILVER, W. et TROTTIER, D.), *L'évolution des droits de la personne au Canada*, *op. cit.*, p. 20.

¹⁰⁷³ V. *idem*, p. 26.

¹⁰⁷⁴ Soulignons que les mesures préférentielles et actions positives qui façonnent le droit de l'égalisation ne sont pas mentionnées dans ces codes et sont généralement contenues dans des lois satellites. V. par exemple, loi fédérale sur l'équité en matière d'emploi (S.C. 1986, chap. 31) ou lois québécoises sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics (Chapitre A-2.01) et loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées en vue de leur intégration scolaire, professionnelle et sociale (Chapitre E-20.1). Pour une approche de l'effectivité de ces lois, v. not. JAIN, H. C., LAWLER, J. J., BAI, B. et KYUNG LEE, E., « Effectiveness of Canada's Employment Equity Legislation for Women (1997-2004): Implications for Policy Makers », *Industrial Relations*, vol. 65, n° 2, 2010, p. 304-329.

¹⁰⁷⁵ *Racial Discrimination Act*, 1975 ; *Sex Discrimination Act*, 1984 ; *Human Rights Commission Act*, 1986 ; *Disability Discrimination Act*, 1992 ; *Age Discrimination Act*, 2004.

*Discrimination Act*¹⁰⁷⁶ ou d'*Equal Opportunity Act*¹⁰⁷⁷. Le contenu varie légèrement en fonction de la loi envisagée mais toutes reprennent pour l'essentiel les modèles canadiens structurés autour de cinq éléments cruciaux : la déclinaison des différents types de discrimination ; l'énumération et la définition des motifs ; la précision des domaines au sein desquels la discrimination est prohibée ; la mention des justifications aux discriminations *prima facie* ; et, enfin, l'institutionnalisation des organismes spécialisés chargés de veiller au respect de la loi et à son exécution – le plus souvent une commission et un tribunal. Certaines lois de consolidation sont particulièrement réussies tel le *Queensland Anti-Discrimination Act* de 1991¹⁰⁷⁸. La même démarche fut globalement suivie en Nouvelle-Zélande avec l'adoption du *Human Rights Act* de 1993. À l'instar du Canada et des codes sur les droits de la personne, malgré une terminologie laissant suggérer un champ d'application plus large, le *Human Rights Act* vise exclusivement l'interdiction de la discrimination¹⁰⁷⁹. Cette loi établit, entre autres, une *Human Rights Commission* et un *Human Rights Review Tribunal* après avoir structuré la protection antidiscriminatoire autour de treize motifs applicables dans sept domaines principaux, sous réserve d'exceptions limitativement définies. L'analyse des expériences étrangères permet en définitive la mise en évidence de certaines régularités susceptibles de faciliter la systématisation du contenu substantiel de ces lois de consolidation.

279. Ces processus de rationalisation juridique sont intervenus de manière plus tardive en Europe. Les initiatives britannique et suédoise renforcent néanmoins l'hypothèse d'une consolidation susceptible d'intéresser le cas français, pour deux raisons au moins. Premièrement, elles corroborent l'idée d'une consolidation du droit de la non-discrimination au sein d'ordres juridiques voisins, alors intégrés au système communautaire qui œuvre précisément au développement et à l'harmonisation des législations nationales en la matière. Deuxièmement, le développement et l'architecture du droit de la non-discrimination au Royaume-Uni et en Suède sont davantage semblables à la situation actuelle du droit français. La consolidation n'est pas apparue dès les prémices de l'institutionnalisation juridique de la lutte contre les discriminations. Comme cela avait pu être le cas au Canada et contrairement aux cas néo-zélandais et australiens, elle fut au contraire considérée dans un second temps, en tant que modalité de rationalisation d'un dispositif juridique caractérisé par une multiplicité de lois sectorielles. Les législations suédoises et britanniques se

¹⁰⁷⁶ New South Wales, 1977 ; Queensland, 1991 ; Australian Capital Territory, 1991 ; Northern Territory, 1996 ; Tasmania, 1998.

¹⁰⁷⁷ South Australia, 1984 ; Western Australia, 1984 ; Victoria, 1995.

¹⁰⁷⁸ Après observation méticuleuse d'une vingtaine de lois de consolidation, il nous faut impérativement souligner la particulière clarté et complétude du *Queensland Anti-Discrimination Act* de 1991. En dépit de ses 275 articles, l'œuvre du *Parliament House* de Brisbane constitue un modèle de légistique qui pourrait inspirer les législateurs désireux de contribuer, par la consolidation, à l'intelligibilité du droit de la non-discrimination.

¹⁰⁷⁹ Sur quatorze législations canadiennes (provinciales et fédérale), seuls la Charte québécoise des droits et libertés et les Codes de la Saskatchewan et du Yukon possèdent un objet plus vaste que la lutte contre les discriminations.

trouvaient, certes, moins affectées par la dilution des textes sources préalablement exposée au sujet du droit français – ce qui renforce la nécessité de la consolidation dans ce dernier cas. En 2008, le *Riksdag* vota ainsi l'abrogation de sept lois sectorielles¹⁰⁸⁰ auxquelles fut substitué un nouveau *Discrimination Act (Diskrimineringslag)*, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2009. Cette nouvelle législation établit six types de discrimination¹⁰⁸¹, à raison de sept motifs seulement¹⁰⁸², dans neuf domaines spécifiques, sous réserve de justifications limitativement énumérées. De surcroît, elle crée le *Anti-Discrimination Board (Nämnden mot diskriminering)* ainsi qu'un nouvel *Anti-Discrimination Ombudsman (Diskriminerings ombudsmannen)* qui fusionne quatre homologues sectoriels (*Equal Opportunities Ombudsman, Ombudsman Against Ethnic Discrimination, Disability Ombudsman, Ombudsman Against Discrimination Because of Sexual Orientation*)¹⁰⁸³. Outre-Manche, à la suite d'une initiative du *Labour* et à l'issue d'une large consultation, le Parlement britannique fit de même, fusionnant une quinzaine de lois et règlements antidiscriminatoires¹⁰⁸⁴ pour aboutir en 2010 à un unique *Equality Act*¹⁰⁸⁵. Ces multiples initiatives achèvent de paver la voie vers la consolidation du droit de la non-discrimination en France. Reste alors à déterminer les vertus de l'entreprise au regard de son influence potentielle sur la réception, la compréhension, l'appropriation et la mobilisation du droit, qui facilitent, à terme, sa réalisation.

2) En France : dégager les enseignements, esquisser les perspectives

280. Pour saisir pleinement le phénomène de consolidation, il est nécessaire de revenir sur ses motivations et sur les aspirations qu'il a pu concrétiser. Au Canada, en dépit d'un dispositif juridique plus qu'honorable pour le début des années 1960, l'adoption du Code ontarien des droits de la personne en 1962 fut précisément justifiée par l'ineffectivité du droit de la non-discrimination. Alexandre Morin évoque plus particulièrement cinq entraves essentielles à la réalisation du droit¹⁰⁸⁶

¹⁰⁸⁰ *The Equal Opportunities Act*, 1991 ; *The Act on Measures Against Discrimination in Working Life of Ethnic Origin, Religion or Other Religious Faith*, 1999 ; *The Prohibition of Discrimination in Working Life on Grounds of Disability Act*, 1999 ; *The Prohibition of Discrimination in Working Life on Grounds of Sexual Orientation Act*, 1999 ; *The Equal Treatment of Students at Universities Act*, 2001 ; *The Prohibition of Discrimination Act*, 2003 ; *The Act Prohibiting Discrimination and Other Degrading Treatment of Children and School Students*, 2006.

¹⁰⁸¹ Directe, indirecte, refus d'aménagement raisonnable, harcèlement, harcèlement sexuel, injonction à discriminer.

¹⁰⁸² Sexe, identité de genre, origine ethnique, religion, handicap, orientation sexuelle, âge.

¹⁰⁸³ Sur la Suède, v. entre autres CARLSON, L., « Access to Justice in Sweden from a Comparative Perspective », in HAVELKOVÁ, B. et MÖSCHEL, M. (edit.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, op. cit., p. 118-135, not. p. 128-129.

¹⁰⁸⁴ *Equal Pay Act*, 1970 ; *Sex Discrimination Act*, 1975 ; *Race Relations Act*, 1976 ; *Sex Discrimination Act*, 1986 ; *Employment Act*, 1989 ; *Social Security Act*, 1989 ; *Sex Discrimination Act (Election Candidates)*, 1986 ; *Disability Discrimination Act*, 1995 ; *Employment Equality (Religion or Belief) Regulations*, 2003 ; *Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations*, 2003 ; *Employment Equality (Age) Regulations*, 2006 ; *Equality Act (Sexual Orientation) Regulations*, 2007 ; *Civil Partnership Act*, 2004 ; *Equality Act*, 2006.

¹⁰⁸⁵ V. not. BARNARD, C., « The Equality Act 2010 », *European Gender Equality Law Review*, n° 1, 2011, p. 15-22.

¹⁰⁸⁶ MORIN, A., *Le droit à l'égalité au Canada*, op. cit., p. 33-34.

qu'il importait de dépasser : la méconnaissance de ces dispositions, les blocages dans l'acheminement des plaintes par les services de police, la charge de la preuve en matière pénale, le conservatisme des tribunaux dans l'application des règles antidiscriminatoires¹⁰⁸⁷ et, enfin, le faible potentiel dissuasif des normes secondaires¹⁰⁸⁸ dépourvues de fonction réparatrice. Cette analyse historique se voit confirmée par d'autres observateurs¹⁰⁸⁹. Quatre moyens concomitants furent avancés en réponse à l'ineffectivité du droit : le renforcement de l'appareil de contrôle, l'abandon de la logique de sanction au bénéfice de la réparation, la création d'une institution de promotion de l'égalité ainsi que la consolidation du droit de la non-discrimination. C'est plus précisément l'influence sur la réalisation du droit de ce dernier facteur qu'il s'agit d'apprécier.

281. Bien qu'extrêmement rares et laconiques, quelques voix se sont déjà élevées en France pour souligner que la « cohérence et [la] vocation pédagogique seraient également renforcées par le rassemblement, au sein d'un même recueil [...] du corpus des textes relatifs aux discriminations »¹⁰⁹⁰. Pour la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance, l'objectif d'un tel rassemblement serait d'appréhender plus facilement toutes les normes applicables en ce domaine¹⁰⁹¹. Tout en se plaçant à un niveau plus théorique, Bruno Oppetit confirme ce sentiment lorsqu'il expose les trois valeurs intrinsèques à la codification¹⁰⁹² : une valeur politique tout d'abord, en ce que la codification vise à imposer un pouvoir ou une idéologie ; une valeur sociale ensuite, en ce qu'elle vise la stabilisation d'une société par l'affirmation d'un nouveau pacte social¹⁰⁹³ ; une valeur technique enfin, « dans le but [...] de remédier à la dispersion et à l'émiettement des sources du droit et d'assurer l'accès des destinataires et des usagers des règles à la connaissance du droit »¹⁰⁹⁴. La volonté de favoriser l'accessibilité cognitive par une législation qui répond aux exigences de

¹⁰⁸⁷ Car perçues comme contraires à la liberté contractuelle, au droit de gérance ou au droit de propriété.

¹⁰⁸⁸ Entre 1955 et 1962, seule une personne fut sanctionnée, de 25 \$, aux termes du *Fair Accommodation Practices Act* pour avoir refusé de servir un client dans un restaurant en raison de sa couleur de peau.

¹⁰⁸⁹ COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE (CLÉMENT, D., SILVER, W. et TROTTIER, D.), *L'évolution des droits de la personne au Canada*, *op. cit.*, p. 15.

¹⁰⁹⁰ SÉNAT (BENBASSA, E. et LECERF, J.-R.), *Rapport d'information fait au nom de la Commission des lois relatif à la lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 67. Soulignons que la préconisation issue de ce rapport relayait la position exprimée par Gwénaële Calvès lors de son audition (v. *idem*, p. 34). Plus récemment, v. : CALVÈS, G., « Justice : rendre effectif le droit à la non-discrimination », *op. cit.*, p. 75. V. aussi MEDARD INGHILTERRA, R., « Face à la fragmentation matérielle et formelle, plaider la consolidation du droit antidiscriminatoire en France », *loc. cit.* et MEDARD INGHILTERRA, R., « Fragmentation et défragmentation du droit antidiscriminatoire », *loc. cit.*

¹⁰⁹¹ ECRI, *Rapport de l'ECRI sur la France (quatrième cycle de monitoring)*, (CRI(2010)16), 2010, p. 21 : « l'ECRI encourage notamment les autorités à envisager l'élaboration d'un compendium ou d'une compilation des dispositions juridiques destinées à lutter contre la discrimination raciale permettant d'appréhender facilement toutes les normes applicables en ce domaine ».

¹⁰⁹² OPPETIT, B., « De la codification », *op. cit.*, p. 8-11.

¹⁰⁹³ En un sens proche, pour Jean Carbonnier, « la codification est plus qu'un multiple de la loi, il y a en elle un esprit de système et de totalité, une intention de renouveau politique, en même temps qu'un espoir d'arrêter le cours de l'histoire » (CARBONNIER, J., *Droit civil. Introduction*, Paris, PUF, 27^e ed., 2002, p. 199).

¹⁰⁹⁴ OPPETIT, B., « De la codification », *op. cit.*, p. 10.

clarté, de lisibilité et de non-complexité excessive du droit¹⁰⁹⁵ préside donc à l'impulsion de la codification.

282. Parmi les quatre idéaux types de codification développés par Bruno Oppetit, trois possèdent cette valeur technique susmentionnée : les consolidations, les « grandes œuvres réformatrices »¹⁰⁹⁶ (*e.g.* Code civil, Code pénal) ainsi que la codification à droit constant¹⁰⁹⁷, entendue comme « la mise en ordre du droit existant, avec une répartition rationnelle des matières entre les codes et une organisation méthodique de chacun d'entre eux »¹⁰⁹⁸. Ces trois idéaux types de rationalisation juridique sont présentés comme autant de réponses aux crises du droit, notamment à la crise qualitative en ce qu'ils facilitent la simplification, la clarification et la mise en cohérence du droit (*e.g.* définitions, champs d'application, exceptions).

283. En France, la codification à droit constant (*i.e.* la remise en ordre du droit positif par une répartition plus aboutie entre les codes) du droit de la non-discrimination ne saurait suffire. La nature systémique de la discrimination transforme en effet celle-ci en objet juridique transverse, légitimant ainsi son imbrication dans la quasi-totalité des codes de droit français. Cette technique de rationalisation du droit n'est dès lors pas en mesure de répondre à la dilution formelle du droit de la non-discrimination et à ses conséquences en termes de lisibilité et d'accessibilité. Sans nécessairement viser une « grande œuvre réformatrice », la voie de la consolidation paraît la plus opportune. Par ce procédé, serait visée « la réunion en un même ensemble de règles jusque-là dispersées », afin de faciliter « l'accès à la connaissance du droit au profit des usagers », et d'en souligner « parfois les faiblesses ou les incohérences, et [...] ainsi contribuer à favoriser la réforme ultérieure de la matière »¹⁰⁹⁹. C'est ce besoin que souligne Gwénaële Calvès lorsqu'elle considère qu'il « serait temps que la France se dote d'un code de la non-discrimination, qui harmonise et simplifie toutes ces normes »¹¹⁰⁰. Il ne s'agit donc pas d'appeler à la création d'une œuvre aussi imposante que le Code civil, le Code du travail ou le Code pénal mais, plus simplement, de favoriser la constitution d'un socle de droit commun cohérent et lisible par la mise en ordre et le regroupement des règles de droit pertinentes.

¹⁰⁹⁵ En ce sens, v. encore CABRILLAC, R., *Les codifications*, Paris, PUF, 2002, p. 68 ou encore BRAIBANT, G., « Utilité et difficulté de la codification », *Droits*, n° 24, 1996, p. 63.

¹⁰⁹⁶ OPPETIT, B., « De la codification », *op. cit.*, p. 15-16. Selon l'auteur, les « grandes œuvres réformatrices » sont constituées d'un corpus unitaire de règles anciennes et nouvelles ayant tendance à redessiner les contours de l'organisation des sociétés.

¹⁰⁹⁷ La dernière forme de codification étant simplement la compilation, sur les modèles théodosien et justinien, « visant à regrouper les textes présents et futurs à des fins de commodité pratique, mais sans les modifier ni les ordonner ». V. *idem*, p. 15.

¹⁰⁹⁸ BRAIBANT, G., *Encyclopédie Universalis*, v° *Codification*, tel que cité in *idem*, p. 16.

¹⁰⁹⁹ OPPETIT, B., « De la codification », *op. cit.*, p. 16.

¹¹⁰⁰ CALVÈS, G., « Justice : rendre effectif le droit à la non-discrimination », *op. cit.*, p. 75.

284. C'est ce même enjeu qui avait été placé au cœur de la réforme du droit britannique en 2010 alors que coexistaient de nombreuses lois antidiscriminatoires¹¹⁰¹. Dès février 2005, le gouvernement britannique mandata le *Discrimination Law Review* afin de conduire une évaluation globale du système juridique antidiscriminatoire. Ses conclusions, axées autour de trois préoccupations (« harmoniser et simplifier la loi », « une loi plus effective », et « moderniser la loi »¹¹⁰²) établissent sans ambiguïté un lien entre la réalisation du droit et la nécessité d'une consolidation : « *Our aim is to achieve a Single Equality Bill which is simpler, more effective at tackling disadvantage and fit for 21st century* »¹¹⁰³. Selon les travaux du *Discrimination Law Review*, la consolidation du droit permet en effet d'atteindre une loi claire et simple (« *The proposals have been developed [...] to consider the opportunities for creating a clearer and more streamlined discrimination legislative framework which produces better outcomes for those who currently experience disadvantage* »)¹¹⁰⁴ ainsi qu'une loi cohérente et harmonieuse (« *The Government will consider the outcome of these initiatives in preparing a Single Equality Bill, bringing together the whole of discrimination law in a more consistent and coherent way* »)¹¹⁰⁵. Ce sont précisément cette clarté et cette cohérence qui engendrent – ou du moins contribuent à – une meilleure réalisation du droit. Les rapporteurs concluaient à ce titre : « *Simplifying and consolidating the law will of itself clarify rights and responsibilities. This should make it more straightforward for those with responsibilities under the law to understand and meet them* »¹¹⁰⁶. De même, la consolidation fut perçue comme une modalité de mise en cohérence des textes : « *As far as possible, our discrimination law should: be set out in one piece of legislation (a Single Equality Act), supplemented by clear, practical, common sense guidance and codes of practice; use language that can be understood by everyone who is affected by it, whether it gives them rights or places responsibilities on them; have one set of definitions and standards for similar situations; be very clear about the circumstances in which differences and exceptions may apply; set clear standards to underpin good practice; help prevent discrimination occurring in the first place by making it easier for people to comply with the law* »¹¹⁰⁷. La consolidation était perçue en définitive comme une modalité de réponse à la fragmentation formelle (« *the law is set out in a lot of different places, in Acts of Parliament, regulations and orders* »¹¹⁰⁸) et matérielle du droit de la non-discrimination (« *different approaches have been taken to drafting the law, with different*

¹¹⁰¹ Pour rappel : *Equal Pay Act*, 1970 ; *Sex Discrimination Act*, 1975 ; *Race Relations Act*, 1976 ; *Sex Discrimination Act*, 1986 ; *Employment Act*, 1989 ; *Social Security Act*, 1989 ; *Sex Discrimination Act (Election Candidates)*, 1986 ; *Disability Discrimination Act*, 1995 ; *Employment Equality (Religion or Belief) Regulations*, 2003 ; *Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations*, 2003 ; *Employment Equality (Age) Regulations*, 2006 ; *Equality Act (Sexual Orientation) Regulations*, 2007 ; *Civil Partnership Act*, 2004 ; *Equality Act*, 2006.

¹¹⁰² MINISTRY OF JUSTICE (COMMUNITIES AND LOCAL GOVERNMENTS), *Discrimination Law Review. A Framework for Fairness: Proposals for a Single Equality Bill for Great Britain*, London, 2007, p. 6.

¹¹⁰³ *Idem*, p. 13.

¹¹⁰⁴ *Idem*, p. 3.

¹¹⁰⁵ *Idem*, p. 8.

¹¹⁰⁶ *Idem*, p. 34.

¹¹⁰⁷ *Idem*, p. 28-29.

¹¹⁰⁸ *Idem*, p. 29.

definitions and exceptions »¹¹⁰⁹). Le parallèle avec le cas français semble dès lors relativement aisé et conduit à envisager sérieusement l'hypothèse d'une consolidation.

285. Loin de constituer un projet chimérique, cette consolidation en France pourrait parfaitement procéder, par exemple, du renforcement de la loi du 27 mai 2008¹¹¹⁰, applicable en droit administratif, en droit civil et en droit social¹¹¹¹. Les modifications apportées par la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle et par la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté semblent précisément s'inscrire en ce sens¹¹¹². Par ailleurs, au regard des régularités constatées lors de l'analyse des lois de consolidation étrangères, l'hypothèse se renforce tant les structures sont semblables. Bien qu'il soit considérablement moins développé que les dispositifs légaux étudiés par ailleurs (Canada, Australie, Nouvelle-Zélande, Suède, Grande-Bretagne), le contenu de la loi du 27 mai 2008 est en effet le plus riche du droit français et reprend plusieurs des éléments cardinaux partagés par les lois de consolidation étrangères : déclinaison des différents types de discrimination (directe, indirecte, harcèlement discriminatoire, injonction à discriminer), énumération parmi les plus complètes des motifs, énumération la plus complète des champs d'application (emploi¹¹¹³, protection sociale, santé, avantages sociaux, éducation, accès et fourniture de biens et services), formulation explicite des justifications aux discriminations *prima facie* en fonction des domaines, dimension institutionnelle – si légère soit-elle avec le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes –, ou encore dimension procédurale (*e.g.* règle de preuve, *testing*, mesures d'instruction). Ces prémices pourraient alors être amplifiées, afin de constituer le point de cristallisation d'un droit français de la non-discrimination consolidé, répondant aux exigences de clarté et de non-

¹¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹¹⁰ En ce sens, v. not. MEDARD INGHILTERRA, R., « Le droit à la non-discrimination fait peau neuve : brèves considérations sur les incidences de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *loc. cit.*

¹¹¹¹ Alors même que là n'était pas son objet initial. En 2010, deux ans après son adoption, Gwénaële Calvès relève ainsi que la loi du 27 mai 2008 « est tout sauf un texte généraliste ». V. CALVÈS, G., « "De manière générale..." : le Conseil d'État face au droit communautaire de la non-discrimination », *D.*, 2010, p. 553 et s.

¹¹¹² Une clause commune de justification en cas de but légitime et de moyens nécessaires et appropriés a ainsi été insérée à l'article 2, 3°. Cette clause de justification a été accompagnée d'un régime spécial nouvellement créé disposant l'impossible dérogation aux différences de traitement adoptées sur le fondement du patronyme, de l'origine, de l'ethnie ou de la prétendue race – à rapprocher ici des exigences de l'art. 1 de la Constitution. En outre, ont été intégrées les dérogations applicables aux mesures proactives visant à favoriser l'égalité pour les personnes handicapées ainsi que pour les personnes résidant dans certaines zones géographiques – jusque-là envisagées par le seul Code du travail aux art. L. 1133-4 et L. 1133-5. Les modalités de partage de la preuve explicitées à l'art. 4 de la loi de 2008 ont elles aussi été enrichies par une disposition précisant que « le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ». L'art. 42 de la loi n° 2017-90 relative à l'égalité et à la citoyenneté repose sur cette même ambition lorsqu'il organise – toujours au sein de l'art. 4 de la loi de 2008 – la recevabilité de la preuve recueillie par *testing* en matière civile et non plus seulement pénale. Quant à l'art. 43 de cette loi, il confère une dimension institutionnelle à la loi de 2008 en accordant une reconnaissance législative au Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes.

¹¹¹³ Plus exactement : « affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, y compris d'avantages procurés par elle, d'accès à l'emploi, d'emploi, de formation professionnelle et de travail, y compris de travail indépendant ou non salarié, ainsi que de conditions de travail et de promotion professionnelle ».

complexité excessive, demeurant lisible et accessible à tous pour en faciliter la réception et la mobilisation.

286. **Conclusion du chapitre 2.** Une analyse des qualités formelles du droit de la non-discrimination s'avère en définitive complémentaire à l'analyse des qualités organiques et des voies procédurales par lesquelles les énoncés sont élaborés. La mise en relief de la syntaxe des énoncés permet utilement de déterminer l'objectif – intégral ou partiel – de réalisation de la norme dont ils sont porteurs et, par conséquent, de fixer le résultat d'un programme de réalisation du droit de la non-discrimination pour atteindre l'effectivité attendue. Plus fondamentalement, l'analyse légistique permet surtout de révéler les lacunes du langage formalisé de la non-discrimination. L'étude des définitions de la discrimination et de ses modalités de prohibition révèle de ce point de vue de premières défaillances criantes qui grèvent la qualité et compliquent la réception, la compréhension, l'appropriation et la mobilisation du droit français de la non-discrimination. Le déficit de lisibilité et de cohérence qu'elles laissent poindre illustre une tendance plus large, et tout aussi problématique, qui affecte un dispositif juridique complexe, peu intelligible et largement méconnu, en dépit de quelques tentatives récentes de diffusion du droit.

CONCLUSION DU TITRE 1

287. Si la réalisation du droit repose sur les qualités légistiques des normes antidiscriminatoires, alors une première explication à l'ineffectivité du droit de la non-discrimination peut être avancée.

288. Sans toujours pouvoir s'appuyer sur des procédures qui permettent l'intervention d'auteurs divers, compétents, susceptibles d'ancrer une volonté ferme de lutte contre les discriminations dès le processus d'élaboration de la norme et de tenir compte des besoins des acteurs qui la mobilisent, le potentiel du droit de la non-discrimination est fragilisé dans ses fondements : défauts de procéduralisation, de consultation, de collaboration parlementaire, résistances politiques à la lutte contre les discriminations, désaffection de la part des organes chargés des fonctions normatives les plus élevées, défaut ponctuel de volontarisme des juges constitutionnels, manque de spécialisation des juridictions, absence d'organisme de pilotage de politiques publiques transversales. La contribution du droit à la réalisation de l'interdiction de la discrimination et du droit à la non-discrimination est affectée par plusieurs carences originelles. Partant, il est peu surprenant que les qualités que tend à valoriser la légistique formelle et qui favorisent la réception et la compréhension du droit, à l'instar de la clarté, la précision et la lisibilité, ne ressortent pas avec prégnance de l'analyse des textes élaborés. À l'inverse, la connaissance du droit de la non-discrimination et sa mobilisation par les destinataires sont rendues délicates en raison de nombreuses carences rédactionnelles qui le caractérisent. L'assertion est valable tant lorsque sont considérées isolément les définitions et modalités de prohibition de la discrimination que lorsqu'est envisagé, plus globalement, le corpus du droit de la non-discrimination.

289. En réaction, le programme de réalisation du droit pourrait être enrichi. Les initiatives de diffusion du droit ne semblent ni avoir pleinement atteint leur cible ni en conséquence perdu leur raison d'être. Elles méritent d'être poursuivies, voire alimentées. En parallèle, la démarche qui avait abouti à l'émergence éphémère de la Délégation interministérielle à l'égalité républicaine pourrait être relancée, avec pour ambition de créer un organisme de pilotage des politiques publiques antidiscriminatoires dont l'action serait complémentaire à celle du Défenseur des droits, chargé d'impulser et de suggérer les réformes législatives utiles à la lutte contre les discriminations. Au-delà de la tâche de coordination et d'impulsion de politiques publiques antidiscriminatoires transversales, l'activité des membres de l'institution gagnerait encore à participer à la propagation d'un volontarisme politique duquel dépendent le potentiel de la collaboration parlementaire et la réceptivité à l'égard des avis formulés par le Défenseur des droits. Enfin, il apparaît primordial de

s'engager pleinement sur la voie de la consolidation des dispositions législatives pour favoriser la réception, l'accessibilité et l'intelligibilité du droit, en prenant pour point d'ancrage la loi du 27 mai 2008. Cette entreprise pourrait, entre autres, être l'occasion d'une unification des définitions de la discrimination et, plus largement, d'une rationalisation du droit de la non-discrimination destinée à en faciliter l'appropriation et la mobilisation par les acteurs.

TITRE 2 : LA COHÉRENCE DU CADRE NORMATIF

290. En continuité de l'analyse des propriétés légistiques, la réalisation du droit gagne à être envisagée en prêtant attention à la cohérence des normes¹¹¹⁴. Cela implique de saisir leur contenu au regard du contexte dans lequel elles s'insèrent. La réalisation du contenu d'un énoncé peut, en effet, être pensée « par sa mise en rapport avec d'autres énoncés juridiques »¹¹¹⁵. C'est ce que confirme Cédric Roulhac lorsqu'il considère que « l'idée de réalisation et d'effectivité du droit inclut un ensemble de phénomènes liés à l'agencement d'énoncés et de normes au sein d'un ordre juridique donné »¹¹¹⁶. Plus particulièrement, c'est « en organisant l'absence de contradictions entre les normes [que] la cohérence de l'ordre juridique contribue », pour certains, « à préserver l'effectivité de la norme »¹¹¹⁷. La réalisation d'un énoncé peut, en ce sens, se faire au détriment d'un autre énoncé avec lequel il entre en tension en cas d'application concurrente. C'est ce qu'illustrent régulièrement les différents conflits entre droits et libertés dont les implications sont potentiellement opposées¹¹¹⁸. La contradiction est semblablement susceptible d'affecter le droit de la non-discrimination.

291. Face à ce phénomène de contradiction, il importe *a minima*¹¹¹⁹ de veiller à la cohérence normative au sein du droit de la non-discrimination, notamment pour éviter qu'un agencement incertain des normes complexifie la mobilisation de ce droit par les victimes (ou leurs conseils) ou son application par les juges¹¹²⁰. En l'état, cette cohérence est imparfaite et des clarifications

¹¹¹⁴ La cohérence des normes ou cohérence normative est ici entendue, *a minima*, comme simple absence de contradiction entre les normes, qui serait liée à leur déficience formelle ou à leur insuffisante coordination, au sein d'un même ensemble, en l'occurrence, pour cette étude, le droit de la non-discrimination – et non l'ordre juridique en général. V. ici FLÜCKIGER, A., *(Re)faire la loi*, op. cit., p. 469. V. aussi WINTGENS, L., *Legisprudence : Practical Reason in Legislation*, Farnham, 2012, p. 234 tel que cité in FLÜCKIGER, A., *(Re)faire la loi*, op. cit., p. 61 : « Obviously, directives contain the advice to formulate rules in a clear way, in order to avoid contradictions and to use concepts in a consistent manner. There is no doubt that these directives will contribute to the rationality of legislation issued under it. The clearer a rule, the easier it will be to understand and to follow ».

¹¹¹⁵ CHAMPEIL-DESPLATS, V., « Penser l'efficacité de la norme », loc. cit.

¹¹¹⁶ ROULHAC, C., *L'opposabilité des droits et libertés*, op. cit., p. 339.

¹¹¹⁷ BETAILLE, J., *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne*, op. cit., p. 69.

¹¹¹⁸ En ce sens, v. not. VILLEY, M., *Les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1983, p. 7-14.

¹¹¹⁹ La démarche consistant à envisager les inévitables confrontations de l'interdiction de la discrimination à l'ensemble des normes de l'ordre juridique ne peut en effet être entreprise dans le cadre de la présente étude et constitue une tâche inaccessible. Certaines sources de conflictualité normative auraient – il est vrai – pu être ciblées afin d'étayer l'idée générale de ce Titre (e.g. dispositions législatives susceptibles d'être qualifiées de discriminations, au regard des standards nationaux, européens ou internationaux). Elles n'auraient toutefois permis d'élaborer qu'une démarche à vocation illustrative, parfois au terme d'une qualification spéculative, présentant de ce fait un intérêt secondaire, voire dérisoire. Pour cette raison, nous avons préféré concentrer l'analyse sur la cohérence d'un cadre normatif restreint, en l'occurrence le droit de la non-discrimination lui-même, élargi au principe constitutionnel d'égalité qui lui est fréquemment associé.

¹¹²⁰ GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, op. cit., p. 58, au sujet du droit de la non-discrimination : « une des conditions de son effectivité réside dans son appropriation par l'ensemble des acteurs. Mais pour être une "menace crédible" dans le dispositif d'ensemble de lutte contre les discriminations, le droit doit être

apparaissent nécessaires afin de faciliter le maniement du droit par les acteurs en cas de contestation des expériences discriminatoires. Les errements du droit de la non-discrimination doivent ici être envisagés selon deux points de vue. Outre les confusions des définitions de la discrimination, d'autres tensions participent à l'inconsistance de la qualification même de discrimination. Ces tensions peuvent être envisagées, puis résorbées, considérant leur impact négatif sur la cohérence d'un outil absolument structurant, à savoir la qualification juridique, qui se situe au cœur de l'acte de mobilisation du droit de la non-discrimination et qui structure le raisonnement des victimes et des juridictions (Chapitre 1). Élargissant le propos au-delà du seul dispositif législatif antidiscriminatoire, l'analyse se concentrera ensuite sur les éléments susceptibles de remettre en cause la paisible coexistence du droit de la non-discrimination et du principe d'égalité. Considérant que la perception contradictoire de ces deux entités (*i.e.* non-discrimination et égalité) conduit parfois les juges français à faire preuve de réticence lorsqu'il est question d'appliquer le droit de la non-discrimination, les voies de leur harmonieuse interaction méritent d'être explicitées en détail (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'inconsistance de la qualification de discrimination

Chapitre 2 : La coexistence complexe entre égalité et non-discrimination

adapté aux buts poursuivis, facile d'accès et de mise en œuvre. Force est de constater que les outils juridiques en vigueur dans notre pays ne répondent qu'imparfaitement à ces exigences ».

CHAPITRE 1 : L'INCONSISTANCE DE LA QUALIFICATION DE DISCRIMINATION

292. Dans le cadre d'une analyse portant sur le principe de non-discrimination en droit de l'Union européenne et en droit de la Convention EDH, Manuela Brillat eut l'occasion de mettre en relation la préoccupation pour l'effectivité du droit et l'existence de divergences au sein d'un régime juridique antidiscriminatoire. Elle avançait alors que, lorsqu'elles concernent la notion même de discrimination, ces divergences « ne sont pas que [formelles] » et d'importance accessoire mais sont au contraire véritablement « problématiques dans la mesure où [elles] sont susceptibles de constituer autant d'entraves à l'effectivité de l'interdiction de la discrimination »¹¹²¹. Le constat est identique lorsqu'est envisagé le droit interne¹¹²², au demeurant largement influencé en la matière par les droits européens et, avant tout, par le droit de l'Union européenne. Plus précisément, les incohérences du droit de la non-discrimination se révèlent problématiques lorsque la contradiction opère entre des dispositions qui déterminent la qualification juridique mobilisée par les acteurs, qu'il s'agisse des victimes, de leurs conseils, ou des autorités d'application du droit. La « concurrence normative complexifie le travail d'appropriation et de qualification », en conséquence de quoi, « faute d'harmonisation, la prolifération normative conduit à une multitude de lectures possibles » et « à des concours de qualifications qui peuvent s'avérer délicats »¹¹²³. *Envisager la réalisation au stade de la production normative invite alors à considérer ces incohérences au regard de leurs répercussions sur la qualification juridique que les acteurs seront inévitablement amenés à manier pour traduire et appréhender l'expérience discriminatoire.*

293. Parmi les difficultés majeures, qui aggravent le défaut de cohésion interne au droit de la non-discrimination et rendent sa mobilisation peu aisée, deux d'entre elles méritent d'être analysées en détail lorsqu'est en cause la qualification juridique de discrimination. Rappelons en préalable que,

¹¹²¹ BRILLAT, M., *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, *op. cit.*, p. 216. V. encore p. 173 : il existe « des imprécisions au sein d'un même régime qui entachent l'effectivité du principe de non-discrimination ».

¹¹²² Là encore, « les contradictions qui se font jour en droit positif entre les normes internes peuvent influencer négativement l'effectivité de la norme » (BETAÏLLE, J., *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne*, *op. cit.*, p. 121).

¹¹²³ SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 67-68. V. aussi p. 699 : « ce droit apparaît difficilement maniable dès lors que les notions centrales de discrimination et de justification ne sont pas maîtrisées ». V. encore p. 121 (« Une telle circonstance rend particulièrement délicate et incertaine l'appropriation des notions qui composent ce droit »), p. 176 (« S'il est vrai que la multiplicité des critères et formes discriminatoires assure une couverture large des inégalités de traitement, elle s'accompagne aussi d'une perméabilité même de la notion de discrimination qui complexifie le paysage juridique. Selon l'approche retenue, une même situation peut emporter des qualifications juridiques distinctes concernant la forme, le critère ou l'existence même d'une discrimination ») ou p. 212 (« Le défaut de maîtrise du dispositif juridique engendre une forme d'instabilité interprétative subie par les sujets de droit »).

si cette qualification repose bien sur l'existence d'un traitement défavorable d'une personne par rapport à une autre¹¹²⁴, apprécié au regard d'une ou plusieurs¹¹²⁵ caractéristiques protégées, elle ne se borne pas à ces éléments¹¹²⁶. Pour être juridiquement qualifié de discrimination, encore faut-il que ledit traitement, en l'état qualifiable de *présomption de discrimination*¹¹²⁷, ne puisse pas être justifié. Là réside la première difficulté qui affecte la cohérence de la qualification juridique. Le processus de stratification progressive des dispositions qui encadrent la justification des présomptions de discrimination a, en effet, engendré un manque de cohésion manifeste du droit auquel il conviendrait sans doute de remédier (Section 1). En prolongement, émerge une seconde difficulté. Elle tient à la *catégorisation*¹¹²⁸ de la qualification juridique de discrimination en deux sous-qualifications, lesquelles façonnent une *summa divisio* entre discriminations directes¹¹²⁹ et indirectes¹¹³⁰. Cette source d'incohérence mérite, elle aussi, d'être résorbée car la pertinence de cette catégorisation s'avère non seulement contestable mais tend, de surcroît, vers l'obsolescence. Penser en réaction une qualification juridique unifiée et inclusive, plus homogène, pourrait permettre, entre autres, une meilleure cohérence et une appréhension facilitée des traitements défavorables injustifiés qu'entendent contester les victimes par le droit de la non-discrimination¹¹³¹ (Section 2).

Section 1 : La cohérence perdue des clauses de justification

Section 2 : L'inopportunité de la catégorisation entre discriminations directes et indirectes

¹¹²⁴ V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, II, B, 2).

¹¹²⁵ V. Sur les discriminations multiples Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, II, B.

¹¹²⁶ Sur ces deux éléments, v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, II.

¹¹²⁷ Ci-après également désignée « discrimination *prima facie* ».

¹¹²⁸ Cette opération « consiste à réunir sous un même terme ou une même étiquette, des éléments de la réalité réputés partager des caractéristiques juridiques communes », unis par « l'existence d'un statut ou d'un régime juridique spécifique » (CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 327). Partant, c'est l'attribution de régimes juridiques distincts aux deux composantes de la *summa divisio* – et non l'appréhension des discriminations indirectes, en soi – qui peut être mise en cause.

¹¹²⁹ En guise de rappel : la discrimination directe constitue un traitement moins favorable non justifié d'une personne par rapport à une autre qui est fondé sur la prise en compte d'une caractéristique protégée.

¹¹³⁰ En guise de rappel complémentaire : la discrimination indirecte constitue un traitement non justifié qui, par l'intermédiaire d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique en apparence neutre, engendre un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres, eu égard à l'une des caractéristiques protégées.

¹¹³¹ Sur l'importance de la qualification juridique, v. aussi CHAPPE, V.-A., « Le droit au service de l'égalité ? Comparaison des sociologies du droit de la non-discrimination française et états-unienne », *Tracés*, n° 27, 2014/2, p. 109 : « S'interroger sur la capacité du droit de la non-discrimination à produire de l'égalité, c'est d'abord s'interroger sur son effectivité juridique, c'est-à-dire sur les possibilités réelles qu'il offre aux acteurs qui s'en saisissent de faire qualifier – notamment devant les tribunaux – des situations de discrimination » ; « C'est donc à la fois la question de l'accès au droit des victimes et de la réalisation du droit comme norme juridique qui est posée ».

SECTION 1 : LA COHÉRENCE PERDUE DES CLAUSES DE JUSTIFICATION

294. Depuis 2001 en droit du travail et, plus largement, depuis 2008 en droit civil et en droit administratif¹¹³², le droit positif français prévoit un aménagement de la charge de la preuve. Il incombe au requérant de faire valoir devant la juridiction les « éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination »¹¹³³ ou, alternativement, « les faits qui permettent d'en présumer l'existence »¹¹³⁴. Là s'arrête le seuil d'exigence de son effort probatoire. En s'en acquittant, il permet d'établir l'existence d'une discrimination *prima facie* ou présomption de discrimination, les termes étant ici utilisés comme synonymes. Celle-ci pourra ensuite faire l'objet d'une réfutation de la part du défendeur. La discrimination *prima facie* constitue donc une qualification intermédiaire qui se rapporte à la preuve réfragable par le requérant d'un traitement défavorable apprécié au regard d'un motif de discrimination. Elle ne suffit pas à emporter condamnation du mis en cause. Un cadre juridique existe sur ce point et esquisse les voies possibles de la réfutation. Ce cadre précise les critères d'appréciation par le juge du bien-fondé des justifications avancées et peut aller jusqu'à déterminer précisément les justifications admissibles, à l'exclusion de toute autre.

295. Précisément car il détermine la qualification de discrimination, ce régime de justification conditionne l'issue du litige. Il doit donc pouvoir être pensé et anticipé de manière claire et non équivoque par le requérant. Or, ce régime juridique varie sensiblement selon qu'est envisagée une discrimination directe ou une discrimination indirecte (I). Une telle variation est pourtant critiquable au regard de la porosité de la distinction et de l'inopportunité d'en faire dériver des régimes juridiques qui emportent des protections inégales¹¹³⁵. Elle peut même être considérée comme néfaste à la cohérence et au maniement du droit antidiscriminatoire. L'inévitable technicité des développements qui suivent illustre la complexité liée à l'appropriation de la qualification de

¹¹³² En droit administratif, le processus d'intégration de cette exigence d'aménagement de la charge de la preuve ne sera achevé qu'en 2009, par le biais de la décision du CE, 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, n° 298348, Lebon.

¹¹³³ Initialement art. L. 122-45, al. 4, du Code du travail, modifié par l'art. 1 de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001. Désormais art. L. 1134-1 du même code : « Lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles » (nous soulignons).

¹¹³⁴ Art. 4 de la loi du 27 mai 2008 : « Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte présente devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles » (nous soulignons).

¹¹³⁵ Sur ces éléments, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, not. I, B et II, A.

discrimination¹¹³⁶. La doctrine est cependant encore réticente – en général – à embrasser une remise en cause des modalités variables de justification qui ouvre la voie à une défense plus large des présomptions de discrimination directe. De nombreux auteurs y voient avant tout une perte de garantie pour les victimes. La contestation de la pertinence d'une dualité des régimes de justification semble pourtant s'inscrire en prolongement des récentes évolutions du droit positif interne, qui invitent à considérer la perspective d'un régime plus unifié et plus cohérent (II).

I. Une conception initialement divergente des modalités de justification

296. Dans un arrêt du 18 novembre 2010, la CJUE affirmait que « la directive 76/207 [et, plus largement, le droit communautaire,] opère une distinction entre, d'une part, les discriminations directement fondées sur le sexe et, d'autre part, celles dites "indirectes", en ce sens que seules (*sic*) les dispositions, critères ou pratiques susceptibles de constituer des discriminations indirectes peuvent [...] échapper à la qualification de discrimination à condition d'être "objectivement [justifiés] par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires". Une telle possibilité n'est, en revanche, pas prévue pour les différences de traitement susceptibles de constituer des discriminations directes »¹¹³⁷. Cette assertion de la Cour de Luxembourg, que l'ordre juridique interne a globalement épousée dans un premier temps, illustre dans ses grandes lignes la différence substantielle des régimes de justification des traitements défavorables appréhendés par le droit de la non-discrimination. Alors qu'une présomption de discrimination indirecte sera toujours sujette à justification (B), la présomption de discrimination directe sera, quant à elle, en principe, insusceptible de justification (A)

A. Les justifications *numerus clausus* des présomptions de discrimination directe

297. En matière de présomptions de discrimination directe, le principe cardinal est celui de la non-justification de principe (1). Il a toutefois été progressivement tempéré par l'ajout de diverses exceptions. Ces hypothèses particulières de justification, dérogoires, précisément déterminées et limitativement énumérées, forment un système de justification *numerus clausus* (2).

¹¹³⁶ *Nota bene* : sans que cela ne suffise à résoudre toutes les difficultés notionnelles, le lecteur pourra utilement se référer au lexique reproduit à la fin de cette étude.

¹¹³⁷ CJUE, 2^e ch., 18 novembre 2010, *Christine Kleist*, aff. C-356/09, pt.41.

1) La non-justification de principe des présomptions de discrimination directe

298. Divers arguments ont pu être avancés afin de trouver un ancrage théorique à la non-justification de principe des présomptions de discrimination directe. L'intransigeance dans cette hypothèse se justifierait pour certains par le fait que la distinction en cause serait « exclusivement fondée sur le motif prohibé »¹¹³⁸. La clémence à l'égard des discriminations indirectes serait en revanche générée par le fait qu'elle prendrait « appui sur des éléments étrangers au motif de distinction avancé »¹¹³⁹. La formulation ne convainc pas entièrement. D'une part, car la prise en compte du motif n'a pas à être le fondement exclusif du comportement ou de la mesure en cause pour emporter la qualification de discrimination directe¹¹⁴⁰. D'autre part, car contrairement à ce que laisse entendre la formule, la discrimination indirecte peut reposer sur autre chose qu'une distinction (*e.g.* indistinction emportant traitement identique de situations différentes¹¹⁴¹), notamment en droit de la Convention EDH. L'idée sous-jacente à ces assertions est en revanche instructive. Elle rejoint les propos de la Cour de cassation qui, dans son rapport de 2008 relatif aux discriminations, expliquait la difficile justification des présomptions de discrimination directe par le fait qu'elles reposent sur la prise en compte *expresse* – plutôt qu'*exclusive* – de critères indisponibles¹¹⁴². Michel Miné soulève en un sens proche que, contrairement à la discrimination indirecte, la discrimination directe ne peut être justifiée car elle « [heurte] directement le principe d'égalité en droit »¹¹⁴³.

299. La sévérité en cas de présomption de discrimination directe refléterait alors un certain absolutisme de l'« isonomie » (*i.e.* traitement identique de situations semblables) comme précepte fondamental de l'égalité, appréciée de manière abstraite (*i.e.* point de vue particulier selon lequel l'appréciation de la justification au titre de l'égalité repose principalement sur la comparaison *ex ante* des situations)¹¹⁴⁴. Dans cette configuration, l'égalité s'oppose frontalement aux distinctions fondées sur certaines caractéristiques considérées comme « innées, indélébiles, sur lesquelles [les

¹¹³⁸ BRILLAT, M., *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, *op. cit.*, p. 194-195.

¹¹³⁹ *Ibidem*.

¹¹⁴⁰ V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, II, B, 2). V. aussi Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, II, B, 2) et, pour une illustration spécifique des implications en matière de handicap et d'état de santé Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, I, B, 2).

¹¹⁴¹ Sur la possible appréhension de la discrimination dite « matérielle » (*i.e.* traitement identique de situations différentes) par le biais de la qualification juridique de discrimination indirecte, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, I, A, 1).

¹¹⁴² COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2008*, Paris, La Documentation française, 2009, not. « Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation », spéc. p. 87. V. aussi CLUZEL-MÉTAYER, L., « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *RFDA*, 2010, p. 309 et s. : « En découle, du point de vue du régime juridique, une indisponibilité des discriminations, en principe insusceptibles de justification, contrairement aux ruptures d'égalité ».

¹¹⁴³ MINÉ, M., « Le concept de discrimination directe et indirecte », *op. cit.*, p. 6.

¹¹⁴⁴ V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, II, A.

individus] n'ont aucune prise (origine, sexe¹¹⁴⁵, couleur...) » ou « par lesquelles ils expriment l'usage qu'ils entendent faire de leur liberté (convictions politiques, croyances religieuses, mœurs) »¹¹⁴⁶. Au regard de ces caractéristiques, les individus sont considérés comme étant, par principe, placés dans des situations semblables (égalité abstraite), ce qui exige un traitement identique (isonomie). Si la justification avancée est compréhensible en ce qu'elle reflète la primauté d'un point de vue historiquement premier de l'égalité, son maintien questionne face à l'évolution et la pluralisation des exigences du principe. L'apparition d'autres modes de réalisation de l'égalité, comme la « relativité » (*i.e.* traitement différent de situations différentes), considérée conjointement à l'apparition d'un autre point de vue, à savoir l'égalité concrète (*i.e.* point de vue particulier selon lequel l'appréciation de la justification au titre de l'égalité repose principalement sur la proportionnalité *ex post* du traitement)¹¹⁴⁷, contribue à affaiblir sa pertinence. Le fondement théorique de l'impossible justification de principe des différences de traitement qui sont explicitement fondées sur un motif de discrimination (*i.e.* discrimination directe) semble, pour cette raison, relatif et labile. Il emporte néanmoins des conséquences majeures.

300. De l'impossible justification – en principe – des présomptions de discrimination directe découle une conception assez large de cette dernière notion car son périmètre « dépend des catégories de justifications qui seront acceptées par le juge »¹¹⁴⁸. Plus ces justifications sont limitées, plus l'empire de la notion est étendu. Il est même possible de considérer que la notion de discrimination directe se rapproche fortement de la présomption de discrimination. En dehors des exceptions envisagées ci-après, le traitement défavorable d'une personne par rapport à une autre qui est fondé sur une caractéristique protégée dans une situation comparable ne peut être justifié. À défaut de relever de l'une de ces exceptions, la mesure ou le comportement litigieux ne pourra être sauvé et le juge n'aura théoriquement pas à examiner les justifications avancées par le défendeur. Comme le résume Aurélia de Tonnac, le juge peut, dans ce cas, « passer directement de la présomption de discrimination à la qualification de discrimination et donc à son interdiction »¹¹⁴⁹. En d'autres termes, « cette appréhension de la discrimination condamne de manière quasi-

¹¹⁴⁵ Le caractère inné ou indélébile peut être relativisé concernant le motif du sexe.

¹¹⁴⁶ CALVÈS, G., « Le principe de non-discrimination : un principe vide », in POTVIN-SOLIS, L. (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 53. V. encore CALVÈS, G., « Discrimination », in MESURE, S. et SAVIDAN, P. (dir.), *Le dictionnaire des sciences humaines*, Paris, PUF, 2006, p. 283 et CALVÈS, G., « Discriminations et inégalités socio-économiques », in SAVIDAN, P. (dir.), *Dictionnaire des inégalités et de la justice sociale*, Paris, PUF, 2018, p. 333 et 335. Il s'agit selon la Cour de cassation des « caractéristiques propres » d'une personne, « de ce contre quoi, en tant qu'être vivant, elle ne peut rien, ou [...], de ce qui, en tant qu'être agissant et pensant, appartient à sa liberté la plus irréductible » (COUR DE CASSATION, « Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation », in COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2008*, *op. cit.*, p. 84).

¹¹⁴⁷ V. sur ce point Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, I, B et II. V. aussi le lexique reproduit à la fin de l'étude.

¹¹⁴⁸ LANQUETIN, M-T., « Discrimination », *op. cit.*, §259.

¹¹⁴⁹ DE TONNAC, A., *L'action positive face au principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union européenne*, thèse dactylographiée, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2019, p. 137.

systématique tout traitement défavorable fondé directement sur un critère prohibé »¹¹⁵⁰. Telle est la démarche empruntée par la CJUE et longtemps partagée par les juges nationaux, tant en droit administratif qu'en droit civil, social ou pénal.

301. La Cour EDH opte à la marge pour une approche contentieuse alternative qui mérite d'être mise en lumière et qui repose sur un régime de justification systématique, indépendamment du type – direct ou indirect – de la discrimination présumée. À l'inverse de ses homologues nationaux et communautaires, la Cour de Strasbourg permet systématiquement aux États défendeurs de s'engager sur la voie de la justification avant de conclure à l'existence d'une discrimination au sens de l'article 14 de la Convention EDH. Peu importe ici que la discrimination soit directe ou indirecte, la Cour apprécie toujours la justification potentielle qui repose essentiellement sur deux éléments : la légitimité de l'objectif poursuivi par la mesure en cause¹¹⁵¹ et la proportionnalité des moyens employés pour atteindre cet objectif¹¹⁵². Dans son arrêt fondateur *Affaire relative à certains aspects du système linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, la Cour EDH retient que « l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable »¹¹⁵³. Cette justification « doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée »¹¹⁵⁴.

302. À défaut de prédétermination des buts légitimes susceptibles d'être invoqués, la Cour procède au cas par cas pour admettre la recevabilité de divers objectifs, souvent « précis, voire assez techniques »¹¹⁵⁵. Il s'agit, entre autres¹¹⁵⁶, de la protection de la santé, des droits de l'enfant, de la sécurité nationale¹¹⁵⁷, de la protection de la famille fondée sur les liens du mariage¹¹⁵⁸, de la

¹¹⁵⁰ AST, F., « De l'(in)application de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme par la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité », in SUDRE, F. et SURREL, H. (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 411.

¹¹⁵¹ Pour une approche critique de la légitimité du but poursuivi, ou *a minima* du but invoqué, v. not. ARNADÓTTIR, O. M., *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, The Hague, Kluwer, 2002, p. 42 et s.

¹¹⁵² V. ici SURREL, H., « La sanction des discriminations par la Cour européenne des droits de l'homme », *Titre VII*, n° 4, 2020.

¹¹⁵³ COUR EDH, Plén., 23 juillet 1968, *Affaire relative à certains aspects du système linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, req. n°s 1474/62 ; 1677/62 ; 1691/62 ; 1769/63 ; 1994/63 ; 2126/64, § 10.

¹¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵⁵ SURREL, H., « L'appréciation contingente des justifications », in SUDRE, F. et SURREL, H. (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 123.

¹¹⁵⁶ Sur l'ensemble de ces objectifs, v. plus en détails les propos de Hélène Surrel *in idem*, p. 135-136. Elle précise notamment que « dans certains cas, la Cour de Strasbourg ne paraît guère convaincue mais, sans doute dans le souci de ménager la susceptibilité des États, concède, certes de façon assez formelle, l'existence d'un but légitime » (p. 137). Elle tient également compte du contexte national, des circonstances locales et des spécificités sociales pour procéder à son analyse (v. ici p. 120). En outre, « l'acceptation du but poursuivi est bien évidemment facilitée par l'absence de contestation de sa légitimité par le requérant » (p. 134).

¹¹⁵⁷ COUR EDH, 1^e sect., 31 mai 2007, *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c. Italie* (n° 2), req. n° 26740/02. En l'espèce, la discrimination est néanmoins retenue pour défaut de proportionnalité car « seuls les membres d'une association maçonnique sont tenus de déclarer leur affiliation lorsqu'ils postulent pour la nomination à certains postes du ressort régional ».

¹¹⁵⁸ COUR EDH, 4^e sect., 10 mai 2001, *Mata Estevez c. Espagne* (irrecevabilité), req. n° 56501/00.

préservation du marché du travail¹¹⁵⁹, de la discipline militaire¹¹⁶⁰, de la préservation des « intérêts de la communauté en général »¹¹⁶¹, ou encore de la protection de l'unité linguistique¹¹⁶². Si la Cour ne parvient pas à identifier un but légitime susceptible de justifier le traitement défavorable, qu'il s'agisse d'une différence de traitement ou d'un traitement identique, elle conclut à la violation de l'article 14.

303. À l'inverse, si elle identifie un objectif légitime, il lui appartient de passer à la seconde étape de la justification, à savoir l'analyse du « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »¹¹⁶³. L'analyse porte alors sur la nature des moyens mis en œuvre ainsi que sur leurs effets. Il est question de vérifier leur adéquation, c'est-à-dire leur capacité à réaliser effectivement l'objectif légitime poursuivi¹¹⁶⁴. Cela peut amener la Cour à envisager des moyens alternatifs qui auraient permis d'atteindre ledit objectif sans engendrer les effets négatifs contestés. Une telle analyse, qui laisse au défendeur la chance de justifier la présomption de discrimination directe, est longtemps demeurée marginale. Spécifique au droit de la Convention EDH, elle ne transparaissait pas des dispositions en vigueur en droit interne qui, tout au plus, se limitaient à mentionner quelques exceptions *numerus clausus*¹¹⁶⁵.

304. Des dérogations exceptionnelles au principe de non-justification des discriminations directes *prima facie* ont en effet été progressivement ajoutées en droit interne. Elles viennent nuancer l'affirmation selon laquelle, « dès lors que le juge a la conviction que la différence de traitement est référée à un motif interdit et constitue en réalité une discrimination, aucune justification, aucune excuse n'est recevable »¹¹⁶⁶. L'interdiction de la discrimination directe se voit plus justement tempérée par l'énumération de diverses justifications légales, précisément et limitativement déterminées, d'interprétation stricte¹¹⁶⁷, qu'il convient désormais d'envisager.

¹¹⁵⁹ COUR EDH, Plén., 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Espagne*, req. n^{os} 9214/80, 9473/81, 9474/81, not. § 76 et 78.

¹¹⁶⁰ COUR EDH, Plén., 8 juin 1976, *Engel c. Pays-Bas*, req. n^{os} 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, § 72.

¹¹⁶¹ COUR EDH, Grande ch., 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, req. n^{os} 31-32/1997/815-816/1018-1019, § 76.

¹¹⁶² COUR EDH, Plén., *Affaire relative à certains aspects du système linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, *op. cit.*, § 7 et 42.

¹¹⁶³ *Idem*, § 10 : « Une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime : l'article 14 (art. 14) est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ».

¹¹⁶⁴ En ce sens, v. HERNU, R., « La convergence des jurisprudences. Problèmes de définition et de contenu », in SUDRE, F. et SURREL, H. (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 241 : « La Cour apprécie un rapport causal entre les faits et la mesure adoptée consistant à établir si le traitement était indispensable à la réalisation de l'objectif poursuivi ».

¹¹⁶⁵ Du moins pas avant 2016 – sous les réserves mentionnées dans le développement *infra*.

¹¹⁶⁶ LANQUETIN, M.-T., « Discrimination », *op. cit.*, § 251.

¹¹⁶⁷ En ce sens, v. not. QUARANTA, A., « L'emprise de la discrimination », *Juris Tourisme*, 2014, n^o 170, p. 19 : « Bien évidemment, ces discriminations justifiées sont d'interprétation stricte. Les articles L. 1133-1 à L. 1133-4 du Code du travail exposent, de façon limitative, les différences de traitement autorisées ». V. encore MOIZARD, N. « Justification

2) Les justifications exceptionnelles des présomptions de discrimination directe

305. À titre liminaire, l'analyse des dispositions législatives de droit interne qui énoncent les justifications exceptionnelles aux discriminations directes *prima facie* aboutit à mettre en exergue trois caractéristiques majeures. La première est que ces dispositions forment un système de justification qui peut être qualifié de « fermé », par opposition aux systèmes de justification « semi-ouvert » et « ouvert »¹¹⁶⁸. Le système dit « fermé » consiste à déterminer précisément le contenu des hypothèses de dérogation. Le législateur restreint par ce biais la part discrétionnaire de l'appréciation du juge et limite l'admission des justifications avancées. Il peut, par exemple, préciser que « les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap [et seulement celles-ci, NDLR] ne constituent pas une discrimination »¹¹⁶⁹. Le système « semi-ouvert » fixe une hypothèse de justification sans toutefois en déterminer précisément le contenu. Il trouve son terrain de prédilection avec l'exigence professionnelle essentielle et déterminante envisagée *infra*¹¹⁷⁰. Quant au système « ouvert », il résulte d'une simple détermination en droit positif de vastes critères d'appréciation de la légitimité des justifications avancées qui laissent au juge un large pouvoir discrétionnaire. Tel est le cas du régime juridique qui régit la justification des discriminations indirectes¹¹⁷¹. La deuxième caractéristique qui transparaît à la lecture des justifications légales des présomptions de discrimination directe est leur sectorisation, en fonction des motifs. Sont ainsi envisagées séparément les justifications aux différences de traitement fondées sur le sexe, sur le handicap, sur le lieu de résidence, ou encore sur la nationalité. Enfin, la troisième caractéristique, peut-être la plus importante en ce qu'elle révèle la dynamique de la législation française sur ce point, est l'augmentation constante du nombre de dérogations. Emporté par un système « fermé » de justifications, le législateur fut en effet conduit à enrichir progressivement les excuses de discrimination directe pour s'adapter aux cas particuliers.

d'une discrimination directe et exercice du pouvoir de direction », *RDT*, 2012, p. 159 : « En dehors de ces dispositifs [...], on ne trouve pas le fondement d'une justification possible d'une discrimination directe ».

¹¹⁶⁸ Est ici reprise une distinction évoquée par Karine Berthou au sujet de la transposition de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante in BERTHOU, K., « Différences de traitement : esquisse des "exigences professionnelles essentielles" après la loi du 27 mai 2008 », *Dr. Social*, 2009, p. 410 et s.

¹¹⁶⁹ Art. L. 1133-3 du Code du travail.

¹¹⁷⁰ Par exemple, v. art. 2, 2°, de la loi du 27 mai 2008 : « Ce principe ne fait pas obstacle aux différences de traitement fondées sur les motifs visés à l'alinéa précédent lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante ».

¹¹⁷¹ V. not. pour exemple l'art. 1, al. 2, de la loi du 27 mai 2008 : « 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 » (nous soulignons).

306. La reconnaissance d'un traitement moins favorable en fonction des inaptitudes physiques à exercer certaines fonctions fut parmi les premières justifications à intégrer le droit positif, en l'occurrence la loi Le Pors en 1990¹¹⁷². Une disposition équivalente fut introduite en 1994 au sein du Code pénal concernant les refus d'embauche et licenciements fondés sur une inaptitude médicalement constatée¹¹⁷³. Le droit du travail s'ouvrit plus largement en 2005 à cette justification concernant toutes différences de traitement – et non plus les seuls licenciements ou refus d'embauche – sous réserve, d'une part, d'être « objectives, nécessaires et appropriées »¹¹⁷⁴ et, d'autre part, que l'inaptitude soit régulièrement constatée par le médecin du travail¹¹⁷⁵. Il est possible pour un employeur de refuser sur ce fondement une demande d'affectation d'un salarié sur un terrain d'opération qui exige une mobilité estimée radicalement incompatible avec sa situation de handicap. De manière plus surprenante, le Code pénal dispose depuis 1994 que des différences de traitement fondées sur l'état de santé sont justifiables lorsqu'elles ont « pour objet la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité »¹¹⁷⁶. Il était ici question de « mettre à l'abri du délit les compagnies d'assurances et autres mutuelles »¹¹⁷⁷. Face aux possibles dérives, le législateur encadra cependant cette justification en 2002, puis en 2011, afin de maintenir sous le coup de l'interdiction la prise en compte « de tests génétiques prédictifs »¹¹⁷⁸ et « des conséquences sur l'état de santé d'un prélèvement d'organe »¹¹⁷⁹.

307. Outre les justifications exceptionnelles des différences de traitement fondées sur l'état de santé ou le handicap, celles des différences de traitement fondées sur l'âge se sont rapidement développées au sein de la législation¹¹⁸⁰. Dès 2000, la directive 2000/78/CE leur a accordé une place prépondérante par le biais de son article 6. Cet article qui ne possède aucun équivalent pour

¹¹⁷² Art. 6, al. 3 de la loi du 13 juillet 1983.

¹¹⁷³ Art. 225-3, 2^o du Code pénal. Pour une analyse critique de l'art. 225-3 du Code pénal, v. récemment DETRAZ, S., « Les justifications des faits de discrimination en droit pénal. Réflexions sur l'article 225-3 du code pénal », *Dr. Soc.*, 2020, p. 315 et s.

¹¹⁷⁴ Art. L. 1133-3 du Code du travail (ancien art. L. 122-45-4, créé par l'art. 24 de la loi n^o 2005-102 du 11 février 2005).

¹¹⁷⁵ Sur l'exigence de la chambre sociale quant aux formes régulières auxquelles doit obéir la déclaration d'inaptitude (*i.e.* rejet du simple certificat d'aptitude avec réserves émis par le médecin du travail), v. not. Cass. soc., 25 janvier 2011, n^o 09-72.834, *Bull.* V, n^o 29.

¹¹⁷⁶ Art. 225-3, 1^o, du Code pénal.

¹¹⁷⁷ JEANDIDIER, W., « Infractions économiques », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, octobre 2016 (actualisation avril 2019), § 183.

¹¹⁷⁸ Plus exactement, « de tests génétiques prédictifs ayant pour objet une maladie qui n'est pas encore déclarée ou une prédisposition génétique à une maladie ». Art. 225-3, 1^o, du Code pénal, modifié par l'art. 4 de la loi n^o 2002-303 du 4 mars 2002.

¹¹⁷⁹ Art. 225-3, 1^o, du Code pénal, modifié par l'art. 7 de la loi n^o 2011-814 du 7 juillet 2011.

¹¹⁸⁰ Sur ce point, v. not. BOSSU, B. (dir.), *Les discriminations dans les relations de travail devant les cours d'appel. La réalisation contentieuse d'un droit fondamental*, *op. cit.*, p. 334-339.

d'autres motifs, ce qui lui a valu d'être qualifié d'« exceptionnel »¹¹⁸¹, permet aux États membres de prévoir des différences de traitement fondées sur l'âge dans le cadre de la « politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle ». Le potentiel de justification est donc particulièrement large¹¹⁸². En droit interne, la loi Le Pors fut modifiée en 2001 afin de préciser que la fixation de conditions d'âge pour le recrutement des fonctionnaires est autorisée. Il en va de même pour l'avancement de leur carrière lorsque ces conditions d'âge « résultent des exigences professionnelles, justifiées par l'expérience ou l'ancienneté, requises par les missions qu'ils sont destinés à assurer »¹¹⁸³. Dès lors, ne constitue pas une discrimination directe le fait de fixer une limite d'âge à 30 ans en vue du recrutement de sapeurs-pompiers¹¹⁸⁴. L'article 6 de la directive 2000/78/CE¹¹⁸⁵ fut transposé au sein du Code du travail en 2001¹¹⁸⁶. Les objectifs de politique de l'emploi furent précisés¹¹⁸⁷ afin d'autoriser, « notamment »¹¹⁸⁸, la fixation de conditions d'âge qui interdisent l'accès à l'emploi ou impliquent la mise en place de conditions spéciales de travail « en vue d'assurer la protection des jeunes et des travailleurs âgés ». L'article R. 234-11 du Code du travail précise, par exemple, la liste des travaux interdits aux mineurs de moins de dix-huit ans en raison de leur dangerosité¹¹⁸⁹. En un sens opposé, la jurisprudence est constante quant à la possibilité d'une rupture du contrat de travail lorsque le salarié¹¹⁹⁰ atteint un certain âge¹¹⁹¹. La

¹¹⁸¹ BERTHOU, K., « Différences de traitement : esquisse des "exigences professionnelles essentielles" après la loi du 27 mai 2008 », *loc. cit.*

¹¹⁸² En ce sens, MAILLARD-PINON, S., « La justification des discriminations dans l'emploi – Le regard du travailliste », *Dr. Soc.*, 2020, p. 310 et s.

¹¹⁸³ Art. 6, al. 4, de la loi Le Pors, modifié par l'art. 11 de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001.

¹¹⁸⁴ CJUE, Grande ch., 12 janvier 2010, *Colin Wolf*, aff. C-229/08.

¹¹⁸⁵ Pour une interprétation des exigences de cette disposition par la Cour de cassation, v. not. COUR DE CASSATION, *Le rôle normatif de la Cour de cassation, op. cit.*, p. 328-330.

¹¹⁸⁶ Art. L. 122-45-3 du Code du travail créé par l'art. 3 de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001, devenu L. 1133-2.

¹¹⁸⁷ Ces objectifs de l'emploi furent précisés à compter de 2008. L'art. L. 1133-2 du Code du travail fut modifié par l'art. 6 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 pour rattacher ces justifications des différences de traitement fondées sur l'âge au « souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi ».

¹¹⁸⁸ QUARANTA, A., « L'emprise de la discrimination », *loc. cit.* : « les dispositions du Code du travail prévoient ces justifications en utilisant l'adverbe "notamment", ce qui signifie que la liste peut être complétée dès lors que, bien évidemment, elles sont objectives, raisonnables et justifiées par un but légitime ». Ce caractère indicatif rejoint d'ailleurs les dispositions de la directive. CJCE, 3^e ch., 5 mars 2009, *Age concern England*, aff. C-388/07, pt. 43 : « Conformément à ces principes, l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78 ne saurait être interprété comme imposant aux États membres d'établir, dans leurs mesures de transposition, une liste spécifique des différences de traitement pouvant être justifiées par un objectif légitime. Au demeurant, il ressort des termes de cette disposition que les objectifs légitimes et les différences de traitement qui y sont visés n'ont qu'une valeur indicative, ainsi qu'en atteste le recours, par le législateur communautaire, à l'adverbe "notamment" ».

¹¹⁸⁹ V. encore CJUE, Grande ch., 15 novembre 2016, *Gorka Salaberria Sorondo*, aff. C-258/15.

¹¹⁹⁰ V. not. CJCE, Grande ch., 16 octobre 2007, *Felix Palacio de la Villa*, aff. C-411-05 ou encore Cass. soc., 26 novembre 2013, n°s 12-21.758 et 12-22.000, *Bull. V*, n° 283 et Cass. soc., 26 novembre 2013, n° 12-18.317, *Bull. V*, n° 284. Pour un rejet, v. Cass. soc., 16 février 2011, n° 10-10.465, *Bull. V*, n° 50 (sur cette affaire, v. aussi CE, 1/6 SSR, 19 mai 2006, *Syndicat national des cadres supérieurs des chemins de fer*, n° 274692, Lebon).

¹¹⁹¹ Il en va de même pour les agents publics. V. not. CE, 1/6 SSR, 13 mars 2013, *Mme A. c. Premier ministre*, n° 352393, Lebon, CE, 3/8 SSR, 22 mai 2013, *Mme A. c. communauté d'agglomération d'Annecy*, n° 351183 et CE, 7/2 SSR, 25 janvier 2016, *Mme A. c. Assemblée nationale*, n° 383836, inédit. Récemment, v. CJUE, 1^e ch., 26 juin 2019, *Gennaro Cafaro*, aff. C-396/18.

« fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite », est également admise en droit du travail¹¹⁹². Il est donc concevable de fixer une limite d'âge de quarante ans afin que des travailleurs employés dans les conditions du droit privé accèdent au cadre permanent de la SNCF (*i.e.* « statut » de cheminot)¹¹⁹³.

308. Des justifications de différences de traitement fondées sur d'autres motifs de discrimination ont également accédé à une reconnaissance législative. Il s'agit notamment de la tolérance expresse, depuis 2008, des regroupements d'élèves en fonction de leur sexe en vue des enseignements¹¹⁹⁴ tels les cours d'éducation physique et sportive – au prix de la perpétuation de certains stéréotypes¹¹⁹⁵. Les différences de traitement fondées sur le sexe en matière d'accès aux biens et services sont semblablement excusées en droit pénal depuis 2008 lorsqu'elles sont justifiées par « la liberté d'association » (*e.g.* affiliation à des clubs privés unisexes) ou par « des considérations liées au respect de la vie privée et de la décence » (*e.g.* mise à disposition par une personne d'un hébergement dans une partie de son domicile)¹¹⁹⁶. Toujours en matière de biens et services, le législateur a cru bon, en 2014, d'insérer en droit pénal une justification des différences de traitement fondées sur le lieu de résidence « lorsque la personne chargée de la fourniture d'un bien ou service se trouve en situation de danger manifeste »¹¹⁹⁷. Il était essentiellement question à travers cette disposition, assimilable à un droit de retrait¹¹⁹⁸, de décharger de leur responsabilité certains prestataires de services (*e.g.* pompiers, personnel médical, postiers) qui refusent de se rendre dans des quartiers sensibles lorsqu'elles y sont exposées à des violences. À un tout autre niveau, s'ajoute la justification

¹¹⁹² Art. L. 1132-2 du Code du travail.

¹¹⁹³ Pour une illustration, v. Cass. soc., 26 novembre 2013, n° 12-18.317, *Bull.* V, n° 284.

¹¹⁹⁴ Art. 2, 5°, de la loi du 27 mai 2008 et art. 225-3, 4°, du Code pénal.

¹¹⁹⁵ V. ici : ARTUS, D., *La mixité : illusion égalitaire en éducation physique et sportive ? Son étude à travers les représentations sociales des enseignants et des lycéens*, thèse dactylographiée, Université de Poitiers, 1999, 682 p. ; COURCY, I., LABERGE, S., ERARD, C. et LOUVEAU, C., « Le sport comme espace de reproduction et de contestation des représentations stéréotypées de la féminité », *Recherches féministes*, Vol. 19, n° 2, 2006, p. 29-61 ; FONTAYNE, P., SARRAZIN, P. et FAMOSE, J-P., « Les pratiques sportives des adolescents : une différenciation selon le genre », *Staps*, 2001/2, p. 23-37. En revanche, la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle a permis de supprimer deux autres justifications aux différences de traitement fondées sur les sexes qui étaient mentionnés auparavant, de 2008 à 2016, relatives à la « fourniture de biens et services exclusivement ou essentiellement destinés aux personnes de sexe masculin ou de sexe féminin » et « au calcul des primes et à l'attribution des prestations d'assurance » (ancien art. 2, 4°, modifié par l'art. 86 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016).

¹¹⁹⁶ Art. 225-3, 4°, du Code pénal modifié par l'art. 7 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008. Pour Michel Danti-Juan, « La consultation des travaux préparatoires révèle que ce texte d'une grande médiocrité rédactionnelle peine à exprimer l'idée simple suivant laquelle les discriminations fondées sur le sexe sont justifiées dans les domaines où, pour différentes raisons impérieuses, les biens et les services ne sauraient être accessibles sous le régime de la mixité » (DANTI-JUAN, M., « Discriminations » *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, septembre 2014 (actualisation septembre 2017), § 48.

¹¹⁹⁷ Art. 225-3, 6°, du Code pénal modifié par l'art. 15 de la loi n° 2014-173 du 21 février 2014.

¹¹⁹⁸ DANTI-JUAN, M., « Discriminations », *op. cit.*, § 48.

des refus d'embauche fondés non plus sur le sexe ou le lieu de résidence mais sur la nationalité, en application des dispositions statutaires relatives à la fonction publique¹¹⁹⁹.

309. Surtout, la reconnaissance des exceptions législatives à la discrimination directe est allée *crecendo* dans un domaine particulier, celui des différences de traitement fondées sur un motif de discrimination qui visent la réduction des inégalités par la mise en place de traitements préférentiels. Cette évolution traduit la montée en puissance de l'égalité concrète¹²⁰⁰. Parmi ces mesures, la loi du 27 mai 2008 a d'abord protégé celles « prises en faveur des femmes en raison de la grossesse ou la maternité, y compris du congé de maternité »¹²⁰¹. Les mesures de promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes furent créditées d'une protection similaire à compter de 2016 en droit civil et administratif¹²⁰². Elles en bénéficiaient déjà en droit pénal depuis 2008, à l'instar des mesures visant la protection des victimes de violence à caractère sexuel¹²⁰³ (*e.g.* création de foyers réservés aux femmes). La loi Le Pors fait également mention d'une justification à la différence de traitement fondée sur le sexe aux fins de représentation paritaire concernant les jurys et comités de sélection chargés du recrutement et de l'avancement des fonctionnaires¹²⁰⁴. Elle ne prévoit en revanche pas de justification des mesures préférentielles concernant « des personnes résidant dans certaines zones géographiques et visant à favoriser l'égalité de traitement », pourtant mentionnée dans le Code du travail, le Code pénal et la loi du 27 mai 2008¹²⁰⁵. Une dérogation similaire trouve également à s'appliquer, devant les juridictions prud'homales¹²⁰⁶ civiles et administratives¹²⁰⁷, au bénéfice des mesures « prises en faveur des personnes handicapées et visant à favoriser l'égalité de traitement » (*e.g.* aménagement raisonnable). Dernièrement, l'immunité fut conférée en droit du

¹¹⁹⁹ Art. 225-3, 4°, du Code pénal modifié par l'art. 7 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, au sujet de l'art. 5 de la loi Le Pors : « Nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire : 1° S'il ne possède la nationalité française ».

¹²⁰⁰ V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, II.

¹²⁰¹ Art. 2, 4°, de la loi du 27 mai 2008, reprenant notamment l'art. 4 § 2 de la directive 2004/113/CE et l'art. 2, 3., de la directive 76/207/CEE.

¹²⁰² Art. 2, 4°, de la loi du 27 mai 2008 modifié par l'art. 86 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, reprenant notamment l'art. 2, 4., de la directive 76/207/CEE.

¹²⁰³ Art. 225-3, 4°, du Code pénal modifié par l'art. 7 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 : « Les dispositions de l'article précédent ne sont pas applicables : [...] 4° Aux discriminations fondées, en matière d'accès aux biens et services, sur le sexe lorsque cette discrimination est justifiée par la protection des victimes de violences à caractère sexuel, [...] la promotion de l'égalité des sexes ou des intérêts des hommes ou des femmes [...] ».

¹²⁰⁴ Art. 6 *bis*, al. 4, de la loi Le Pors créé par l'art. 19 de la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 : « De même, des distinctions peuvent être faites entre les femmes et les hommes en vue de la désignation, par l'administration des présidents et, des membres des jurys et des comités de sélection constitués pour le recrutement et l'avancement des fonctionnaires et de ses représentants au sein des organismes [...] afin de concourir à une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes dans ces organes ».

¹²⁰⁵ Art. L. 1133-5 du Code du travail et art. 225-3, 3°, du Code pénal, respectivement créé et modifié par l'art. 15 de la loi n° 2014-173 du 21 février 2014. Depuis 2016, l'art. 2, 5°, de la loi du 27 mai 2008 modifié par l'art. 86 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 reprend cette formulation.

¹²⁰⁶ Art. L. 1133-4 du Code du travail, correspondant à l'ancien art. L. 122-45-4 créé par l'art. 24 de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005.

¹²⁰⁷ Art. 2, 5° de la loi du 27 mai 2008 modifié par l'art. 86 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016.

travail aux « mesures prises en faveur des personnes vulnérables en raison de leur situation économique »¹²⁰⁸.

310. Au vu de la multiplication croissante de ces dispositions, il serait possible de s'interroger sur la pertinence de déssectoriser ces exemptions, par exemple en concevant une clause générale de justification de mesures préférentielles prévues dans le droit de l'égalisation¹²⁰⁹ et visant à favoriser l'égalité de traitement, indépendamment des motifs¹²¹⁰. Tel est le choix de certains législateurs étrangers qui se sont contentés de préciser que l'interdiction de la discrimination « n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés »¹²¹¹. L'appréciation finale est alors laissée à la discrétion du juge dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité, à l'instar du régime juridique qui régit actuellement la justification des présomptions de discrimination indirecte.

B. Les justifications *numerus apertus* des présomptions de discrimination indirecte

311. Les discrimination indirecte *prima facie* sont, quant à elles, systématiquement susceptibles d'être justifiées par le défendeur. Le régime juridique applicable repose sur ce qui pourrait être qualifié de « clause générale de justification » qui permet une « justification objective » dans le cadre d'un système « ouvert » (*i.e. numerus apertus*). Le législateur se contente en effet de préciser de vagues critères d'appréciation des éléments avancés par le défendeur, laissant au juge une latitude considérable dans la mise en œuvre de son contrôle. La justification est en définitive intrinsèque aux discriminations indirectes (1). Elle participe à la formation d'une dualité contestable des régimes juridiques applicables (parfois évoquée ci-après sous les termes de « double standard »). Plus clémente à l'égard des présomptions de discrimination indirecte, cette dualité des régimes juridiques trouve sa principale explication dans le moindre degré de réprobation sociale qui affecte ce type de discrimination (2).

¹²⁰⁸ Art. L. 1133-6 du Code du travail, créé par l'art. unique de la loi n° 2016-832 du 24 juin 2016.

¹²⁰⁹ Sur la notion de « droit de l'égalisation », v. introduction (1., 1.2.). V. encore PORTA, J., « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2^e partie) », *loc. cit.*

¹²¹⁰ La question se poserait néanmoins de s'aligner sur l'article 2, 3^o, de la loi du 27 mai 2008 qui prévoit l'impossible justification de toute différence de traitement fondée sur quatre motifs dont la protection est donc rehaussée (*i.e.* l'origine, le patronyme, l'ethnie et la prétendue race).

¹²¹¹ Art. 15 (2) de la Charte canadienne des droits et libertés. A l'instar de l'article 2, 3^o, de la loi du 27 mai 2008, il pourrait toutefois être estimé opportun de circonscrire une telle clause aux motifs autres que l'origine, le patronyme, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une prétendue race.

1) La justification, principe intrinsèque à la qualification de discrimination indirecte

312. Le double standard évoqué en matière de justification des traitements défavorables est le fruit de l'activité prétorienne de la CJCE qui a, par la suite, irrigué l'ordre juridique français. Dans son arrêt *Jenkins* du 31 mars 1981, le requérant contestait l'octroi d'une rémunération horaire plus avantageuse pour les salariés à temps plein par rapport à ceux employés à temps partiel. À la question de savoir s'il s'agissait d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe, en raison de l'effet défavorable disproportionné subi par les femmes, majoritairement employées à temps partiel, la CJCE répondit que la différence de traitement ne se heurtait pas à l'article 119 du traité de Rome¹²¹² pour autant qu'elle « s'explique par l'intervention de facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination »¹²¹³, par exemple lorsqu'elle cherche « pour des raisons économiques objectivement justifiées, à encourager le travail à temps plein »¹²¹⁴. La solution fut réaffirmée cinq années plus tard dans l'arrêt *Bilka* au sujet de l'exclusion du bénéfice d'un régime complémentaire de pension pour les salariés à temps partiel, justifié par les impératifs économiques de l'entreprise : « si l'entreprise est en mesure d'établir que sa pratique salariale peut s'expliquer par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe, aucune violation de l'article 119 ne pourrait être décelée »¹²¹⁵. Cette position prétorienne fut ensuite intégrée au sein de la directive 97/80/CE dans une formulation spécifique¹²¹⁶ avant d'être stabilisée par la formule désormais classique des directives 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2006/54/CE : 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 [...] par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime¹²¹⁷ et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires »¹²¹⁸.

¹²¹² « Chaque État membre assure [...] l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail. Par rémunération il faut entendre, au sens du présent article, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier ».

¹²¹³ CJCE, 31 mars 1981, *Jenkins*, aff. 96/80, pt. 11.

¹²¹⁴ *Idem*, pt. 12.

¹²¹⁵ CJCE, 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus*, aff. C-170/84, pt. 30

¹²¹⁶ Une discrimination indirecte se produit « lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit approprié(e) et nécessaire et ne puisse être justifié(e) par des facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés » (art. 2, 2., de la directive 97/80/CE relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe - nous soulignons).

¹²¹⁷ Pour une liste non exhaustive des objectifs légitimes reconnus par la CJCE, v. COMMISSION EUROPÉENNE (TOBLER, C.), *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2008, p. 38-39.

¹²¹⁸ Art. 2, 2., b) des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE et art. 2, 1., b) de la directive 2006/54/CE (nous soulignons).

313. De la lecture de ces dispositions, transposées en droit interne au sein de la loi du 27 mai 2008 et du Code du travail¹²¹⁹, ressort une conclusion essentielle. La justification du traitement défavorable est consubstantielle à la discrimination indirecte dans la mesure où la définition même de la notion intègre une clause générale de justification. À supposer que le requérant soit en mesure d'avancer les éléments de fait qui laissent supposer l'existence d'une discrimination indirecte, le mis en cause pourra défendre le bien-fondé du comportement ou de la mesure litigieuse. Par opposition aux présomptions de discrimination directe, cette justification est systématique et non exceptionnelle. Elle intervient par ailleurs dans un système « ouvert » (*i.e. numerus apertus*) et non plus « fermé » (*i.e. numerus clausus*). Ce cadre ouvert, qui laisse une large marge d'appréciation aux juridictions, rejoint le régime juridique qui régit la procédure devant la Cour EDH. La disposition, le critère ou la pratique doit être objectivement justifié par un but légitime et reposer sur des moyens nécessaires et appropriés pour réaliser ce but.

314. Schématiquement, il est possible de décliner le contenu de la première étape de justification en trois paliers. La recherche de la légitimité du but poursuivi peut d'abord pousser le juge à en apprécier la nature « objective » (*i.e. de quoi s'agit-il ? Le défendeur vise-t-il autre chose que la provocation d'un effet défavorable pour des personnes par rapport à d'autres en raison d'un motif de discrimination ? – e.g. protection de l'enfance, de l'emploi ou encore de la famille*). Sa recevabilité conduit en outre à en analyser la réalité (*i.e. est-ce un but tangible ?*). Enfin, la légitimité de l'objectif peut être fonction d'une appréciation contextuelle de son opportunité considérant divers paramètres (*e.g. spécificités du secteur d'activité, taille variable de l'entreprise, bon ou mauvais fonctionnement du marché du travail*)¹²²⁰.

315. Une fois le but admis, c'est la manière de le concrétiser par la mesure en cause qui est placée au cœur de la deuxième étape de l'analyse contentieuse. Il s'agit d'abord d'apprécier l'adéquation théorique des moyens mis en œuvre par la mesure. Le juge cherche à déterminer s'il est raisonnablement possible de s'attendre à ce qu'ils concourent à la réalisation de l'objectif légitime. Cette étape permet notamment d'écarter les motivations stéréotypées¹²²¹. Elle est parfois complétée par un contrôle concret de l'adéquation des moyens. Il est alors question de déterminer si, en pratique, ces moyens sont efficaces et permettent d'atteindre le but poursuivi. Si tel est le cas, cela

¹²¹⁹ Respectivement art. 1, al. 2, et art. L. 1132-1.

¹²²⁰ En ce sens, v. MINÉ, M., « Le concept de discrimination directe et indirecte », *op. cit.*, p. 10.

¹²²¹ V. *idem*, p. 11.

permet de valider le lien causal et de faire rejaillir la légitimité de l'objectif poursuivi sur les moyens par lesquels agit la mesure contestée¹²²².

316. Dans la troisième étape, enfin, le contrôle de la proportionnalité complète le processus de justification. C'est ici l'impact défavorable de la mesure qui sera évalué afin de s'assurer qu'il est aussi réduit que possible. Pour cela, le juge peut être amené à envisager les moyens alternatifs, notamment ceux qui sont réputés posséder un impact négatif moindre sur les droits fondamentaux¹²²³. Si certains de ces moyens auraient dû être envisagés selon le juge et emporter les faveurs du défendeur en raison du principe de proportionnalité, la mesure pourra être qualifiée de discrimination indirecte en dépit de la poursuite du but légitime.

317. Sans conteste, le détail du processus de justification idéalement modélisé ci-dessus¹²²⁴ transparait davantage de la motivation des cours européennes, Cour EDH¹²²⁵ et CJUE¹²²⁶, que de celle des juridictions nationales. À cette échelle, l'analyse fine est surtout perceptible à la lecture des décisions des juridictions de première instance¹²²⁷ et des cours d'appel¹²²⁸, et moindrement des arrêts de la Cour de cassation ou du Conseil d'État¹²²⁹.

318. Dès lors qu'est présumée une discrimination indirecte, sa reconnaissance contentieuse repose donc systématiquement et principalement sur la justification qui en constitue l'enjeu central¹²³⁰. Comme le souligne Marie-Thérèse Lanquetin, l'objet du contrôle n'est autre qu'un « discours sur

¹²²² Comme le résume parfaitement Marie-Ange Moreau : « les juges devront vérifier que le système de rémunération mis en œuvre permet bien d'attirer des candidats ou de les fidéliser par les systèmes fondés sur l'ancienneté des salariés travaillant à temps plein, que la flexibilité dans les systèmes de rémunération permet de compenser la souplesse exigée des salariés dans l'organisation du travail, que le système de prime évite l'absentéisme », etc. V. MOREAU, M.-A., « Les justifications des discriminations », *Dr. Soc.*, 2002, p. 1112 et s.

¹²²³ Sur ce point, v. not. CJCE, 9 février 1999, *Seymour-Smith*, aff. C-167/97, pt. 72 et CJCE, 19 mars 2002, *Lommers*, aff. C-476/99, pt. 39.

¹²²⁴ V. en un sens proche COMMISSION EUROPÉENNE (TOBLER, C.), *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, *op. cit.* p. 36-40.

¹²²⁵ Pour une illustration de l'appréciation de la légitimité de l'objectif poursuivi, v. COUR EDH, Grande ch., 24 mai 2016, *Biao c. Danemark*, req. n° 38590/10, § 115-127.

¹²²⁶ Pour une illustration, v. CJUE, Grande ch., 14 mars 2017, *Samira Achbita*, aff. C-157/15, pts. 35-43.

¹²²⁷ V. not. pour une illustration d'un raisonnement méthodique, TGI Grenoble, (4^{ème} ch. civ.), 18 mars 2013, n° 12/05389 ou encore TGI Albertville, (ch. civ.), 21 février 2012, n° 12/00048.

¹²²⁸ E.g. CA Paris, 31 janvier 2018, n° 161/2018 ; CA Paris, 11 juin 2010 reproduit sous Cass. soc., 3 juillet 2012, n° 10-23.013, *Bull. V*, n° 206 ; CAA Marseille, 11 octobre 2016, n° 15MA02860.

¹²²⁹ Sur la reconnaissance d'un objectif légitime et de moyens proportionnés justifiant la mesure, v. par exemple CE, Ass., 27 mars 2015, n° 372426, cons. 8, Lebon et CE, 1/6 SSR, 28 novembre 2014, n° 362823, cons. 10, mentionné aux tables. V. aussi sur ce point LASSERRE, B. (Vice-président du Conseil d'État), « L'Égalité des citoyens dans la République », Discours prononcé à l'École nationale de la magistrature, 29 novembre 2018, [URL : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/l-egalite-des-citoyens-dans-la-republique>] : « En parallèle, le juge administratif a approfondi son contrôle sur ces litiges en ayant recours au principe de proportionnalité et ce quel que soit le type de discrimination allégué. Le Conseil d'État contrôle ainsi explicitement l'absence de disproportion manifeste entre le traitement différencié et les différences de situation ou les motifs d'intérêt général. Là encore, l'influence du juge européen doit être soulignée ».

¹²³⁰ En ce sens, MINÉ, M., « Le concept de discrimination directe et indirecte », *op. cit.*, p. 10 : la « question de la justification apparaît comme la principale question pour la mise en œuvre du concept de discrimination indirecte ».

les valeurs » qui fondent la mesure litigieuse et il est question d'apprécier « la valeur d'une décision, d'un choix, d'une action, considérés comme justes, équitables, opportuns, honorables ou conformes au droit »¹²³¹. Cette exigence impose au défendeur d'expliquer ses choix ou son comportement par le biais d'une « argumentation circonstanciée puisant sa force dans les valeurs qu'elle mobilise dans l'ordre du raisonnement pratique »¹²³². Précisément parce qu'elle résulte d'un arbitrage entre des valeurs, l'admission de justifications a pu être décriée en ce qu'elle conduirait « à rendre aléatoire la sanction des discriminations indirectes »¹²³³. Le large pouvoir d'appréciation conféré aux juridictions dans le cadre de ce système ouvert pourrait même être considéré comme risquant de « [vider] la notion de discrimination indirecte de toute sa substance »¹²³⁴. Cela tend toutefois à occulter la nature du droit de la non-discrimination, qui vise la mise en place d'une technique de contrôle en vue de la réalisation de l'égalité¹²³⁵. Cette technique de contrôle repose sur l'évaluation, par le juge, au vu d'un cadre de justifications¹²³⁶, de la légitimité de certains traitements défavorables suspects, car fondés sur des caractéristiques protégées ou engendrant pour des groupes identifiés par elles un désavantage particulier. Cette évaluation est inévitablement fonction d'un point de vue particulier, d'une certaine axiologie¹²³⁷. Plus que sur l'opportunité de justifier ou non une présomption de discrimination indirecte, l'attention pourrait surtout être recentrée sur les raisons d'une permissivité plus grande dans ce dernier cas.

2) La justification systématique comme indulgence face à l'absence de caractère manifeste de la discrimination indirecte

319. Dans la mesure où la discrimination directe et la discrimination indirecte visent toutes deux la désignation de traitements défavorables illégitimes appréciés au regard d'une caractéristique protégée, il serait possible de conclure à l'existence de qualifications juridiques comparables. À cette comparabilité des situations répond pourtant l'édition de régimes juridiques distincts, qui font varier la possibilité pour le défendeur d'avancer des éléments d'explication, de manière systématique ou exceptionnelle. Partant de ce constat, il serait possible de chercher une explication à l'absence de régime unifié. La doctrine semble convergente sur ce point.

¹²³¹ LANQUETIN, M.-T., « Discrimination », *op. cit.*, § 256.

¹²³² *Idem*, § 257.

¹²³³ FONDIMARE, E., *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.*, p. 447.

¹²³⁴ *Idem*, p. 449.

¹²³⁵ Sur ce point, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, I, B.

¹²³⁶ Sur ce point, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, II., B.

¹²³⁷ Sur ce point, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, II, A et B.

320. Frédérique Ast considère que la plus grande difficulté pour le défendeur chargé de justifier une présomption de discrimination directe, contraint par un système fermé, trouve son fondement dans la nécessité « de stigmatiser les discriminations ostensibles »¹²³⁸. D'autres ont insisté en continuité sur le fait que « le comportement litigieux est », dans ce cas, « considéré comme tellement grave, pour diverses raisons, qu'aucune justification ne pourra jamais le valider »¹²³⁹. Les différences de traitement *expressément* fondées sur une caractéristique protégée mériteraient en somme davantage l'opprobre. La dualité du système de justification trouverait donc sa source dans la réprobation variable et la reconnaissance d'une illégitimité plus ou moins forte, traduisant une meilleure tolérance à l'égard des discriminations indirectes, *en apparence neutres*¹²⁴⁰. C'est ce que confirme Aurélie de Tonnac lorsqu'elle avance que, « malgré la proclamation de la règle générale d'interdiction des discriminations, il y a en pratique une forte tolérance à l'égard des règles produisant un effet indirectement discriminatoire »¹²⁴¹. La volonté de sanctionner plus durement les atteintes à l'égalité les plus graves semble, en soi, constituer un horizon compréhensible, un objectif légitime. Demeure néanmoins la question de savoir si, pour ce faire, les moyens employés (*i.e.* la mise en place d'un double standard qui fixe des régimes juridiques de justification différents en cas de discrimination directe ou indirecte) sont nécessaires et appropriés. Quelques doutes surgissent précisément à cet égard.

321. Il est d'abord possible de contester l'adéquation du double standard en matière de justification. Reconnaître sa pertinence théorique reviendrait en effet à considérer que le critère de gravité ainsi que la source de la réprobation d'un acte ou d'une mesure discriminatoire reposent exclusivement sur les modalités de production de l'effet défavorable – que traduit la distinction entre discriminations directes et indirectes. Il est pourtant permis d'en douter. L'acte consistant à distinguer dans une perspective maladroite de bienveillance en se fondant *expressément* sur une caractéristique protégée (*e.g.* refus d'embauche d'un jeune homme sur un poste à risque dans le cadre d'un chantier au motif qu'il est âgé de seulement dix-sept ans) est-il nécessairement plus grave que celui consistant à distinguer en se fondant sur un critère *en apparence neutre* afin d'écarter volontairement de l'emploi une catégorie de personnes par un biais indirect (*e.g.* exiger à dessein pour des motivations xénophobes une carte d'électeur – motif non prohibé – afin d'empêcher les

¹²³⁸ AST, F., « De l'(in)application de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme par la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité », *op. cit.*, p. 407.

¹²³⁹ BRILLAT, M., *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, *op. cit.*, p. 217.

¹²⁴⁰ En prolongement de ce propos, Manuela Brillat évoque la tendance de la Cour EDH à condamner les États sur le fondement de la discrimination indirecte plutôt que sur celui de la discrimination directe dans une démarche diplomatique de moindre réprobation – de la même manière que, lorsque cela lui est possible, elle constate un traitement cruel, inhumain et dégradant plutôt qu'un acte de torture au regard de l'article 3 de la Convention EDH. V. *idem*, p. 72.

¹²⁴¹ DE TONNAC, A., *L'action positive face au principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 130.

candidatures d'étrangers extracommunautaires¹²⁴²) ? L'intentionnalité et la malveillance constituent des facteurs d'appréciation de la gravité probablement plus fiables que le caractère explicite de la prise en compte d'un motif énuméré¹²⁴³. Or, c'est précisément parce que, d'une part, la discrimination malveillante est régulièrement confondue – à tort – avec la discrimination directe et que, d'autre part, la discrimination indirecte est fréquemment assimilée – de manière tout aussi inopportune – à une discrimination non intentionnelle que le droit reflète une intransigeance plus nette en cas de discrimination directe¹²⁴⁴.

322. Cette analyse ressort également à la lecture des décisions de juridictions étrangères, et en particulier de la décision *Meiorin* de la Cour suprême du Canada. Cette dernière estime que la distinction entre discriminations directes et indirectes repose en partie sur le « sentiment que la discrimination "non intentionnelle" due à des règles "neutres" ne mérite pas autant la réprobation de la loi »¹²⁴⁵. La Cour poursuit en reprenant les propos de Shelagh Day et Gwen Brodsky pour qui « il subsiste un sentiment que la discrimination directe est plus méprisante et plus répugnante sur le plan moral parce que son auteur a l'intention d'agir de manière discriminatoire ou qu'il l'a fait en connaissance de cause. Par contre, la discrimination par suite d'un effet préjudiciable est perçue comme étant "innocente", involontaire, accidentelle et, par conséquent, non répugnante sur le plan moral »¹²⁴⁶. La pertinence de cette conception erronée est opportunément déconstruite par la juge Beverley McLachlin dans la suite de la décision de 1999. Celle-ci souligne à propos que « l'employeur qui, de nos jours, aurait l'intention de faire preuve de discrimination formulerait rarement la règle de manière directement discriminatoire, si le même effet, voire un effet encore plus large, pouvait facilement être obtenu au moyen d'une formulation neutre »¹²⁴⁷. Elle ajoute que la discrimination indirecte, « forme plus subtile de discrimination », « est désormais beaucoup plus courante que la forme plus rudimentaire que constitue la discrimination directe flagrante »¹²⁴⁸. C'est pourquoi le maintien du double standard en matière de justifications admissibles, qui tend à perpétuer une équivalence spéieuse entre intentionnalité et modalité de production de l'effet défavorable, « confère une apparence de légitimité non méritée aux employeurs qui ont des intentions discriminatoires et la prudence de formuler la règle de manière neutre »¹²⁴⁹. La

¹²⁴² Cass. crim., 20 janvier 2009, n° 08-83.710, *Bull. crim.*, n° 19.

¹²⁴³ Ni l'intentionnalité ni la malveillance ne sont requises pour retenir la qualification de discrimination, à l'exception de la qualification en droit pénal qui, pour être caractérisée, exige de démontrer un élément intentionnel.

¹²⁴⁴ Sur cette question, v. entre autres, KHAITAN T. et COLLINS, H., « Indirect Discrimination Law : Controversies and Critical Questions », in KHAITAN T. et COLLINS, H. (edit.), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2018, p. 7-9. V. encore p. 20-21.

¹²⁴⁵ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 RCS 3, § 49.

¹²⁴⁶ *Ibidem*.

¹²⁴⁷ *Ibidem*.

¹²⁴⁸ *Ibidem*.

¹²⁴⁹ *Ibidem*.

hiérarchisation de la gravité entre les deux types de discrimination (*i.e.* directe ou indirecte) semble en conséquence extrêmement relative.

323. En prolongement, l'approche de la Cour EDH est instructive lorsqu'elle apprécie les arguments du défendeur. À défaut de faire varier la nature de son contrôle en fonction du type de discrimination – puisque, contrairement à la CJUE, elle admet systématiquement qu'une justification puisse être avancée, y compris pour les discriminations directes *prima facie* –, elle module son seuil d'exigence en fonction de motifs desquels découle, selon elle, la gravité de l'acte. C'est davantage le motif de discrimination au fondement de la défaveur qui joue à ce titre un rôle prépondérant, et le fait que ladite discrimination concerne « des groupes particulièrement vulnérables de la société, qui ont souffert d'une discrimination considérable par le passé »¹²⁵⁰. Lorsque le traitement défavorable repose sur la nationalité, la prétendue race, la couleur, l'origine ethnique, le sexe et l'orientation sexuelle, la Cour opte pour un contrôle strict, qui « appelle l'examen le plus rigoureux »¹²⁵¹ et qui exige une justification plus forte¹²⁵². Dans ces hypothèses, « la notion de justification objective et raisonnable doit être interprétée de manière aussi stricte que possible »¹²⁵³. Seules « des considérations très fortes »¹²⁵⁴ ou « des raisons particulièrement graves »¹²⁵⁵, voire « graves et convaincantes »¹²⁵⁶, peuvent justifier la discrimination présumée¹²⁵⁷.

324. Considérant, d'une part, l'aspect réducteur d'une inférence exclusive de la gravité de l'acte ou de la mesure à partir de la modalité de production de l'effet défavorable, et, d'autre part, l'utilisation

¹²⁵⁰ COUR EDH, 1^e sect., 10 mars 2011, *Kjyutin c. Russie*, req. n° 2700/10, § 63 (« Lorsqu'une restriction des droits fondamentaux s'applique à des groupes particulièrement vulnérables de la société, qui ont souffert d'une discrimination considérable par le passé, la marge d'appréciation accordée à l'État s'en trouve singulièrement réduite et celui-ci doit avoir des raisons particulièrement impérieuses pour imposer la restriction en question »). Plus largement, sur la variation du contrôle de la Cour et la réduction de la marge d'appréciation dans les affaires relatives à l'article 14 de la Convention EDH, v. SURREL, H., « L'appréciation contingente des justifications », *op. cit.*, p. 137.

¹²⁵¹ COUR EDH, 1^e sect., 17 juillet 2008, *Orsus et autres c. Croatie*, req. n° 15766/03, § 66.

¹²⁵² V. pour une illustration paroxystique COUR EDH, 2^e sect., 13 décembre 2005, *Timichev c. Russie*, req. nos 55762/00 et 55974/00, § 58.

¹²⁵³ COUR EDH, Grande ch., 13 novembre 2007, *DH et autres c. République tchèque*, req. n° 57325/00, § 196 (à propos des différences de traitement fondées sur la prétendue race, la couleur ou l'origine ethnique). V. encore COUR EDH, 1^e sect., 5 juin 2008, *Sampanis et autres c. Grèce*, req. n° 32526/05, § 84 et COUR EDH, Grande ch., 22 décembre 2009, *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, req. nos 27996/06 et 34836/06, § 44.

¹²⁵⁴ COUR EDH, Grande ch., 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 40080/07, § 52 (à propos d'une discrimination fondée sur le sexe). COUR EDH, 1^e sect., 16 mars 2010, *Orsus et autres c. Croatie*, req. n° 15766/03, § 149 (à propos d'une discrimination fondée sur la race). COUR EDH, Grande ch., 18 février 2009, *Andrejeva c. Lettonie*, req. n° 55707/00, § 87 (à propos d'une discrimination fondée sur la nationalité). V. au préalable COUR EDH, Plén., *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Espagne*, *op. cit.*, § 78, pour une formulation légèrement distincte qui se réfère non à des « considérations » mais à des « raisons très fortes » (à propos d'une discrimination fondée sur le sexe).

¹²⁵⁵ COUR EDH, 1^e sect., 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, req. n° 40016/98, § 37 (à propos d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle).

¹²⁵⁶ COUR EDH, Grande ch., 22 janvier 2008, *E.B. c. France*, req. n° 43546/02, § 91 (à propos d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle).

¹²⁵⁷ En un sens proche, v. le contrôle appliqué par les juridictions tchèques tel qu'exposé *in* HAVELKOVÁ, B., « The Pre-Eminence of the General principle of Equality over Specific Prohibition of Discrimination on Suspect Grounds in Czechia », *op. cit.*, p. 82.

par la Cour EDH de facteurs alternatifs en vue de la modulation de son exigence face aux justifications avancées, il est permis de mettre en cause l'adéquation du double standard en matière de justification des discriminations *prima facie*. Cela est d'autant plus opportun que le droit positif interne semble progressivement brouiller la frontière initialement tracée. Alors que certains observateurs ont pu affirmer, classiquement, que « la justification objective est une question qui doit être examinée dans le contexte de la discrimination indirecte seulement »¹²⁵⁸, l'assertion tend désormais vers l'obsolescence au regard des récents développements du droit interne.

II. Le rapprochement progressif des régimes juridiques ou l'obsolescence du double standard de justification

325. Le double standard en matière de justification des présomptions de discrimination fut fondé par les premiers développements juridiques, européens et nationaux, du droit de la non-discrimination. Or, comme cela a déjà pu être relevé, et comme cela résulte de l'exposé des justifications *numerus clausus*, il s'agit précisément d'un droit qui « n'est pas le résultat d'une réflexion visant à lui assurer une certaine unité mais constitue uniquement le résultat de différentes couches et sous-couches législatives qui se sont accumulées ces trente dernières années [le] rendant peu lisible »¹²⁵⁹. Cette illisibilité peut résulter de la complexité et de l'hétérogénéité des dispositions¹²⁶⁰. Elle peut encore, de manière plus problématique, résulter de leur antinomie. Tel est désormais le cas en matière de justification des présomptions de discrimination. La cohérence du dispositif initial qui reposait sur le double standard a été rongée par diverses modifications législatives, jusqu'à être finalement détruite (A). L'unification du dispositif sur ce point mériterait en conséquence d'être envisagée. S'il ne saurait être question de généraliser un système fermé de justification (*i.e. numerus clausus*), c'est à l'inverse l'hypothèse d'une clause générale et commune de justification – y compris en cas de présomption de discrimination directe – qui mérite d'être examinée. Cela implique toutefois de considérer les craintes qui émergent face à cette hypothèse et les arguments critiques, finalement non rédhibitoires, qui ont pu être formulés (B).

A. Un rapprochement en deux temps des régimes de justification

326. Les initiatives communautaires et les modifications de la législation nationale ont considérablement altéré l'équilibre établi par le double standard au cours des années 2000. Celui-ci

¹²⁵⁸ COMMISSION EUROPÉENNE (TOBLER, C.), *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, *op. cit.*, p. 37.

¹²⁵⁹ SLAMA, S., « La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ? », *loc. cit.*

¹²⁶⁰ Sur ce point, v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, II, A.

a finalement imposé sous la pression de deux vagues successives. La première fut incarnée par la généralisation à tous les motifs de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante (1). La seconde, plus hétérogène, a trouvé son point d'orgue en novembre 2016. Elle se structure autour de plusieurs initiatives des législateurs européen et national qui vont dans le sens d'une ouverture systématique à la justification des présomptions de discrimination directe (2).

1) L'apparition d'un régime semi-ouvert de justification des présomptions de discrimination directe

327. Le périmètre de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante était initialement circonscrit en droit communautaire. La directive 76/207/CE, relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, prévoyait simplement une possibilité pour les États membres d'exclure du champ d'application de la directive les activités professionnelles et les formations pour lesquelles, « en raison de leur nature ou des conditions de leur exercice, le sexe constitue une condition déterminante »¹²⁶¹. Le législateur français a saisi l'occasion pour intégrer dès 1983 au sein de la loi Le Pors la possibilité « exceptionnelle » de procéder à des recrutements distincts en fonction du sexe « lorsque l'appartenance à l'un ou à l'autre sexe constitue une condition déterminante de l'exercice des fonctions »¹²⁶². La CJCE a néanmoins refusé de reconnaître sur le fondement de cette disposition la pertinence de maintenir des recrutements distincts pour le personnel de direction, le personnel technique et le personnel de formation des services extérieurs de l'administration pénitentiaire et des cinq corps de la police nationale¹²⁶³. Au nom de la sécurité publique, elle a en revanche admis la possibilité de réserver certaines tâches de maintien de l'ordre à des hommes dans un contexte caractérisé par des attentats fréquents¹²⁶⁴ ou encore la possibilité d'exclure les femmes de certaines unités spéciales de combat¹²⁶⁵. Au-delà des dispositions applicables à la fonction publique, le Code du travail fut également modifié afin d'étendre cette dérogation au secteur privé. Depuis 1983, lorsque « l'appartenance à l'un ou l'autre sexe est la condition déterminante de l'exercice d'un emploi ou d'une activité professionnelle », elle peut être prise en compte en vue de l'adoption de diverses mesures (*e.g.* mention du sexe sur une offre d'emploi, refus d'embauche, mutation, refus de

¹²⁶¹ Art. 2 de la directive 76/207/CE.

¹²⁶² Ancien art. 6, al. 2, désormais art. 6 *bis*, al. 3, de la loi Le Pors.

¹²⁶³ CJCE, 30 juin 1988, *Commission des Communautés européennes c. République française*, aff. 318/86.

¹²⁶⁴ CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston*, aff. 222/84. *A contrario*, en dehors de ce contexte, v. CJCE, 11 janvier 2000, *Tanja Kreil*, aff. C-285/988.

¹²⁶⁵ CJCE, 26 octobre 1999, *Angela Maria Sirdar*, aff. C-273/97.

renouvellement ou résiliation du contrat)¹²⁶⁶. Cette possibilité est toutefois strictement encadrée puisqu'un décret en Conseil d'État est chargé de déterminer la liste limitative des emplois pour lesquels le sexe peut être perçu comme une condition essentielle et déterminante¹²⁶⁷. Or, ledit décret de 1984 limite cette liste à trois activités professionnelles seulement : les artistes amenés à interpréter un rôle masculin ou féminin, les mannequins amenés à présenter des lignes de vêtements et accessoires, ainsi que les modèles¹²⁶⁸. Le droit pénal intégra enfin cette justification des discriminations directes *prima facie* fondées sur le sexe en 1994, en limitant sa recevabilité au refus d'embauche¹²⁶⁹.

328. Cette conception initialement restreinte, limitée au sexe et sujette à une interprétation stricte, fut bouleversée par l'émergence des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE qui en amorcèrent la généralisation. En dépit d'un esprit inchangé, deux précisions vinrent compléter la dérogation. D'une part, la justification fut généralisée au-delà du sexe et devint applicable à huit motifs supplémentaires (la religion, les convictions, le handicap, l'âge, l'orientation sexuelle, la prétendue race et l'origine ethnique). D'autre part, les critères de la grille d'analyse soumise au juge en vue d'apprécier la légitimité du traitement défavorable furent complétés d'un troisième élément. Outre la nécessité de caractériser une « exigence professionnelle essentielle et déterminante » – substituée à l'ancienne « condition déterminante »¹²⁷⁰ –, au regard de la nature ou des conditions d'exercice de l'emploi, il lui appartient également de vérifier que ladite exigence est proportionnée et répond à un objectif légitime¹²⁷¹. Loin d'être anodine, cette formulation reprend les deux piliers de la clause générale de justification prévue en cas de discrimination indirecte (*i.e.* objectif légitime et moyens nécessaires et appropriés). Quand bien même les considérants des directives de 2000 laissent-ils entendre que les hypothèses visées se réduisent à « des circonstances très limitées »¹²⁷², la mention

¹²⁶⁶ Ancien art. L. 123-1 du Code du travail. Désormais, l'art. L. 1142-2, al. 1, dispose : « Lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée, les interdictions prévues à l'article L. 1142-1 ne sont pas applicables ».

¹²⁶⁷ Art. L. 1142-2, al. 2, du Code du travail.

¹²⁶⁸ Art. R. 1142-1 du Code du travail (ancien art. R. 123-1) issu du décret n° 84-385 du 27 mai 1984.

¹²⁶⁹ Art. 225-3, 3°, du Code pénal : la sanction de la discrimination n'est pas applicable « aux discriminations fondées, en matière d'embauche, sur le sexe lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue, conformément aux dispositions du code du travail ou aux lois portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique, la condition déterminante de l'exercice d'un emploi ou d'une activité professionnelle ».

¹²⁷⁰ Qui subsiste malgré tout à l'article 6 *bis* de la loi Le Pors faute de modification.

¹²⁷¹ V. art. 4 des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE : « les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique [protégée] ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée ».

¹²⁷² Cons. 18 et 23 des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE. Plus particulièrement, deux secteurs d'activités semblent particulièrement visés par la justification de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante : d'une part, « les forces armées ainsi que les services de police, pénitentiaires ou de secours », notamment en vue préserver « le caractère opérationnel de ces services » (cons. 18 de la directive 2000/78/CE) ; d'autre part, les Églises et « autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions », notamment afin de

demeure sujette à l'interprétation des juridictions nationales. Sous réserve d'être admis par ces dernières, le lien tissé entre des caractéristiques protégées et des compétences ou capacités en vue de l'accomplissement de certaines fonctions n'emporte plus automatiquement prohibition de la mesure. La justification par le défendeur de la présomption de discrimination gagne du terrain et rapproche ainsi les régimes juridiques applicables aux discriminations directes et indirectes.

329. Ce rapprochement fut encore renforcé par la transposition des directives communautaires dès lors que les listes de motifs énumérées sont bien plus fournies en droit interne. En droit pénal, le législateur s'était d'abord contenté en 2008 d'élargir l'exigence professionnelle essentielle et déterminante – au-delà du sexe – à l'âge et à l'apparence physique¹²⁷³, tout en la cantonnant à l'embauche¹²⁷⁴. Elle fut ensuite étendue à l'ensemble des vingt-trois motifs mentionnés à l'article 225-1¹²⁷⁵. Dans une conception plus large, applicable à toute différence de traitement et non plus seulement à l'embauche, le Code du travail et la loi du 27 mai 2008 reprennent à l'identique – ou presque¹²⁷⁶ – la formulation des directives. La justification étant applicable à l'ensemble des motifs énumérés, son emprise s'est élargie à mesure que le législateur complétait les listes, passant respectivement, entre mai 2008 et mai 2020, de dix-neuf à vingt-six et de huit à vingt-quatre motifs. La limitation du champ de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante au sexe et aux trois professions mentionnées par le décret de 1984 semble alors lointaine¹²⁷⁷. Cette application restreinte de la clause de justification se trouve désormais reléguée à l'évanescence – bien qu'elle doive continuer à être interprétée restrictivement en droit du travail concernant le motif du sexe, pour lequel continue de s'appliquer la disposition spéciale de l'article L. 1142-1 du Code du travail¹²⁷⁸.

« requérir des personnes travaillant pour elles une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation » (cons. 24 et art. 4, 2., de la directive 2000/78/CE).

¹²⁷³ Art. 225-3, 3°, du Code pénal, modifié par l'art. 7 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008.

¹²⁷⁴ Certains auteurs se sont interrogés sur le fait de savoir si ce champ d'application, limité à l'embauche, incluait ou non le cas de stagiaires. En ce sens, v. BERTHOU, K., « Différences de traitement : esquisse des "exigences professionnelles essentielles" après la loi du 27 mai 2008 », *loc. cit.*

¹²⁷⁵ Art. 225-3, 3°, du Code pénal, modifié par l'art. 86 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016.

¹²⁷⁶ Sur les nuances de rédaction existant entre la formulation du Code du travail applicable en matière de sexe et l'article 14 de la directive 2006/54/CE dite « refonte », v. BERTHOU, K., « Différences de traitement : esquisse des "exigences professionnelles essentielles" après la loi du 27 mai 2008 », *loc. cit.*

¹²⁷⁷ V. *ibidem*.

¹²⁷⁸ La difficulté liée à l'incertitude du cadre juridique est ainsi résumée par la HALDE dans sa Délibération n° 2009-21, 26 janvier 2009 : « Certains [auteurs] dénoncent le fait que la formulation générale de l'article L. 1133-1 et du premier alinéa de l'article L. 1142-2 du Code du travail pourrait être interprétée de manière à autoriser l'employeur à définir lui-même les activités professionnelles pour lesquelles le sexe constituerait une exigence professionnelle essentielle et déterminante, au-delà de la liste limitée des emplois et activités énumérés à l'article R. 1142-1 du Code du travail. Pour les emplois figurant dans la liste révisée, l'employeur n'aurait pas à apporter de justification particulière. En revanche, pour les autres activités, l'employeur qui aurait posé unilatéralement une telle exigence ne serait tenu d'en justifier le caractère légitime que devant le juge, en démontrant que la mesure discriminatoire en cause constitue véritablement "une exigence professionnelle essentielle et déterminante" et qu'elle est proportionnée au regard de l'objectif poursuivi ». La HALDE opte en réaction pour l'interprétation des justifications admissibles la plus limitative possible, en avançant l'argumentaire suivant : « les directives "sexe" et la jurisprudence de la CJCE en la matière imposent aux États de déterminer spécifiquement les activités exclues du champ d'application du principe de non-discrimination et d'interpréter strictement cette dérogation conformément aux exigences d'objectivité et de

D'une part, la justification est désormais applicable à tout motif, y compris à la religion (*e.g.* rejet de la candidature d'une femme de confession musulmane refusant de retirer son voile dans le cadre du recrutement d'une mannequin chargée de représenter une marque spécialisée dans les soins capillaires¹²⁷⁹), ou à la prétendue race (*e.g.* choix d'un comédien perçu comme noir pour incarner le rôle d'Othello dans le cadre d'une représentation théâtrale). D'autre part, la logique de reconnaissance par le législateur des exceptions au principe de non-justification des présomptions de discrimination directe (*i.e.* système fermé) est progressivement écartée. En lieu et place, c'est une appréciation contentieuse, au cas par cas, en fonction de l'argumentation des parties et de la conviction du juge, qui prévaut désormais.

330. À l'instar du processus applicable en matière de discrimination indirecte, c'est donc au juge qu'il appartient d'évaluer les caractères objectif, pertinent et proportionné des explications avancées par le défendeur. Celui-ci doit démontrer que la compétence est « essentielle et déterminante » car elle est indispensable au bon accomplissement des tâches à effectuer – elles-mêmes précisément identifiées – et qu'il s'agit d'une « nécessité opérationnelle »¹²⁸⁰. Il lui incombe ensuite de convaincre de l'adéquation du lien établi entre la compétence en cause et le motif de discrimination¹²⁸¹. La CJUE a eu l'occasion à de multiples reprises de rappeler sur ce point que « c'est non pas le motif sur lequel est fondée la différence de traitement [*e.g.* le handicap], mais une caractéristique liée à ce motif [*e.g.* la mobilité] qui doit constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante »¹²⁸². La proportionnalité est enfin évaluée, conduisant le juge à apprécier l'aspect raisonnable ou déraisonnable de l'effet d'exclusion en tenant compte éventuellement des rationalités sous-jacentes à l'organisation de l'activité, des contraintes qui pèsent sur la structure et des moyens alternatifs envisageables.

transparence. La dérogation au principe de non discrimination à raison du sexe n'a pas vocation à devenir une faculté pour chaque employeur de déterminer ses propres critères en matière d'exigences professionnelles essentielles et déterminantes ». Elle actait néanmoins le fait que « L'incertitude quant à l'interprétation qui sera faite de l'article L. 1142-2 du Code du travail fait naître une insécurité juridique ». L'hypothèse restrictive de la seule application de l'article L. 1142-1 du Code du travail en matière d'exigence professionnelle essentielle et déterminante en fonction du sexe fut confirmée par la suite, entre autres, *in* DÉFENSEUR DES DROITS, Décision n° 2018-194, 2 octobre 2018.

¹²⁷⁹ L'exemple est ici emprunté à Aurélia de Tonnac. V. DE TONNAC, A., *L'action positive face au principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 123.

¹²⁸⁰ BERTHOU, K., « Différences de traitement : esquisse des "exigences professionnelles essentielles" après la loi du 27 mai 2008 », *loc. cit.*

¹²⁸¹ À titre complémentaire, pour une explication détaillée de la méthode d'évaluation de l'expérience professionnelle essentielle et déterminante par le juge canadien, v. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 RCS 3, § 50-68.

¹²⁸² CJUE, Grande ch., 12 janvier 2010, *Colin Wolf*, *op. cit.*, pt. 35. V. encore CJUE, Grande ch., 13 septembre 2011, *Reinhard Prigge et al.*, aff. C-447/09, pt. 66 ou CJUE, 2^e ch., 13 novembre 2014, *Vital Pérez*, aff. C-416/13, pt. 36.

331. Parmi les principales préoccupations de la doctrine figurait la crainte que les attentes abusives des tiers ne dictent la reconnaissance des justifications admises¹²⁸³. La jurisprudence de la CJUE est claire sur ce point : l'exigence doit être « objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité », ce qui exclut les « considérations subjectives, telles que la volonté de l'employeur de tenir compte des souhaits particuliers du client »¹²⁸⁴. La formulation n'est pas sans rappeler la jurisprudence de la Cour EDH selon laquelle l'exclusion de personnes homosexuelles reposant sur les stéréotypes et ressentis de leurs collègues constitue une tentative de justification absolument inopérante¹²⁸⁵.

332. Cet encadrement jurisprudentiel apporte un début de réponse aux observateurs redoutant qu'une « acceptation trop large [ruine] l'objectif [de lutte contre les discriminations], en permettant la manifestation de stéréotypes de toute nature »¹²⁸⁶. Si elles suscitent les craintes, les dispositions ci-dessus envisagées, nouvellement transposées en droit interne, permettent avant tout de corriger le « caractère obsolète, trop rigide de la rédaction du Code du travail et des conséquences absurdes qui pouvaient en résulter »¹²⁸⁷. Louis Schweitzer, ancien président de la HALDE, ne disait pas autre chose lorsque, au cours des travaux préparatoires à l'adoption de la loi du 27 mai 2008, il soulignait au sujet du régime juridique de justification des présomptions de discrimination directe, que « cette conception restrictive [pouvait] aboutir à des situations difficiles à gérer, des considérations parfaitement justifiables risquant ainsi de se trouver en marge du droit »¹²⁸⁸. L'émergence d'une

¹²⁸³ Par exemple, v. BENICHO, S., *Le droit à la non-discrimination « raciale »*, *op. cit.*, p. 69 (« Ainsi peut se poser la question de savoir si l'origine du candidat à un poste de serveur dans un restaurant asiatique pourrait être admise comme une exigence professionnelle essentielle au sens de la directive européenne, l'hypothèse étant que la rentabilité de l'entreprise serait alors favorisée par l'"authenticité" des serveurs »). V. aussi DUBOUT, É., *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 492. V. encore BERTHO, K., « Différences de traitement : esquisse des "exigences professionnelles essentielles" après la loi du 27 mai 2008 », *loc. cit.* (au sujet de « questions posées lors de l'embauche dans une agence d'hôtesse : taille, poids, tour de poitrine et bonnet » : « s'il est vrai qu'il est maintenant possible d'introduire des différences de traitement sur l'apparence physique tant devant le juge prud'homal que devant le juge pénal, la motivation invoquée par l'employeur (la taille des uniformes) serait-elle jugée comme essentielle et légitime ? »).

¹²⁸⁴ CJUE, Grande ch., 14 mars 2017, *Asma Bougnaoui*, aff. C-188/15, pt.40.

¹²⁸⁵ COUR EDH, 3^e sect., 27 septembre 1999, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, req. n^{os} 33985/96 et 33986/96 : au sujet de la « présence au sein de l'armée de personnes ouvertement homosexuelles ou soupçonnées de l'être » qui affecterait les conditions d'accomplissement des missions et justifierait leur exclusion en raison du ressenti de leurs collègues, la Cour EDH a considéré que « ces attitudes, même si elles reflètent sincèrement les sentiments de ceux qui les ont exprimées, vont d'expressions stéréotypées traduisant de l'hostilité envers les homosexuels à un vague malaise engendré par la présence de collègues homosexuels. Dans la mesure où ces attitudes négatives correspondent aux préjugés d'une majorité hétérosexuelle envers une minorité homosexuelle, la Cour ne saurait les considérer comme étant en soi une justification suffisante aux ingérences dans l'exercice des droits susmentionnés des requérants, pas plus qu'elle ne le ferait pour des attitudes négatives analogues envers les personnes de race, origine ou couleur différentes ». V. aussi COUR EDH, 3^e sect., 27 septembre 1999, *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*, req. n^{os} 31417/96 et 32377/96.

¹²⁸⁶ MINÉ, M., « Le concept de discrimination directe et indirecte », *op. cit.*, p. 7.

¹²⁸⁷ BERTHO, K., « Différences de traitement : esquisse des "exigences professionnelles essentielles" après la loi du 27 mai 2008 », *loc. cit.*

¹²⁸⁸ Propos rapportés par la sénatrice Christiane Hummel in SÉNAT (HUMMEL, C.), *Rapport d'information n° 252 (2007-2008) fait au nom de la délégation aux droits des femmes*, *loc. cit.*

dérogação supplémentaire par le biais de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante¹²⁸⁹, généralisée à l'ensemble des motifs et qui replace l'appréciation des juridictions au cœur du processus de justification, permet ainsi de rectifier les excès d'un système fermé et incomplet.

333. La présomption de discrimination directe n'est plus automatiquement sanctionnée en matière d'emploi et une possibilité est laissée au défendeur de rentrer pleinement dans le débat contradictoire au sujet de la légitimité de la mesure litigieuse¹²⁹⁰. En tant que justification générale (*i.e.* applicable à tous les types de discrimination), systématique (*i.e.* laissant toujours ouverte au défendeur la voie de l'explication) et transversale (*i.e.* applicable à tous motifs¹²⁹¹), l'exigence professionnelle et déterminante constitue un bouleversement considérable de l'équilibre préalablement établi par le double standard en matière de justification. L'évolution conduit par exemple Morgan Sweeney à affirmer que « le droit communautaire prévoit une exception, aujourd'hui généralisée, aux règles de non-discrimination »¹²⁹². Cette exception généralisée ne concerne toutefois que la sphère de l'emploi. Il ne s'agit en cela que d'un élément contribuant à un changement de paradigme, pour partie fonction d'autres facteurs tels l'aménagement de la charge de la preuve et, surtout, les récentes modifications de la loi de 2008.

2) L'émergence d'un régime ouvert de justification des présomptions de discrimination directe

334. En cas de discrimination directe *prima facie*, le droit communautaire précise dans le cadre de l'aménagement de la charge de la preuve qu'il « incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement »¹²⁹³. Lors de sa transposition en droit interne, la formule fut toutefois amendée. Les dispositions applicables depuis 2001 en droit du

¹²⁸⁹ Pour une analyse détaillée de l'interprétation de cette exigence par le Défenseur des droits, v. SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 218-243.

¹²⁹⁰ V. SAÏD, K., « La loi du 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations : vers l'admission d'une justification des discriminations », *RDT*, 2008, p. 389 et s.

¹²⁹¹ Et non plus seulement pour les présomptions de discrimination directe fondée sur l'âge. Sur ce point, v. DE TONNAC, A., *L'action positive face au principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 146 : « l'article 6 §1 constitue presque une règle générale permettant de justifier toute discrimination directe présumée fondée sur l'âge en pratique, à l'instar de la discrimination indirecte [...] L'article 6 §1 introduit de fait une obligation de contrôle quasi-systématique de l'objectif pour le motif de l'âge, ce que le contentieux confirme, puisque les différences de traitement sur ce motif font presque toujours l'objet d'une tentative de justification au regard de l'article 6 § 1. Cette disposition crée donc une importante rupture dans la logique du droit de l'Union qui n'entend apparemment pas différencier les possibilités de justification par rapport à une supposée gravité des motifs ».

¹²⁹² SWEENEY, M., *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, *op. cit.*, p. 568.

¹²⁹³ Art. 4 directive 97/80/CE relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, puis art. 8, 1., de la directive 2000/43 et art. 10, 1., de la directive 2000/78.

travail¹²⁹⁴, et depuis 2008 en droit civil et administratif¹²⁹⁵, sont plus précises : « il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination »¹²⁹⁶. La notion de « justification objective », liée à la clause générale de justification des discriminations indirectes, transparait en creux. Elle laisse penser à un rapprochement avec le processus de justification des discriminations directes. D'autant plus que l'aménagement de la charge de la preuve replace l'appréciation casuistique au cœur de l'analyse en ajoutant que « le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles »¹²⁹⁷. Après le constat d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante comme système semi-ouvert de justification, il convient de s'intéresser au potentiel de ces dispositions, susceptibles de consacrer un système ouvert de justification des discriminations directes *prima facie*. Car comme le souligne Lucie Cluzel-Métayer, « ce nouveau raisonnement incite le juge à accroître son contrôle sur les justifications avancées par [le défendeur] »¹²⁹⁸.

335. La doctrine est toutefois généralement prompte à se prémunir des amalgames en la matière. Il a ainsi pu être précisé qu'« il ne faut pas que la question de la répartition de la charge de la preuve se confonde avec celle de la justification d'une discrimination »¹²⁹⁹ ou, de manière proche, que l'aménagement de la charge de la preuve « n'introduit nullement une possibilité générale de déroger à l'interdiction de discriminer directement fondée sur l'objectif poursuivi »¹³⁰⁰. Il conviendrait plus sûrement de distinguer rigoureusement ces questions procédurales, ayant des implications précises et distinctes. Dans le cas de l'aménagement de la charge de la preuve, le défendeur ne pourrait que *contester* les éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination, par exemple en révélant l'absence d'influence du motif de discrimination dans la prise de décision, en établissant que le traitement n'est en réalité pas « moins favorable », ou en démontrant l'absence de comparabilité

¹²⁹⁴ Art. L. 1134-1 du Code du travail (ancien art. L. 122-45, al. 4).

¹²⁹⁵ Art. 4 de la loi du 27 mai 2008.

¹²⁹⁶ L'ajout est emprunté à la jurisprudence de la CJCE qui, dans sa motivation, a parfois mobilisé cette notion d'« éléments objectifs étrangers à toute discrimination ». V. not. CJCE, 6e ch., 17 juin 1998, *Kathleen Hill et Ann Stapleton*, aff. C-243/95, pt. 34 : « Dans un tel cas, il convient de constater que des dispositions telles que celles en cause au principal aboutissent en fait à une discrimination des travailleurs féminins par rapport aux travailleurs masculins et doivent, en principe, être considérées comme contraires à l'article 119 du traité et, par conséquent, à la directive. *Il n'en irait autrement qu'au cas où la différence de traitement entre les deux catégories de travailleurs se justifierait par des facteurs objectifs étrangers à toute discrimination* fondée sur le sexe » (nous soulignons).

¹²⁹⁷ Art. L. 1134-1 du Code du travail (ancien art. L. 122-45, al. 4) et art. 4 de la loi du 27 mai 2008.

¹²⁹⁸ CLUZEL-MÉTAYER, L., « Les collectivités territoriales face aux discriminations dans l'emploi », *Dr. Adm.*, n° 8-9, prat. 3, 2011.

¹²⁹⁹ MOIZARD, N. « Justification d'une discrimination directe et exercice du pouvoir de direction », *loc. cit.*

¹³⁰⁰ DE TONNAC, A., *L'action positive face au principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 139 (au sujet de l'aménagement de la charge de la preuve interprété par la décision CJCE, 6e ch., 26 juin 2001, *Susanna Brunnhofer*, aff. C-381/99). Récemment, v. aussi MAILLARD-PINON, S., « La justification des discriminations dans l'emploi – Le regard du travailleur », *loc. cit.*

des situations¹³⁰¹. Dans le cas de la justification, le défendeur n'aurait en revanche plus à contester l'établissement d'une présomption de discrimination mais à *justifier* sa légitimité, ce qui suppose d'en reconnaître l'existence.

336. C'est ce que confirme la jurisprudence de la CJUE qui distingue entre la défense de la mesure litigieuse dans le cadre de l'aménagement de la charge de la preuve et la défense de la mesure dans le cadre de la justification. La Cour de Luxembourg a ainsi précisé dans son arrêt *Susanna Brunnhofer* du 26 juin 2001 que, en cas traitement défavorable apprécié au regard d'un motif de discrimination, « l'employeur a alors la possibilité *non seulement de contester que les conditions d'application* du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins sont réunies en l'espèce, *mais également de faire valoir des motifs objectifs et étrangers* à toute discrimination fondée sur le sexe en vue de justifier la différence de rémunération constatée »¹³⁰². La stratégie diffère en conséquence selon que la présomption de discrimination directe est *contestée* ou *justifiée*.

337. Dans les deux cas en revanche, à défaut de systématiquement justifier le *traitement défavorable*, il s'agit bien de justifier la *mesure* ou le *comportement* litigieux pour ainsi échapper à la qualification de discrimination. La fonction est donc semblable si ce n'est identique lorsqu'elle est appréciée téléologiquement. C'est ce que confirme Marie-Ange Moreau au sujet de la discrimination indirecte lorsqu'elle avance : « qu'il s'agisse des standards dégagés pour qualifier les discriminations indirectes ou de l'application des règles sur l'aménagement de la charge de la preuve, l'approche [...] est identique » puisque les règles « renvoient à la même preuve d'une justification à la charge de l'employeur »¹³⁰³. La justification a, dans les deux cas, « une fonction identique qui explique que son appréhension par [les] juges soit opérée à partir des mêmes critères de référence »¹³⁰⁴. Les processus de contestation de la présomption de discrimination et de sa justification interviennent par ailleurs dans le même temps procédural, à savoir juste après qu'elle a été établie par le requérant. La distinction en est d'autant moins aisée. Cela conduit à reconnaître que, « dans des cas pratiques, il n'est pas toujours possible de distinguer les questions de [contestation de la] comparabilité et de justification objective au sens véritable du terme »¹³⁰⁵. C'est ce que confirme également Sophie

¹³⁰¹ V. ici ICARD, P. et LAIDIÉ, Y. (dir.), *Le principe de non-discrimination : l'analyse des discours*, CREDESPO, Université de Bourgogne, rapport réalisé avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, juin 2016, p. 328-329.

¹³⁰² CJCE, 6^e ch., 26 juin 2001, *Susanna Brunnhofer*, *op. cit.*, pt. 80 (nous soulignons). Relevons qu'il était bien question en l'espèce de préciser les modalités de justification d'une présomption de discrimination au sens de l'art. 119 du traité CE. V. not. pt. 52.

¹³⁰³ MOREAU, M-A., « Les justifications des discriminations », *loc. cit.*

¹³⁰⁴ *Ibidem*.

¹³⁰⁵ COMMISSION EUROPÉENNE (TOBLER, C.), *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, *op. cit.*, p. 38, au sujet de CJCE, 6^e ch., 7 décembre 2000, *Julia Schnorbus*, aff. C-79/99.

Robin-Olivier lorsqu'elle met en relief le caractère spécieux de la distinction, loin d'être aisée en pratique et souvent instrumentalisée¹³⁰⁶.

338. L'observation de la jurisprudence des cours nationales révèle, de plus, une tendance à faire découler de l'aménagement de la charge de la preuve un contrôle extrêmement large du bien-fondé de la différence de traitement imputée au défendeur, allant bien au-delà des justifications *numerus clausus* législativement consacrées. Ce point peut être illustré par un arrêt de la cour administrative d'appel de Douai du 17 août 2017 relatif au retrait de la garde de deux enfants placés, intervenant après que les services sociaux ont découvert la confession de la requérante, témoin de Jéhovah¹³⁰⁷. Alors qu'il était établi sans ambiguïté que les services sociaux avaient pris en compte *expressément* la confession de la requérante dans son processus de décision (*i.e.* discrimination directe *prima facie*), le juge administratif relève qu'il appartient au défendeur de produire les éléments de fait permettant d'établir que la mesure « repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ». Pour finalement conclure que la mesure est justifiée, il évalue dans ce cadre les sept arguments principalement avancés, dont aucun ne relève d'une exception *numerus clausus* à la discrimination fondée sur la religion¹³⁰⁸. Cette conclusion intervient non sans qu'ait été rappelée en amont l'importance « des exigences qui s'attachent aux principes à valeur constitutionnelle des droits de la défense », de « la confrontation des écritures des parties et de l'examen des pièces versées à l'instruction », ainsi que l'aspect central de l'appréciation du juge, qui « se détermine au vu de ces échanges contradictoires »¹³⁰⁹.

339. La confusion ainsi opérée entre le processus de *contestation* de de la présomption de discrimination et de la *justification* de la différence de traitement peut encore être illustrée par certaines décisions de la Cour de cassation. En cas de discrimination directe présumée dans l'emploi et fondée sur l'origine, la seule justification admissible repose théoriquement sur l'exigence

¹³⁰⁶ ROBIN-OLIVIER, S., *Le principe d'égalité en droit communautaire. Étude à partir des libertés économiques*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, p. 28. L'auteure précise que « les deux étapes du raisonnement sont souvent difficiles à distinguer » et qu'il est « difficile de déterminer si les raisons objectives invoquées visent à montrer l'absence de discrimination, c'est-à-dire le fait que les situations ne sont pas comparables ou si elles tendent à justifier une discrimination ». Elle ajoute qu'il « semble exister dans la jurisprudence de la Cour une tendance à inclure l'éventuelle justification d'une discrimination dans l'appréciation de la comparabilité qui conduirait le cas échéant à la constatation d'une discrimination ».

¹³⁰⁷ CAA Douai, 17 août 2017, n° 15DA00575.

¹³⁰⁸ En résumé : nécessité de réévaluer les conditions d'accueil au sein du domicile de la requérante pour s'assurer qu'elles demeuraient suffisantes en vue de la santé, la sécurité et l'épanouissement des enfants ; prise en compte légitime de sa confession au regard des implications possibles sur l'accomplissement de son rôle (*e.g.* préconisation de l'isolement social, refus de transfusions sanguines) ; présence de facteurs étrangers motivant également la réévaluation des conditions d'accueil ; conclusions globalement positives de cette nouvelle évaluation malgré plusieurs réserves ; retrait de la garde également justifié par le congé maladie de la requérante et son état de santé défaillant ; prise en compte des difficultés préalablement rencontrées avec d'autres enfants, motivant les réserves de la psychologue du service ; déménagement à plusieurs centaines de kilomètres du département.

¹³⁰⁹ CAA Douai, 17 août 2017, n° 15DA00575.

professionnelle essentielle et déterminante. Pourtant, lorsque la chambre sociale retient que « le fait de demander au salarié de changer son prénom de Mohamed pour celui de Laurent est de nature à constituer une discrimination à raison de son origine »¹³¹⁰, elle ne se place pas sur ce terrain pour en apprécier l'éventuelle justification. Elle se contente en effet de souligner que « la circonstance que plusieurs salariés portaient le prénom de Mohamed n'était pas de nature à caractériser l'existence d'un *élément objectif susceptible de la justifier* »¹³¹¹. Ce faisant, elle mobilise les termes de la clause de répartition de la charge de la preuve et vise explicitement l'article L. 1134-1 du Code du travail pour en tirer une clause de justification de la présomption de discrimination directe. Une dissociation stricte des opérations de *contestation* et de *justification* aurait pourtant conduit à n'admettre sur ce fondement qu'une contestation, soit du lien de causalité entre le motif et le traitement, soit de l'aspect défavorable du traitement, soit encore de la comparabilité de la situation avec les autres salariés. Il fut en écho affirmé que, « en filigrane, la Cour de cassation admet donc qu'une discrimination puisse être justifiée par un élément objectif, même si elle ne l'admet pas dans cette affaire »¹³¹². Bien qu'elle rejette la tentative de justification en l'espèce, la Cour de cassation semble, elle aussi, intégrer la confusion des deux opérations. De même, lorsque la chambre sociale examine en 2012 la défense du restaurateur qui a licencié son chef de rang en raison du port de boucle d'oreille en prenant en compte expressément « l'apparence physique rapportée au sexe », elle ne mobilise pas l'exigence professionnelle essentielle et déterminante. Elle se place là encore sur le terrain, plus large, « des éléments objectifs étrangers à toute discrimination »¹³¹³, formule qui concorde avec la clause qui aménage la répartition de la charge de la preuve. L'observation détaillée de la motivation de la cour d'appel de Montpellier, qui avait statué en deuxième instance, confirme à nouveau ce procédé. Celle-ci examine la teneur de diverses justifications avancées par le défendeur (*e.g.* réputation de l'établissement, attentes de la clientèle, absence de port de la boucle d'oreille par le salarié au préalable), toutes rejetées, car elles ne constituent pas « des éléments objectifs étrangers à toute discrimination », indépendamment des clauses de justification *numerus clausus*¹³¹⁴.

¹³¹⁰ Cass. soc., 10 novembre 2009, n° 07-42.286, *Bull.* V, n° 245.

¹³¹¹ *Ibidem*.

¹³¹² CHAMPEAUX, F., « Preuve et justification de la discrimination », *SSL*, n° 1439, 29 mars 2010.

¹³¹³ Cass. soc., 11 janvier 2012, n° 10-28.213, *Bull.* V, n° 12.

¹³¹⁴ CA Montpellier, 27 octobre 2010, n° 10/01174 : « En l'état des règles ci-dessus rappelées et compte tenu de l'existence supposée d'une discrimination directe, l'employeur doit justifier sa décision par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ce qu'il ne fait pas. En effet, il verse au débat : des extraits des différents guides gastronomiques témoignant de la renommée de son établissement ; trois attestations de clients [...] ; un courrier de Jean Z... Président des Toques Blanches du Roussillon indiquant que dans les écoles et centres de formation ainsi que dans tous nos établissements est respectée une certaine rigueur dans la tenue du personnel, rigueur quant au port de bijou ou autre boucle d'oreille en présence des clients et rigueur vestimentaire ; deux attestations de deux salariés de l'entreprise qui déclarent que dans la période antérieure au 14 avril 2007, le salarié ne portait pas de boucles d'oreilles ; le registre du personnel. Or, aucune de ces pièces ne révèle d'élément objectif justifiant que le licenciement est étranger à toute discrimination en raison du sexe et de l'apparence du salarié. Les pièces autres que les déclarations de clients n'apportent rien au débat étant précisé que la renommée du restaurant n'a jamais été mise en cause et ne peut justifier la restriction du port de boucles d'oreilles en

340. Ces démarches contentieuses, ni isolées ni anecdotiques¹³¹⁵, permettent de constater que le juge national tend à user de l'aménagement de la charge de la preuve comme d'une clause de justification des discriminations *prima facie*, y compris directe. Cette technique de contrôle accélère encore l'effacement du double standard. Une impression émerge : « les juges semblent enclins à élargir [le] contrôle de justification et de proportionnalité dans l'hypothèse d'une discrimination directe »¹³¹⁶. Il a alors pu être affirmé que, « en allégeant ainsi la charge de la preuve du demandeur et en obligeant le cas échéant l'auteur de la mesure à s'expliquer, cela réduit l'intérêt et l'utilité de recourir au concept de discrimination indirecte »¹³¹⁷, duquel dépend normalement l'ouverture à une justification objective de la discrimination *prima facie*. Plus récemment, Sandrine Maillard-Pinon s'interrogeait en avril 2020 : le droit interne s'oriente-t-il « vers une justification d'application générale ? »¹³¹⁸.

341. Outre l'aménagement de la charge de la preuve, d'autres dispositions non encore évoquées vont dans le sens d'une ouverture à la justification des présomptions de discrimination directe. Parmi ces dispositions figure le paragraphe 5 de l'article 2 de la directive 2000/78/CE qui consacre une dérogation au bénéfice des « mesures prévues par la législation nationale qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui ». Applicable aux présomptions de discrimination directe¹³¹⁹, cette dérogation est certes entendue par la Cour de manière restrictive¹³²⁰. Elle n'en décline pas moins des objectifs hétéroclites, dont la

fonction du sexe. Quant aux déclarations des trois clients, elles sont purement subjectives et portent un jugement de valeur sur le port de boucles d'oreilles par un homme serveur dans un restaurant gastronomique. En conséquence, le licenciement du salarié fondé sur un motif discriminatoire doit être déclaré nul et de nul effet » (nous soulignons).

¹³¹⁵ V. encore en complément l'analyse récente *in* MAILLARD-PINON, S., « La justification des discriminations dans l'emploi – Le regard du travailleur », *loc. cit.*, au sujet d'une décision de la cour d'appel de Paris du 4 octobre 2018 : « La cour d'appel s'est attachée à vérifier si les différences de traitement fondées sur la nationalité instituées par l'accord étaient justifiées et proportionnées. Sans aller plus avant dans leur motivation, les juges du fond ont répondu par la négative. Mais, là encore, le simple fait de mener ce raisonnement laisse entendre que, dans d'autres circonstances, l'utilisation d'un tel critère pourrait être justifiée et proportionnée. Les juges opèrent, ni plus ni moins, une confusion entre le principe d'égalité de traitement et la discrimination, si bien qu'une différence de traitement entre les salariés, qu'elle repose ou non sur un motif discriminatoire, pourrait être admise si elle passait le test de justification et de proportionnalité ».

¹³¹⁶ *Ibidem*.

¹³¹⁷ SWEENEY, M., *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, *op. cit.*, p. 566.

¹³¹⁸ MAILLARD-PINON, S., « La justification des discriminations dans l'emploi – Le regard du travailleur », *loc. cit.*

¹³¹⁹ CJUE, Grande ch., 12 janvier 2010, *Domnica Petersen*, aff. C-341/08, pt. 52 : « il y a lieu d'admettre que, dans le cadre de l'article 2, paragraphe 5, de la directive, un État membre peut estimer nécessaire de fixer une limite d'âge à l'exercice d'une profession médicale telle que celle de dentiste, afin de protéger la santé des patients ». Pour une approche critique des répercussions de cette disposition sur la cohérence du droit de la non-discrimination en droit communautaire, v. MARTIN, D., *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 554-555.

¹³²⁰ *Idem*, pt. 60 : « afin d'apprécier l'impact de cette quatrième exception sur la cohérence de la mesure en cause au principal au regard de l'article 2, paragraphe 5, de la directive, il convient, en outre, de tenir compte de la nature et du libellé de cette disposition. S'agissant d'une dérogation au principe d'interdiction des discriminations, elle doit être interprétée de manière restrictive ». Sur l'interprétation de cette justification par le Défenseur des droits, v. SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 243-257.

substance est indéterminée et l'acception variable, rendant la portée de ce paragraphe potentiellement bien plus vaste que ne le suggère pour l'heure la Cour¹³²¹. Et si cette dernière distingue ledit paragraphe 5 de la clause générale de justification applicable aux discriminations indirectes¹³²², elle semble toutefois en reprendre les critères d'évaluation. En complément de la détermination d'un objectif légitime, elle considère qu'il incombe au défendeur de caractériser la nécessité de sa mesure ainsi que l'adéquation des moyens employés au regard du but visé¹³²³. C'est notamment sur ce fondement qu'une différence de traitement fondée sur l'âge des contrôleurs de la navigation aérienne a été considérée comme étant nécessaire et proportionnée au regard des impératifs de sécurité¹³²⁴. Cette nouvelle clause de justification a ainsi conduit les chercheurs du CREDESPO à considérer que « l'évolution du droit communautaire est marquée par une montée en puissance du rôle joué par les justifications que le défendeur à l'action peut présenter pour éviter une condamnation fondée sur une discrimination »¹³²⁵. Valable en droit communautaire, l'assertion trouve surtout un écho considérable en droit interne à compter de l'entrée en vigueur de la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle.

342. Bien qu'elle ait été ignorée par la doctrine jusqu'alors¹³²⁶, une modification apportée à la loi du 27 mai 2008 en novembre 2016 est en effet venue rompre d'une manière fracassante la cohérence passée du double standard en droit interne. Sans aucune équivoque cette fois, la possibilité d'une justification systématique des discriminations directes *prima facie* dans le cadre d'un système ouvert fut généralisée. Depuis le 20 novembre 2016, l'article 2, 3°, de la loi du 27 mai 2008, applicable en matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès et de fourniture de biens et services, est désormais crédité d'un alinéa supplémentaire. Celui-ci dispose

¹³²¹ En ce sens, v. DE TONNAC, A., *L'action positive face au principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 141.

¹³²² Sur ce point, v. CJUE, 5^e ch., 12 décembre 2013, *Frédéric Hay*, aff. C-267/12, pt. 45 : « Par ailleurs, dans la mesure où la discrimination opérée est directe, elle peut être justifiée non pas par un "objectif légitime", au sens de l'article 2, paragraphe 2, sous b), de celle-ci, cette disposition ne concernant que les discriminations indirectes, mais seulement par l'un des motifs visés à l'article 2, paragraphe 5 ».

¹³²³ V. CJUE, Grande ch., 12 janvier 2010, *Domnica Petersen*, *op. cit.*, pt. 53 (« L'appréciation du caractère nécessaire de la mesure, par rapport à l'objectif recherché, exige encore de vérifier que les exceptions à la limite d'âge en cause au principal ne portent pas atteinte à la cohérence de la législation concernée en aboutissant à un résultat contraire à cet objectif ») et CJUE, Grande ch., 13 septembre 2011, *Reinhard Prigge*, *op. cit.*, pt. 55 (« à condition, toutefois, que ces mesures soient "nécessaires" à la réalisation des objectifs susvisés »).

¹³²⁴ CE, Ass., 4 avril 2014, *ministre de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie*, n° 362785, Lebon : « la limite d'âge des ingénieurs du contrôle de la navigation aérienne sera progressivement reculée pour les agents nés à compter du 1er juillet 1961, qui atteindront l'âge de 57 ans à compter du 1er juillet 2018, et sera définitivement portée à 59 ans pour les agents nés à compter du 1er janvier 1963, soit à compter du 1er janvier 2022, il résulte de ce qui précède que la limite d'âge de 57 ans pour les ingénieurs du contrôle de la navigation aérienne, en vigueur à la date du litige, doit être regardée comme nécessaire et proportionnée au regard des dispositions du paragraphe 5 de l'article 2 et de celles du paragraphe 1 de l'article 4 de la directive invoquée ».

¹³²⁵ ICARD, P. et LAIDIÉ, Y. (dir.), *Le principe de non-discrimination : l'analyse des discours*, *op. cit.*, p. 313.

¹³²⁶ V. seulement, *a priori*, MEDARD INGHILTERRA, R., « La discrimination, un concept polymorphe à étendre », *op. cit.*, p. 27-33.

que l'interdiction de la discrimination, y compris directe, « ne fait pas obstacle à ce que des différences soient faites selon l'un des motifs [de discrimination] [...] lorsqu'elles sont justifiées par un but légitime et que les moyens de parvenir à ce but sont nécessaires et appropriés ». Est ici introduite à l'identique la clause générale de justification jusqu'alors liée à la seule définition de la discrimination indirecte (« constitue une discrimination indirecte [...] 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* »¹³²⁷). La même méthode de justification semble désormais suggérée en cas de discrimination directe présumée.

343. L'adoption de cette nouvelle rédaction n'a, sur ce point précis, curieusement donné lieu à aucune explication, ni dans l'exposé des motifs de l'amendement¹³²⁸ ni dans la discussion qui s'en est suivie en commission des lois¹³²⁹ ni lors des débats parlementaires subséquents¹³³⁰. Les implications d'une telle disposition sont pourtant considérables, notamment car elle concerne vingt-et-un des vingt-quatre motifs envisagés à l'article 1 de la loi de 2008. La non-application – opportune – à quatre motifs de cet alinéa nouveau est prévue au sein du même article qui, à la suite, dispose : « la dérogation prévue au deuxième alinéa du présent 3° n'est pas applicable aux différences de traitement fondées sur l'origine, le patronyme ou l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une prétendue race ». Alors que le droit du travail demeure structuré autour de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante, le régime juridique de justification souhaité par le législateur se rapproche de la démarche de la Cour EDH pour les matières de droit civil et de droit administratif régies par la loi de 2008. D'une part, car la justification – y compris de la présomption de discrimination directe – est ouverte au défendeur à qui il incombe de démontrer un objectif légitime ainsi que des moyens nécessaires et appropriés qui feront l'objet d'un contrôle de proportionnalité. D'autre part, car émerge une gradation non plus en fonction du type mais des motifs de discrimination. Une nuance réside cependant dans le fait que la Cour EDH se contente d'une exigence rehaussée pour n'admettre que les justifications impérieuses dans ces hypothèses¹³³¹, quand les différences de traitement fondées sur l'origine, le

¹³²⁷ Art. 1, al. 2, de la loi du 27 mai 2008 (nous soulignons).

¹³²⁸ Amendement des rapporteurs (M. Clément et M. Le Bouillonnet) n° CL415, déposé en commission sur le texte n° 3204 le 3 mai 2016.

¹³²⁹ ASSEMBLÉE NATIONALE, Compte rendu, Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, 4 mai 2016, séance de 16 heures 15, p. 28-29 [en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/cr-cloi/15-16/c1516077.pdf>].

¹³³⁰ La nouvelle rédaction de l'art. 2 de la loi du 27 mai 2008 fut introduite par l'Assemblée nationale en première lecture (art. 44 du texte adopté n° 738 du 24 mai 2016), puis maintenue en seconde lecture (art. 44 du texte adopté n° 792 du 12 juillet 2016), avant d'être supprimée par le Sénat en seconde lecture (art. 44 du texte adopté n° 186 du 28 septembre 2016) et finalement rétablie en dernière lecture par la Commission mixte paritaire (art. 89 du texte adopté n° 824 du 12 octobre 2016).

¹³³¹ Pour rappel, la Cour EDH précise que, pour les différences de traitement fondées sur la prétendue race, la couleur ou l'origine ethnique, « la notion de justification objective et raisonnable doit être interprétée de manière aussi stricte

patronyme, l'ethnie et la prétendue race sont en droit interne complètement exclues du nouveau dispositif.

344. Cette nouvelle configuration relègue un peu plus à la marginalité l'approche du droit communautaire et de la CJUE qui persiste à faire varier la possibilité de la justification en fonction d'une qualification des types de discrimination – qualification qui plus est extrêmement relative comme nous nous efforcerons de le démontrer ci-après¹³³². La voie du consensus n'apparaît pour autant pas pleinement obstruée. Dans sa décision *Wolfgang Glatzel* du 22 mai 2014, la CJUE rappelle en effet que le principe d'égalité de traitement implique « que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale », puis elle ajoute, « à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié »¹³³³. La Cour poursuit en précisant qu'une « différence de traitement [*i.e.* incluant les discriminations directes *prima facie*] est justifiée dès lors qu'elle est fondée sur un critère objectif et raisonnable, c'est-à-dire lorsqu'elle est en rapport avec un but légalement admissible poursuivi par la législation en cause, et que cette différence est proportionnée au but poursuivi par le traitement concerné »¹³³⁴. Cette jurisprudence, réaffirmée à de multiples reprises ces dernières années¹³³⁵, et dont il était possible de trouver des traces dans la jurisprudence antérieure¹³³⁶, semble là encore ériger en commun un système ouvert de justification systématique. Une nuance considérable persiste, à savoir la distinction opérée entre le but « légitime » en cas de discrimination indirecte et le but « légalement admissible » en cas de discrimination directe.

345. La clause de justification nouvellement insérée à l'article 2 de la loi du 27 mai 2008 ne semble pour l'heure pas avoir été mobilisée¹³³⁷. Sa conventionnalité pourrait par ailleurs être discutée. Elle s'inscrit néanmoins en continuité de l'évolution du droit positif et de la pratique des juridictions. Rappelons pour illustration l'arrêt *Synchrotron* du 9 novembre 2005. En l'espèce, une différence de traitement expressément fondée sur la nationalité qui consistait en l'attribution d'une prime pour les salariés de nationalité étrangère était contestée. Aucune exception *numerus clausus* ne trouvait à s'appliquer face à une présomption de discrimination directe. Pourtant, statuant au visa de l'article

que possible » (COUR EDH, Grande ch., *DH et autres c. République tchèque*, *op. cit.*, § 196 et COUR EDH, Grande ch., *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, 22 décembre 2009, § 44).

¹³³² V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

¹³³³ CJUE, 5^e ch., 22 mai 2014, *Wolfgang Glatzel*, aff. C-356/12, pt. 43 (nous soulignons).

¹³³⁴ *Ibidem*.

¹³³⁵ Not. CJUE, 2^e ch., 29 septembre 2016, *Essent Belgium NV*, aff. C-492/14, pt. 81 ; CJUE, 4^e ch., 10 novembre 2016, *Private Equity Insurance Group SLA*, aff. C-156/15, pt. 49 ; CJUE, 2^e ch., 9 mars 2017, *Petya Milkova*, aff. C-406/15, pt. 55.

¹³³⁶ Not. CJCE, Grande ch., 16 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, aff. C-127/07, pt. 47 ; CJUE, 5^e ch., 17 octobre 2013, *Herbert Schaible*, aff. C-101/12, pt. 77 ; TPIUE, 3^e ch., 2 mars 2010, *Arcelor SA*, aff. T-16/04, pt. 47 ; TPIUE, 3^e ch., 23 janvier 2014, *Gigaset AG*, aff. T-395/09, pt. 172.

¹³³⁷ L'assertion est fondée sur une analyse des bases de jurisprudence Légifrance (mode expert) et Dalloz.

L. 122-45 – désormais L. 1132-1 – du Code du travail¹³³⁸, la Cour de cassation a considéré que la distinction reposait « sur des raisons objectives, étrangères à toute discrimination prohibée »¹³³⁹. En substance, elle a estimé que la différence de traitement visait « non seulement à compenser les inconvénients résultant de l'installation d'un individu et de sa famille en pays étranger, mais aussi à faciliter l'embauche des salariés ressortissants non français [...] afin de contribuer à la création d'un pôle d'excellence scientifique international »¹³⁴⁰. La discrimination directe *prima facie* fondée sur la nationalité fut ainsi justifiée en raison de la légitimité de l'objectif poursuivi et, de manière plus contestable, de la proportionnalité des moyens mis en œuvre pour l'atteindre¹³⁴¹.

346. Un tel raisonnement peut être rapproché de la formule de l'avocate générale Eleanor Sharpston lorsque, dans ses conclusions relatives à l'affaire *Bartsch*, elle soulignait que : « la différence entre un traitement différencié (acceptable) et une discrimination (inacceptable) ne réside pas tant dans le point de savoir si les gens sont traités de manière différente, mais dans la question de savoir si la société admet comme justifiables les critères dont l'application entraîne un traitement différent ou bien si, au contraire, ils sont considérés comme étant arbitraires »¹³⁴². Or, ce caractère justifiable est éminemment circonstanciel. L'ouverture des justifications aux discriminations directes *prima facie* ne peut qu'être reconsidérée à la lueur de ce constat et, comme le souligne Delphine Tharaud au sujet de l'arrêt *Synchrotron*, « le point central n'est plus l'existence d'une différence de traitement mais sa justification »¹³⁴³. D'une part, le développement des exigences d'égalité concrète (*e.g.* égalité matérielle, substantielle)¹³⁴⁴ peut, dans certains cas, conduire à une différence de traitement fondée sur des motifs de discrimination (*e.g.* maternité, grossesse, handicap, lieu de résidence, activité syndicale). Cela implique d'admettre que les prises en compte

¹³³⁸ Dans un premier temps, la Cour avait statué au double visa de l'art. L. 122-45 du Code du travail et du principe « à travail égal salaire égal », ce qui traduisait un mélange des genres pouvant laisser « perplexe » (JEAMMAUD, A., « Une discrimination peut-elle être justifiée ? », *SSL*, n° 1354, 19 mai 2008). La référence au principe « à travail égal, salaire égal » fut écartée dans la décision rendue trois ans plus tard, Cass. soc., 17 avril 2008, n° 06-45.270, *Bull. V*, n° 95.

¹³³⁹ Cass. soc., 9 novembre 2005, n° 03-47.720, *Bull. V*, n° 312, p. 274.

¹³⁴⁰ *Ibidem*.

¹³⁴¹ Si la proportionnalité n'était pas évoquée dans l'arrêt de 2005, elle le sera dans l'arrêt rendu trois ans plus tard, concluant au rejet du pourvoi du requérant, soutenu par la HALDE. Cass. soc., 17 avril 2008, n° 06-45.270, *Bull. V*, n° 95 : « que la privation de cet avantage pour les salariés français repose ainsi sur une raison objective, pertinente, étrangère à toute discrimination prohibée et proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi ». V. not. sur cet arrêt THARAUD, D., « L'affaire Synchrotron, quand l'excellence scientifique et l'égalité matérielle européenne balaient les espoirs de la HALDE... », in *Annuaire de droit européen*, vol. VI, 2008, Bruylant, 2011. L'auteure insiste sur le caractère discuté de la proportionnalité en l'espèce, considérant que « le critère de la nationalité laisse certains étrangers déjà installés en France depuis quelques années bénéficier de la prime, tandis que certains Français, obligés de déménager de centaines de kilomètres pour intégrer le Synchrotron, n'ont aucun droit à la prime ».

¹³⁴² Conclusions présentées le 22 mai 2008, dans CJCE, 23 septembre 2008, *Bartsch*, aff. C-427/06, rec. p. I -7245, pt. 56.

¹³⁴³ THARAUD, D., « L'affaire Synchrotron, quand l'excellence scientifique et l'égalité matérielle européenne balaient les espoirs de la HALDE... », *loc. cit.*

¹³⁴⁴ V. ici Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, II. V. en complément le lexique reproduit à la fin de l'étude. Sur le lien entre la décision *Synchrotron* et l'égalité matérielle, v. aussi *ibidem* : « l'arrêt marque une avancée très nette en faveur de l'égalité matérielle ».

de ces motifs, pour la plupart¹³⁴⁵, ne sont pas arbitraires *par nature*. Elles ne sont que *suspectes*¹³⁴⁶. Cette suspicion justifie le déclenchement d'un contrôle prioritaire des traitements défavorables fondés sur ces motifs. D'autre part, au-delà de l'hypothèse d'une poursuite de l'égalité concrète, des traitements suspects peuvent ponctuellement se révéler légitimes et proportionnés à l'analyse en dehors des seuls cas prévus par le législateur. C'est l'appréciation fine et casuistique de la justification qui permet de révéler l'aspect justifiable ou arbitraire du traitement. Cela explique que les juridictions tendent, malgré tout, à mobiliser la clause de répartition de la charge de la preuve pour envisager les justifications avancées par le défendeur à la discrimination directe *prima facie*.

347. Au regard du rapprochement ci-dessus décrypté des régimes de justification et, surtout, du bouleversement récemment introduit en droit interne par la nouvelle rédaction de l'article 2 de la loi du 27 mai 2008, un cadre commun d'appréciation des justifications pourrait être envisagé. Fondé sur la légitimité de l'objectif poursuivi et la proportionnalité de la mesure ou pratique contestée (*i.e.* caractère nécessaire et approprié des moyens mis en œuvre)¹³⁴⁷, il pourrait être doublé d'un maintien indicatif des justifications légalement admises et prévues par le législateur en cas de différence de traitement. Cette configuration tend à rappeler que les dispositions législatives qui composent le droit de la non-discrimination ont vocation, non pas à être exhaustives, mais à fixer un cadre de justifications qui précise substantiellement l'égalité pour accompagner l'appréciation des juridictions¹³⁴⁸. Des dispositions indicatives et interprétatives ne sont, de ce point de vue, pas problématiques. Elles guident la main du juge qui peut, le cas échéant, les dépasser en admettant une justification au terme d'une analyse casuistique. Le raisonnement mérite néanmoins de s'attarder, en prolongement de ces considérations, sur les conséquences d'une telle clause commune de justification des discriminations *prima facie*, directes comme indirectes.

¹³⁴⁵ Les motifs de l'origine, de l'ethnie, de la prétendue race, du patronyme, nous semblent ici faire exception.

¹³⁴⁶ En raison d'une exigence d'isonomie dans le cadre d'un point de vue abstrait de l'égalité (*i.e.* traitement identique de situations semblables qui pose l'absence de pertinence, en principe, de la prise en compte des motifs de discrimination pour établir une différence de situation *ex ante*), v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, I, A.

¹³⁴⁷ Sur ce point, v. not. SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 283-319. L'auteure envisage une « méthode objective de justification » et un « cadre commun d'appréciation des justifications » fondé sur l'appréciation de la légitimité et de la proportionnalité. V. p. 345 « le contrôle d'appréciation des justifications repose sur des standards d'appréciation communs, poursuivant un objectif identique : la suppression des différences de traitement illégitimes. Les distinctions liées à une caractéristique prohibée sont soumises à un examen d'objectivité, de pertinence et de proportionnalité visant à vérifier leur légitimité ainsi que l'exclusion de tout arbitraire ».

¹³⁴⁸ V. ici Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, II, not. B. Soulignons que cette démarche, dans le cadre d'une consolidation du droit de la non-discrimination, qui maintient des dispositions indicatives (*e.g.* situations susceptibles d'être appréhendées au titre d'un motif de discrimination, justifications admissibles) tend à concilier « clarté normative » et « clarté linguistique » pour, en somme « être aussi précis que possible tout en restant suffisamment facile à comprendre » (FLÜCKIGER, A., *(Re)faire la loi*, *op. cit.*, p. 550, v. plus généralement p. 547-550).

B. Les conséquences du rapprochement des régimes de justification

348. Rappelons à ce stade que la présente analyse est motivée par la nécessité de mettre en lumière l'excessive complexité de la qualification juridique de discrimination que les acteurs (*e.g.* victimes, conseils, magistrats) ont à manier. La stratification des justifications *numerus clausus* aux discriminations directes *prima facie* comme la variation du régime de justification en fonction du type, direct ou indirect, de discrimination, participent à cette complexité – comme l'illustrent nos développements précédents. Elles sont de surcroît incohérentes. C'est dans l'optique de faciliter le maniement de la qualification juridique que notre propos nous conduit à envisager un régime unifié de justification, plus simple, plus cohérent, plus maniable, qui s'inscrit en continuité de l'évolution du droit et qui, dans une large mesure, correspond d'ores et déjà à la pratique actuelle des juridictions (*i.e.* utilisation de la clause d'aménagement de la charge de la preuve comme clause de justification des discriminations directes *prima facie*)¹³⁴⁹. Pour envisager pleinement les conséquences du rapprochement des régimes juridiques de justification, il importe néanmoins de s'attarder en complément sur les réticences qu'il suscite, notamment au sein de la doctrine. L'éventualité d'une ouverture systématique et générale à la justification des discriminations *prima facie* est, à cet égard, loin de faire l'unanimité. Elle reste tout d'abord considérée comme une évolution fondamentalement nuisible à la lutte contre les discriminations. Elle implique également la reconnaissance d'un large pouvoir d'appréciation au profit des juridictions que beaucoup considèrent excessif. Examiner la teneur de ces critiques et de ces craintes conduit à les recentrer, plus simplement, autour de deux idées. Ce changement de paradigme tend d'abord à redéfinir, d'une manière plus équilibrée, la qualification de discrimination et, en conséquence, à renforcer la cohérence et la clarté du droit de la non-discrimination, y compris pour les victimes (1). Il conforte ensuite sa fonction essentielle, assimilée à une simple technique de contrôle juridictionnel qui repose sur les magistrats en vue de la réalisation de l'égalité (2).

1) La modération des craintes d'un affaiblissement du droit de la non-discrimination

349. L'hypothèse d'une clause commune de justification engendre fréquemment chez certains observateurs la crainte d'une reconnaissance croissante et abusive des justifications. L'interdiction de la discrimination risquerait de marquer le pas, voire d'être mise en échec par la stratégie

¹³⁴⁹ Soulignons par ailleurs que ce régime de justification unifié nous semble également fondé d'un point de vue théorique dès lors qu'est pleinement intégrée l'exigence de concrétisation de l'égalité, focalisée sur une appréciation *ex post* de la proportionnalité des effets du traitement contesté – et non sur une appréciation *ex ante* de la comparabilité des situations (égalité abstraite). Sur ce point, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, not. II.

contentieuse et les moyens de défense des responsables¹³⁵⁰. Cela déboucherait à terme sur une permissivité accrue – et problématique – du droit à l’égard des différences de traitement¹³⁵¹. Une synthèse de cette critique doctrinale est formulée par Sarah Benichou lorsqu’elle avance que, « plus les hypothèses de dérogations prévues par les textes sont nombreuses, moins la protection juridique du droit à la non-discrimination est absolue »¹³⁵². Alors, « en ouvrant de fait une marge de justification pour les auteurs des distinctions et une marge d’interprétation pour les juges qui permettront d’exonérer plus facilement les mis en cause, on diminue ainsi la force de l’obligation qui pèse sur l’ensemble des acteurs de respecter et de faire respecter le principe de non-discrimination »¹³⁵³.

350. Dans ses conclusions relatives à l’affaire *Asma Bougnaoui*, l’avocate générale à la CJUE Eleanor Sharpston soutient à son tour la nécessité d’un système *numerus clausus* de justification des discriminations directes *prima facie*. Selon elle, il permet une protection plus élevée des victimes¹³⁵⁴. Le droit à la non-discrimination sortirait en somme nécessairement affaibli en cas de matérialisation de l’hypothèse – désormais formellement actée pour certaines matières en droit civil et administratif – d’une possibilité de justification des différences de traitement fondées sur un motif de discrimination.

351. La critique se renforce à mesure qu’elle se projette dans le contexte du droit du travail, arène par excellence de confrontation des intérêts des travailleurs et des impératifs de marché. À l’instar de ce qui a pu être constaté au Royaume-Uni, le risque devient alors que « l’invocation des justifications fondées sur l’intérêt de l’entreprise et sa compétitivité permettent des justifications systématiques des discriminations »¹³⁵⁵. Martine Pinville, députée socialiste, fustigeait pour ces

¹³⁵⁰ En ce sens, v. BERTHOU, K., « Différences de traitement : esquisse des "exigences professionnelles essentielles" après la loi du 27 mai 2008 », *loc. cit.* : « il est fort à parier que les employeurs vont mobiliser l’EPE pour justifier le rejet de candidatures à une embauche, à une promotion, à l’accès à une formation, etc. Certes, le nombre d’arrêts rendus précédemment sur le fondement des articles L. 123-1, al. 1er C. trav. (recod. L. 1142-2) et 225-3, 3° C. pén., était très faible, mais l’extension de la possibilité d’EPE aux quinze motifs de discrimination (pour le Code du travail), ouvrira très certainement la porte du contentieux ».

¹³⁵¹ En ce sens, v. MOREAU, M-A., « Les justifications des discriminations », *loc. cit.* : « il semble que l’on constate que la très grande relativité qui est instaurée par le droit communautaire dans la construction du droit des discriminations en ce qui concerne l’admission des justifications conduise à une possibilité d’admettre des justifications générales et abstraites qui sont des portes ouvertes sur l’admission de différences de traitement ».

¹³⁵² BENICHO, S., *Le droit à la non-discrimination « raciale »*, *op. cit.*, p. 72

¹³⁵³ *Ibidem*.

¹³⁵⁴ V. Conclusions de l’avocate générale Mme Eleanor Sharpston, présentées le 13 juillet 2016, aff. C-188/15, *Asma Bougnaoui*, pts. 63-64, au sujet de la différence des approches contentieuses des discriminations *prima facie* entre la CJUE et la Cour EDH : « s’agissant de la discrimination directe, cependant, la protection accordée par le droit de l’Union est plus élevée. Ici, une ingérence dans un droit garanti par la CEDH peut toujours être justifiée par le fait qu’elle poursuit un objectif légitime et qu’elle est proportionnée. En vertu de la législation de l’Union, en revanche, les dérogations ne sont autorisées que pour autant que la mesure en question les prévoie de manière spécifique. Cette différence d’approche me semble parfaitement légitime : l’article 52, paragraphe 3, de la Charte prévoit expressément que le droit de l’Union peut accorder une protection plus étendue que celle de la CEDH » (nous soulignons).

¹³⁵⁵ MOREAU, M-A., « Les justifications des discriminations », *loc. cit.*

raisons la consécration juridique de l'exigence professionnelle et déterminante qui allait constituer une « porte ouverte à tous les abus, à toutes les interprétations »¹³⁵⁶. La doctrine a pu prolonger la réprobation, considérant que cette nouvelle disposition allait « fragiliser le dispositif de lutte contre les discriminations »¹³⁵⁷, à l'instar de la justification des présomptions de discrimination indirecte, qui peut « être expliquée par la volonté de préserver les intérêts des auteurs des mesures désavantageuses – État ou employeurs –, parfois au détriment la lutte contre les inégalités »¹³⁵⁸.

352. Admettre des justifications supplémentaires aux présomptions de discrimination implique à l'évidence de circonscrire la qualification juridique de discrimination directe. Ce faisant, des comportements théoriquement répréhensibles sous l'empire de l'ancienne conception (*i.e.* double standard) pourraient être tolérés pour peu qu'il s'agisse de différences de traitement poursuivant un objectif légitime et reposant sur des moyens nécessaires et appropriés passés au crible d'un contrôle de proportionnalité. Cette tolérance est-elle opportune ? C'est précisément sur ce point que les avis semblent diverger.

353. Plusieurs observateurs formulent une réponse négative et considèrent que cette tolérance aboutit à fragiliser le droit de la non-discrimination. Pour appliquer la qualification de discrimination aux différences de traitement, même justifiables, le seul constat de la prise en compte d'un motif consacré (*e.g.* domiciliation bancaire, lieu de résidence, exercice d'un mandat électif local) emporte illégitimité de la mesure. Celle-ci serait particulièrement odieuse, socialement inacceptable, et entrerait en conflit flagrant avec l'égalité. Cette conclusion radicale n'a toutefois de sens qu'au regard d'une domination impérieuse de l'exigence d'isonomie (*i.e.* traitement identique de situations semblables) dans le cadre d'un point de vue abstrait de l'égalité (*i.e.* qui repose sur une primauté de la comparaison *ex ante* des situations sur le jugement de proportion, et pose l'absence de pertinence, en principe, de la prise en compte des motifs de discrimination pour établir une différence de situation). C'est bien ce point de vue qui conduit à établir le lien entre différence de traitement fondée sur une caractéristique protégée et illégitimité de manière systématique. Or, la montée en puissance de la proportionnalité et la pluralisation croissante de l'égalité¹³⁵⁹, davantage centrée sur les effets que sur le contenu de la mesure, fragilisent cette inférence et invitent à remettre en cause la pertinence systématique du lien établi¹³⁶⁰.

¹³⁵⁶ JORF, mercredi 26 mars 2008, n° 15 [2] AN (CR), p. 919.

¹³⁵⁷ SAÏD, K., « La loi du 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations : vers l'admission d'une justification des discriminations », *loc. cit.*

¹³⁵⁸ FONDIMARE, E., *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.*, p. 445.

¹³⁵⁹ Sur ce point, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

¹³⁶⁰ Sur la montée en puissance de la proportionnalité dans le jugement d'égalité, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, I, B et II.

354. Un premier ajustement peut alors se borner à prévoir des exemptions législatives exceptionnelles, conformément au régime de justification *numerus clausus*, pour tempérer la non-justification, qui n'est pas absolue mais demeure de principe. C'est ici au législateur qu'il incombe d'identifier et d'anticiper de manière *exhaustive* les justifications légitimes (*i.e.* celles pour lesquelles un motif peut caractériser une situation différente). Cette option traduit la croyance « du tout prévisible »¹³⁶¹. L'analyse des dispositions juridiques prévues à cet effet de 1983 à 2016 démontre que, *a minima*, cette option ne permet d'envisager les justifications légitimes que d'une manière extrêmement partielle et largement imparfaite. Elle débouche, de surcroît, sur un dispositif juridique chaotique. Si, sans surprise, le législateur ne semble pas pouvoir raisonnablement assumer cette charge, un second ajustement peut être judicieux. Il consiste à confier à une autre autorité normative, le juge, l'évaluation *complémentaire*, au cas par cas, concrète et individualisée, des justifications légitimes dans le cadre d'un système ouvert. Un tel système de justification peut, au demeurant, prévoir en appoint une exception pour certains motifs (*e.g.* origine, appartenance vraie ou supposée à une ethnie ou à une prétendue race), à l'instar de l'article 2 de la loi de 2008. Édouard Dubout avançait en ce sens que « la démarche consistant à prédéfinir une hypothèse précise de justification plutôt qu'à prévoir une clause globale peut être remise en cause, surtout s'il s'agit ultimement d'apprécier les mêmes éléments : la légitimité et la proportionnalité de la mesure »¹³⁶².

355. Plus encore, l'ouverture systématique d'une justification des présomptions de discrimination directe peut être perçue comme un raffermissement – et non un affaiblissement – du droit de la non-discrimination, dès lors qu'elle en défend la cohérence. Selon une formule cardinale de Danièle Lochak, la discrimination directe est « la distinction ou la différence de traitement illégitime »¹³⁶³. La différence de traitement qui poursuit par des moyens nécessaires et appropriés un objectif légitime peut, sans exagération aucune, être considérée comme légitime. L'opportunité de son appréhension sous la qualification juridique de discrimination est, par conséquent, contestable. Il n'est pas insensé de concevoir, à l'inverse, que preuve puisse être faite de la légitimité de la différence de traitement dans le cadre d'un processus de justification – car la mesure n'en demeure pas moins suspecte en ce qu'elle se fonde sur une caractéristique protégée. En définitive, « aucune règle n'est en tant que telle attentatoire au principe de non-discrimination, celui-ci a simplement

¹³⁶¹ FLÜCKIGER, A., (*Re*)faire la loi, *op. cit.*, p. 94 : « Un dernier problème, visant tant les règles publiques que privées, repose sur une autre croyance : celle du tout prévisible. Or bon nombre de situations sont imprévues et uniques si bien qu'appliquer dans ces circonstances une norme générale et abstraite préconfigurée risque d'être contreproductif » (nous soulignons).

¹³⁶² DUBOUT, É., *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 493.

¹³⁶³ LOCHAK, D., « La notion de discrimination », *Confluences méditerranée*, *op. cit.*, p. 16.

pour fonction d'imposer à l'auteur de la règle de justifier la différence de traitement qu'il a établie »¹³⁶⁴.

356. Quant à l'argument d'une perte de garantie pour les victimes de discrimination, qui seraient moins bien protégées en cas de possible justification de la mesure en cause, il est réfutable. Premièrement, car la systématisme de l'ouverture à une justification du défendeur n'est pas, en soi, gage de recul de la protection pour les victimes. Il suffit pour s'en convaincre de rappeler qu'il s'agit du processus applicable devant la Cour suprême du Canada et devant la Cour EDH, fréquemment ciblée pour une attitude jugée trop proactive, voire victimaire¹³⁶⁵. Deuxièmement, car plus qu'une baisse de protection pour les victimes, c'est une redéfinition de celles-ci qu'implique l'encadrement de la qualification juridique. Des individus ayant subi une différence de traitement considérée comme justifiée, car légitime, ne seront potentiellement plus reconnus comme victimes, alors même qu'ils auraient pu l'être en application de l'ancienne qualification de discrimination directe. Les victimes de discrimination, ainsi qualifiées en application de la nouvelle conception, elles, n'en seront pas moins protégées. Troisièmement, car en même temps que le droit gagnerait en cohérence, les sujets gagneraient en sécurité juridique ou, du moins, ils seraient éclairés d'un avertissement utile¹³⁶⁶. Pour les requérants, miser sur la discrimination directe possède l'avantage théorique de restreindre les justifications potentielles aux traitements défavorables. Mais ils pourraient être surpris par la pratique des juridictions qui semble plus nuancée en raison du recours aux « justifications objectives étrangères à toute discrimination » liées à l'aménagement de la charge de la preuve. Par ailleurs, la concurrence des qualifications possibles du fait de la porosité – démontrée ci-après – entre discriminations directes et indirectes pourrait également conduire à admettre, malgré tout, une justification que le requérant n'avait pas envisagée¹³⁶⁷. Une clause commune de justification aurait alors le mérite de la clarté en vue de l'action.

357. En bout de course, il est possible de contester le fondement du double standard et de considérer la généralisation d'une justification systématique. Persiste un inconvénient majeur, celui

¹³⁶⁴ CALVÈS, G., « Le principe de non-discrimination : un principe vide », *op. cit.*, p. 51.

¹³⁶⁵ Sur ce point, nous renvoyons aux travaux de Claire Langlais relatifs à la protection des identités par la Cour EDH au titre de l'article 14 de la Convention, qui insistent largement sur les critiques adressées à l'encontre de sa jurisprudence. Not. LANGLAIS, C., « Le communautarisme dans le contentieux des droits de l'homme. De la pertinence des critiques à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme », in DUBOUT, É. et TOUZÉ, S. (dir.), *Refonder les droits de l'homme : des critiques aux pratiques*, Paris, Pedone, 2019, p. 181-197.

¹³⁶⁶ MERCAT-BRUNS, M., « Les différentes figures de la discrimination au travail : quelle cohérence ? », *RDT*, 2020, p. 25 et s. : « La quête de cohérence en droit permet de favoriser aussi la rigueur et le systématisme du raisonnement nécessaire à la sécurité juridique et l'uniformité de l'application des règles ».

¹³⁶⁷ *Ibidem* : « S'il existe un choix possible pour la victime entre les deux figures de la discrimination, la discrimination directe est plus attirante car les justifications admissibles semblent moins nombreuses que pour la discrimination indirecte qui comporte des justifications dans sa définition même. Mais au fond, il ne semble pas toujours utile de distinguer la discrimination directe et la discrimination indirecte lorsque la discrimination directe est subtile et se prête à diverses lectures ».

de l'indétermination du droit. Celle-ci est toutefois déjà largement présente en l'état et tout autant source d'inquiétude, notamment au regard de ses répercussions extrêmement néfastes sur l'appropriation et la mobilisation du cadre juridique. Les conclusions de Sophie Sereno sont, sur ce point, particulièrement évocatrices : à droit constant, la réception « des justifications par les différents acteurs [...] s'avère incertaine », elle étaye « la thèse d'une difficile appropriation des notions mobilisées » et constitue une « hésitation », « source d'insécurité juridique »¹³⁶⁸ ; « au vu des enjeux, l'insaisissabilité des règles justificatives n'est pas acceptable » car « il en ressort un flottement conceptuel qui nuit à leur réception » et « contribue à l'insaisissabilité du droit de la non-discrimination »¹³⁶⁹. La clause commune de justification possède en réaction le mérite de la clarté. Elle repose inévitablement, cela dit, sur l'interprétation retenue par les juridictions des objectifs légitimes et sur l'exigence de leur contrôle de proportionnalité. La doctrine a sur ce point souligné que « l'absence de lignes directrices sur les valeurs que le juge doit faire prévaloir peut avoir pour conséquence d'accroître l'imprévisibilité des évaluations des causes justificatives »¹³⁷⁰.

2) L'atténuation de la critique d'un trop large pouvoir d'appréciation du juge

358. Dans un système ouvert de justification, l'appréciation du juge devient absolument centrale et décisive. La sanction de la discrimination est pour Hélène Surrel « marquée par une certaine contingence liée à l'importance du rôle du juge qui explique la tentation de certains de le transformer en législateur positif »¹³⁷¹. Son pouvoir créateur est assurément considérable. Il va notamment conférer une signification normative aux notions juridiques, qu'il s'agisse du caractère « essentiel » ou « déterminant » de l'« exigence professionnelle », de l'aspect « légitime » de l'« objectif poursuivi », ou encore des moyens « nécessaires et appropriés ». En admettant des acceptions larges qui débouchent sur la justification des discriminations *prima facie*, il dispose ce faisant de la capacité de neutraliser le potentiel du droit à la non-discrimination. Cette capacité a pu susciter quelques inquiétudes.

359. En premier lieu, dès lors que le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation et que celui-ci est largement fonction d'un arbitrage entre plusieurs valeurs, la question de la provenance de ces valeurs, nationales ou supranationales, se pose. En la matière, le principe de subsidiarité qui régit le

¹³⁶⁸ SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 281.

¹³⁶⁹ *Idem*, p. 345. V. encore MARTIN, D., *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, *op. cit.*, p. 127.

¹³⁷⁰ MOREAU, M-A., « Les justifications des discriminations », *loc. cit.* V. là encore BERTHOUS, K., « Différences de traitement : esquisse des "exigences professionnelles essentielles" après la loi du 27 mai 2008 », *loc. cit.* : « il n'existe pas dans le Code du travail de liste des situations ou d'emplois pour lesquels l'exigence professionnelle essentielle et déterminante] peut être excipée, [...] ce qui peut être perçu comme une source d'insécurité juridique ».

¹³⁷¹ SURREL, H., « L'appréciation contingente des justifications », *op. cit.*, p. 119-120.

droit de l'Union européenne et de la Convention EDH conforte pour l'essentiel la centralité de l'appréciation du juge national. Celui-ci pourra déterminer les objectifs légitimes et conduire un contrôle de proportionnalité selon son propre système de valeurs, de manière évolutive, en tenant compte du contexte, politique, social, économique au sein duquel il est implanté¹³⁷².

360. Quant à la nature des objectifs légitimes, la plus grande inquiétude concerne probablement la recevabilité des arguments tirés de la logique de marché (*e.g.* concurrence, compétitivité, flexibilité). Leur prise en compte est réelle, tant par le juge national que par le juge communautaire, mais se fait souvent dans le cadre d'une conciliation – plus que d'une primauté – de valeurs. La chambre sociale accepte la justification d'un employeur qui invoque les difficultés économiques rencontrées par son entreprise face à une absence de promotion lorsque celle-ci affecte l'ensemble des salariés et non un en particulier¹³⁷³. La CJUE a de son côté admis qu'une obligation de neutralité religieuse puisse s'imposer au sein de l'entreprise au nom de la protection de l'image de marque de la société lorsque celle-ci procède d'une règle de neutralité générale (*i.e.* politique, philosophique, religieuse), indifférenciée, et qu'elle est limitée aux salariés en contact avec la clientèle¹³⁷⁴. Elle avait très tôt considéré comme objectif légitime le fait de rechercher la bonne exécution des tâches au sein de l'entreprise¹³⁷⁵, et accepté de prendre en compte les critères de flexibilité, d'adaptabilité des horaires ou du lieu de travail face à une présomption de discrimination indirecte fondée sur le sexe¹³⁷⁶. Sa jurisprudence ultérieure a toutefois exclu de reconnaître comme objectif légitime les simples considérations budgétaires¹³⁷⁷. La Cour de cassation a quant à elle rejeté la tentative de justification des différences de traitement fondées sur l'âge lorsqu'elle résulte seulement de « la prise en compte d'un intérêt purement individuel et propre à la situation des [entreprises] désireuses de répondre à la demande de la clientèle »¹³⁷⁸. Il n'est pas certain sur ce point que les juridictions soient plus permissives que ne l'est le législateur lorsqu'il agit en tant qu'autorité normative en matière de lutte contre les discriminations, lui aussi largement amené à intégrer des impératifs économiques et les intérêts des acteurs du marché du travail¹³⁷⁹.

¹³⁷² En ce sens, v. MOREAU, M-A., « Les justifications des discriminations », *loc. cit.*

¹³⁷³ Cass. soc., 5 mai 2011, n° 10-14.413, inédit.

¹³⁷⁴ CJUE, Grande ch., 14 mars 2017, *Samira Achbita*, *loc. cit.*

¹³⁷⁵ CJCE, 17 octobre 1989, *Danfoss*, aff. 109/88.

¹³⁷⁶ CJCE, 27 octobre 1993, *Pamela Mary Enderby*, aff. C-127/92, pt. 25. V. aussi, CJCE, 5^e ch, 26 septembre 2000, *Bärbel Kachelmann*, aff. C-322/98, pt. 35.

¹³⁷⁷ CJCE, 1^{er} CH., 10 mars 2005, *Vasiliki Nikoloudi*, aff. C-196/02, not. pts. 49-53.

¹³⁷⁸ Cass. soc., 17 mars 2015, n° 13-27.142, *Bull. V*, n° 53.

¹³⁷⁹ Pour rappel, v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, I, B, 2) sur les motivations ayant engendré la disparition de la HALDE. V. aussi Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, II, sur les impératifs pris en compte en vue de l'élaboration du dispositif des actions de groupe. V. encore l'art. L. 1321-2-1 du Code du travail pour illustrer dès 2016 la pendante de la jurisprudence *Samira Achbita* de 2017 : « 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

361. En second lieu, l'ouverture à une possibilité systématique de justification pourrait laisser craindre que le droit de la non-discrimination soit atteint d'un grand subjectivisme, amplifiant ainsi le « phénomène de subjectivisation du droit »¹³⁸⁰. Comme le constate Morgan Sweeney, « le contrôle de la justification est éminemment casuistique : il varie d'un cas à l'autre et d'une juridiction à l'autre »¹³⁸¹, tant sur le fond que sur la forme. L'appréciation des faits complexes et extrêmement divers qui sont soumis aux juges est inévitablement relative, tout comme la détermination de leurs techniques de contrôle. Il en va de même de l'équilibre final des décisions qui procèdent à un arbitrage de valeurs. Comme le résume Édouard Dubout : « l'égalité entraîne une prise de position sur des choix de société. [...] Il s'agit très classiquement de trouver un juste équilibre entre l'intérêt individuel et l'intérêt général. Ce dernier constitue souvent [en en droit de l'Union européenne] le critère principal d'évaluation finaliste de la légitimité du but poursuivi par la mesure taxée de discrimination. Or, comme le note le Conseil d'État, "la notion d'intérêt général est plus politique que juridique". Inévitablement, la nature du contrôle du juge sur cette notion subit le même constat »¹³⁸².

362. Dans les systèmes juridiques de *Common Law*, ce pouvoir prétorien est sans doute moins décrié dans la mesure où il est accompagné d'une plus grande confiance à l'égard du juge, ce qui contraste, pour certains, avec « l'attitude très française qui repose sur une méfiance du juge national »¹³⁸³. Y céder conduit à considérer le droit de la non-discrimination comme un instrument supplémentaire du gouvernement des juges¹³⁸⁴. S'en prémunir pousse simplement à affirmer qu'il appartient au juge de rendre opératoire l'égalité, principe vide, par l'application du droit de la non-discrimination¹³⁸⁵. Celui-ci, s'il fixe un cadre de justifications, ne peut toutes les épuiser et s'en remet

d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché ».

¹³⁸⁰ MARGUÉNAUD, J-P., « Conclusions », in SUDRE, F. et SURREL, H. (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 459.

¹³⁸¹ SWEENEY, M., *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, op. cit., p. 606. Pour une typologie de ces différents contrôles, v. *idem*, p. 607 et s. V. également SURREL, H., « L'appréciation contingente des justifications », op. cit., p. 137.

¹³⁸² DUBOUT, É., *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, op. cit., p. 556 – se référant notamment à CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public de 1996. Sur le principe d'égalité*, Paris, La Documentation française, 1997, p. 44.

¹³⁸³ MOREAU, M-A., « Les justifications des discriminations », loc. cit.

¹³⁸⁴ DUBOUT, É., *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, op. cit., p. 560 : « il s'ensuit que, comme l'équité, l'égalité apparaît souvent comme un des moyens principaux du gouvernement des juges ». V. sur ce point Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 3, I.

¹³⁸⁵ V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1. V. aussi, entre autres : CALVÈS, G., « Le principe de non-discrimination : un principe vide », op. cit. et WESTEN, P., « The Empty Idea of Equality », *Harvard Law Review*, vol. 95, n° 3, 1982, p. 537-596.

nécessairement¹³⁸⁶, pour partie, à la main du juge¹³⁸⁷. Il convient en effet de rappeler que le droit de la non-discrimination a pour principale fonction de réaliser l'égalité par le biais d'un contrôle juridictionnel qui conduit à évaluer en priorité la légitimité des traitements défavorables suspects, car fondés sur certains motifs identifiés¹³⁸⁸. Dénoncer la grande latitude dont disposent les juridictions pour effectuer ce contrôle revient à omettre le fondement même du droit de la non-discrimination. Ce « droit nouveau qui vise à renouveler l'approche du principe d'égalité sous l'angle de son effectivité »¹³⁸⁹ façonne « une méthode de contrôle, une grille d'analyse, une technique de qualification de certaines différences de traitement, instituées en fait ou en droit »¹³⁹⁰. D'un point de vue ontologique, il y a quelque chose d'incompatible entre la contestation de la marge d'appréciation du juge, de son pouvoir créateur dans le cadre du droit de la non-discrimination, et l'ADN même de ce droit.

363. *In fine*, si l'affirmation d'une clause commune de justification des présomptions de discrimination, y compris directe, s'inscrit en continuité de l'évolution du droit interne, remplace un double standard devenu insensé, s'accommode éventuellement d'une exception pour certains motifs ou encore du maintien à titre indicatif de justifications légales admissibles, et que le pouvoir prétorien qu'elle permet de conférer au juge ne constitue pas un obstacle rédhibitoire, elle pourrait surtout renforcer la cohérence du droit de la non-discrimination. En lui conférant davantage de simplicité et de clarté, elle pourrait faciliter la mobilisation du droit par les acteurs. Cette mesure, néanmoins perceptible à certains égards comme une concession¹³⁹¹, doit être envisagée aux côtés d'autres dynamiques, expansives, telles que la reconnaissance de nouvelles caractéristiques protégées et l'appréhension croissante des différents types de discrimination.

¹³⁸⁶ LOCHAK, D., « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. Soc.*, n° 11, 1987, p. 788 : « le pouvoir d'appréciation que s'attribue ainsi le juge est inévitable, sous peine d'aboutir à des solutions absurdes ».

¹³⁸⁷ BIOY, X., « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », *op. cit.*, p. 68 : « Parmi les mains qui écrivent ce nouveau roman de la non-discrimination, celles des juges, ne restent pas inactives ».

¹³⁸⁸ Sur ce point, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, I, B.

¹³⁸⁹ TOUBON, J., « Avant-propos », in DÉFENSEUR DES DROITS et al., *10 ans de droit de la non-discrimination*, *op. cit.*, p. 2.

¹³⁹⁰ CALVÈS, G., « Discrimination », *op. cit.*, p. 281.

¹³⁹¹ Marie-Ange Moreau évoque ainsi un « élargissement de la politique communautaire à de nouvelles causes de discriminations mais en ouvrant les possibilités de justifications donc de légitimation des faits discriminants de la façon la plus large. On peut les présenter comme des contre-poids de l'évolution » (MOREAU, M-A., « Les justifications des discriminations », *loc. cit.*).

SECTION 2 : L'INOPPORTUNITÉ DE LA CATÉGORISATION ENTRE DISCRIMINATIONS DIRECTES ET INDIRECTES

364. L'expansion considérable lors des dernières décennies du droit de la non-discrimination en France, et plus largement en Europe, se traduit avant tout par une extension du contrôle du juge en vue de la réalisation du principe d'égalité¹³⁹². Son *pouvoir d'appréciation* est renforcé par le rôle croissant que jouent les justifications susceptibles d'excuser une discrimination présumée. Sa *capacité de contrôle* est quant à elle renforcée par l'augmentation du nombre de motifs de discrimination que consacre progressivement le législateur français ou que découvre la Cour EDH au gré du contentieux¹³⁹³. En parallèle, cette capacité de contrôle est semblablement étendue par l'admission, elle aussi grandissante, des différents types de traitements défavorables susceptibles d'être déférés au juge et qui peuvent être appréhendés par la qualification juridique de discrimination. Un regard rétrospectif en la matière permet la mise en lumière d'une évolution remarquable de la notion de discrimination que le droit positif retranscrit. Bouleversant la conception primaire de la discrimination en tant que simple différence de traitement expressément fondée sur un motif énuméré, l'émergence de la discrimination indirecte a permis de soumettre une multiplicité de traitements défavorables supplémentaires au contrôle du juge. Cette extension peut être considérée comme une exigence de réalisation plus large de l'égalité par la non-discrimination.

365. L'édification de la distinction entre discriminations directes et indirectes en véritable *summa divisio*, qui structure deux régimes juridiques distincts, semble, en revanche, altérer la cohérence du droit de la non-discrimination et complexifier sa mobilisation (*e.g.* distinction difficile à appréhender en pratique, concours de qualification). Elle consacre des protections variables en fonction d'une distinction qui n'est que typique et largement imparfaite. À terme, les *modalités d'émergence* de la discrimination indirecte – et non la notion en soi – peuvent être créditées d'une contribution ambivalente. Ces modalités d'émergence de la notion oscillent entre volonté d'expansion et perte de cohésion de la qualification de discrimination (I). Afin de retrouver une cohérence fondamentale que les énoncés juridiques ont altérée, un regard prospectif permet d'insister en continuité sur la possible unification de la qualification juridique¹³⁹⁴. La disparition progressive des spécificités

¹³⁹² Sur ce point, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

¹³⁹³ Sur ce point, v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, I, A. Pour rappel : l'art. 14 de la Convention EDH énonce une liste indicative des motifs de discrimination laissant à la Cour la latitude de découvrir par voie prétorienne des motifs analogues aux motifs énumérés. Par exemple, la situation de concubinage (COUR EDH, 1^e sect., 22 mai 2008, *Petrov c. Bulgarie*, req. n° 15197/02, § 52), le statut parental (COUR EDH, 2^e sect., 31 mars 2009, *Weller c. Hongrie*, req. n° 44399/05, § 29), le type de titre de séjour (COUR EDH, 4^e sect., 27 septembre 2011, *Bah v. the United Kingdom*, req. n° 56328/07, § 43-46).

¹³⁹⁴ Pour un point de vue « en faveur d'une vision plus fusionnelle ou interactive des discriminations directes et indirectes », quoique conduit dans une autre finalité que l'unification de la qualification juridique, en l'occurrence

propres à chacune des deux sous-qualifications¹³⁹⁵ (e.g. harmonisation des modalités de justification), et le gain potentiel de cohérence et d'opérationnalité pour les victimes qu'occasionnerait une qualification générique, permettent de voir en cette hypothèse une conséquence logique autant qu'une opportunité stratégique (II).

I. L'émergence de la discrimination indirecte : entre volonté d'expansion et perte de cohésion du droit de la non-discrimination

366. Notion juridique de premier plan, la discrimination indirecte est, à n'en pas douter, un outil qui a révolutionné le droit de la non-discrimination. Une partie de la doctrine et de nombreuses institutions de défense de l'égalité se sont échinées, durant les vingt dernières années, à la promouvoir. Il peut paraître surprenant d'insister dans ce contexte sur ses externalités négatives et d'envisager qu'elle puisse affaiblir la cohérence du droit de la non-discrimination¹³⁹⁶. Ces griefs sont en réalité moins formulés à l'encontre de la notion et de sa fonction première qu'en opposition au statut qui lui a été conféré par la suite. En tant que qualification juridique à part entière, composante de la *summa divisio* entre discriminations directes et indirectes, sa fragilité mérite d'être relevée tant la distinction établie est relative et incomplète (B). La fonction première ayant justifié l'émergence de la notion a, en revanche, bel et bien permis une puissante expansion de l'interdiction de la discrimination¹³⁹⁷ (A).

A. L'émergence de la discrimination indirecte au service de l'expansion du droit de la non-discrimination

367. Il est possible d'affirmer sans réserve que la notion de discrimination indirecte, tel qu'elle fut mobilisée, a permis de fortifier le droit de la non-discrimination par l'extension de son champ

l'appréhension des discriminations systémiques, v. récemment MERCAT-BRUNS, M., « Les différentes figures de la discrimination au travail : quelle cohérence ? », *loc. cit.*, not. : « une certaine cohérence du droit de la non-discrimination peut aussi dériver d'une démarche inverse qui tire un sens du croisement des figures de discrimination directe et indirecte, qui apparaissent dans l'interprétation des textes sur la discrimination et des décisions de justice ».

¹³⁹⁵ Double qualification au sujet de laquelle Bernard Bossu dira qu'elle est « imposée par le droit de l'Union européenne, et précisée par la Cour de justice de l'Union européenne ». V. BOSSU, B. (dir.), *Les discriminations dans les relations de travail devant les cours d'appel. La réalisation contentieuse d'un droit fondamental*, *op. cit.*, p. 120.

¹³⁹⁶ Pour une mise en cause de la cohérence de l'évolution jurisprudentielle sur ce point, v. MARTIN, D., *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, *op. cit.*, p. 127 : « Durant cette dernière décennie [1994-2005], les concepts de "discrimination" et d'"égalité" ont connu des évolutions marquantes. Malheureusement, il serait présomptueux d'affirmer que ces évolutions se sont faites avec cohérence. Aujourd'hui encore, il n'est pas possible d'affirmer que la Cour a une jurisprudence claire sur la notion de "discrimination", et encore moins sur les causes possibles de justification de celle-ci ».

¹³⁹⁷ Pour la Commission européenne, cette puissante expansion de l'interdiction de la discrimination s'est faite afin de renforcer son « efficacité » (COMMISSION EUROPÉENNE (TOBLER, C.), *Limites et potentiels du concept de discrimination indirecte*, *op. cit.*, p. 28).

d'application. En redéfinissant les contours de l'acceptation juridique de la discrimination, plusieurs configurations sociales furent nouvellement soumises au contrôle des juridictions. Deux élargissements successifs – d'importances variables – ont permis cette extension de la notion. Il fut d'abord et principalement question d'appréhender sous l'angle de la discrimination de nouvelles différences de traitement, non fondées expressément sur un motif prohibé (1). De manière marginale, l'appréhension contentieuse des traitements identiques de situations différentes fut parfois rapprochée de la notion de discrimination indirecte (2).

1) La volonté d'appréhender un plus grand nombre de différences de traitement

368. Dès les années 1970, la CJCE a manifesté une volonté d'appréhender sous la qualification de discrimination d'autres traitements défavorables que les seules différences de traitement qui étaient expressément fondées sur un motif de discrimination énuméré par les instruments du droit communautaire (*i.e.* discriminations directes *prima facie*). Largement influencée par le droit étatsunien et la notion de *disparate impact*¹³⁹⁸, elle a en premier lieu mobilisé la discrimination indirecte afin de sanctionner des différences de traitement qui n'étaient pas fondées sur un motif énuméré de discrimination mais sur un autre critère. C'est pour cette raison que la distinction ciblée dans cette hypothèse est considérée comme une mesure « en apparence neutre ». De cette démarche jurisprudentielle ressortent *a posteriori* deux implications majeures. L'analyse du juge européen a, d'une part, subi une mutation considérable. La Cour ne se contente plus d'observer le contenu de la mesure litigieuse mais en envisage désormais les effets. L'analyse devient alors téléologique et se concentre davantage sur les conséquences de la mesure que sur sa nature et son contenu¹³⁹⁹. Face au constat d'une pluralité des modalités de production des effets défavorables constitutifs d'une discrimination, directe ou indirecte, la CJCE a, d'autre part, souhaité ériger deux qualifications juridiques dissociées, issues de la distinction conceptuelle nouvellement établie.

369. La Cour de Luxembourg a explicitement amorcé cette dynamique par le biais de son arrêt *Giovanni Maria Sotgiu* du 12 février 1974¹⁴⁰⁰. Le cas d'espèce concernait une indemnité de séparation octroyée aux salariés d'une entreprise lorsque le lieu de travail de ces derniers ne correspondait pas avec leur lieu de résidence. Selon qu'ils résidaient dans une ville située ailleurs sur le territoire allemand ou dans un autre État membre, le montant de cette indemnité variait, au détriment des

¹³⁹⁸ *Griggs vs. Duke Power Co*, [1971] 401 US 424. V. not. le raisonnement suivi in COUR EDH, Grande ch., 13 novembre 2007, *D.H. c. République tchèque*, *op. cit.*, § 107.

¹³⁹⁹ Sur le rôle de cette implication au regard de la mutation des points de vue de l'égalité, passant d'abstraite à concrète, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, I, B et II.

¹⁴⁰⁰ CJCE, 12 février 1974, *Giovanni Maria Sotgiu*, aff. 152/73.

salariés établis à l'étranger. La CJCE a alors précisé que le droit communautaire interdit non seulement les discriminations expressément fondées sur la nationalité mais également celles qui, « par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat »¹⁴⁰¹. La différence de traitement fondée sur le lieu de résidence des salariés, critère non énuméré, fut sanctionnée car elle possédait des effets similaires à une différence de traitement fondée sur la nationalité. Peu importe qu'un motif énuméré de discrimination transparaisse explicitement de la mesure adoptée, l'important est l'effet provoqué par celle-ci. Cette jurisprudence fut réaffirmée à de multiples reprises, notamment¹⁴⁰² en 1995 dans l'arrêt *Roland Schumacker* au sujet d'une réglementation allemande excluant un salarié du bénéfice d'un avantage fiscal au motif qu'il résidait en Belgique. Après avoir rappelé sa position dans la décision *Giovanni Maria Sotgiu*¹⁴⁰³, la CJCE a énoncé qu'une telle mesure était susceptible de constituer une discrimination indirecte fondée sur la nationalité¹⁴⁰⁴.

370. L'arrêt *Jenkins* fournit une autre illustration au sujet d'une différence de rémunération établie entre les salariés occupant un emploi à temps plein et ceux occupant un emploi à temps partiel. Cette mesure est contraire au droit communautaire lorsque, cumulée à un phénomène de concentration des femmes au sein des emplois à temps partiel, elle « n'est en réalité qu'un moyen indirect »¹⁴⁰⁵ de minimiser la rémunération des travailleuses. De manière proche, la décision *Bilka-Kaufhaus* portait en 1986 sur une réglementation exigeant d'avoir occupé durant plusieurs années un emploi à temps plein afin de pouvoir bénéficier d'une prime. Après avoir relevé la concentration de femmes au sein des emplois à temps partiels, exclus du bénéfice, la CJCE estima que le droit communautaire « est violé par une société de grands magasins qui exclut les employés à temps partiel du régime de pensions d'entreprise lorsque cette mesure frappe un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes »¹⁴⁰⁶. Dans les deux cas, *Jenkins et Bilka-Kaufhaus*, les différences de traitement n'étaient pourtant pas fondées sur le sexe des salariés, motif de discrimination énuméré, mais sur le temps de travail de l'emploi occupé ou précédemment occupé. Peu importe à la Cour dès lors que cette différence de traitement engendre une exclusion disproportionnée des femmes de l'accès audit bénéfice.

371. En se focalisant sur le résultat, tout en minimisant l'importance d'un fondement explicite sur le motif consacré de discrimination, l'analyse contentieuse est renouvelée. Dans ce cadre, ce sont

¹⁴⁰¹ *Idem*, pt. 11.

¹⁴⁰² Pour d'autres cas, v. entre autres : CJCE, Grande ch., 15 mars 2005, *Dany Bidar*, aff. C-209/03, pt. 51 et CJCE, 2^e ch., 7 juillet 2005, *Commission c. Autriche*, aff. C-147/03, pt. 41.

¹⁴⁰³ CJCE, 14 février 1995, *Roland Schumacker*, aff. C-279/93, pt. 26.

¹⁴⁰⁴ *Idem*, pt. 29.

¹⁴⁰⁵ CJCE, 31 mars 1981, *Jenkins*, *op. cit.*, pt. 15.

¹⁴⁰⁶ CJCE, 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus*, *op. cit.*, pt. 31.

les conséquences concrètes engendrées par la mesure litigieuse qui façonnent le jugement porté sur elle et desquelles dérive sa qualification juridique en tant que discrimination. Ce nouveau prisme de lecture suit la reconnaissance en amont d'une pluralité des modalités de production des effets défavorables susceptibles de déboucher sur la qualification de discrimination. Alors qu'elle aurait pu reléguer à un plan secondaire ces modalités de production pour se concentrer sur l'effet défavorable, quelle que soit l'hypothèse, la Cour a préféré dresser une typologie binaire dictant deux qualifications juridiques dissociées.

372. Déjà dans l'arrêt *Giovanni Maria Sotgiu*, la CJCE avait précisé que le droit communautaire prohibait « non seulement les discriminations *ostensibles*, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes *dissimulées* de discrimination »¹⁴⁰⁷. Deux ans plus tard, elle précisait qu'il était nécessaire d'établir une distinction entre « d'une part, les discriminations directes et ouvertes [...], et, d'autre part, les discriminations indirectes et déguisées »¹⁴⁰⁸. Les secondes provoquent les mêmes effets que les premières et sont pour cela également prohibées. Malgré des effets similaires, la CJCE va consacrer deux qualifications juridiques distinctes. Ce clivage apparaît nettement à la lecture des conclusions de l'avocat général Francis Geoffrey Jacobs relatives à l'affaire *Julia Schnorbus* : « la discrimination est directe, lorsque l'inégalité de traitement est fondée sur un critère qui est soit explicitement celui du sexe soit nécessairement lié à une caractéristique indissociable du sexe [*e.g.* grossesse, maternité]. Elle est indirecte, lorsqu'un autre critère s'applique, mais que celui-ci affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe, plutôt que de l'autre »¹⁴⁰⁹. La Cour appliqua cette grille de lecture au cas d'espèce¹⁴¹⁰ et la maintint par la suite au point d'en faire un élément structurant de sa jurisprudence¹⁴¹¹.

373. La notion de discrimination indirecte ainsi mobilisée permet de faire entrer dans le giron de la discrimination de nombreuses différences de traitement, non fondées sur des motifs énumérés, mais sur un critère qui fait « office d'équivalent fonctionnel »¹⁴¹². Cette mobilisation de la notion prend également ancrage au sein de la jurisprudence nationale.

¹⁴⁰⁷ CJCE, 12 février 1974, *Giovanni Maria Sotgiu*, *op. cit.*, pt. 11 (nous soulignons).

¹⁴⁰⁸ CJCE, 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne II*, aff. 43/75, pt. 18.

¹⁴⁰⁹ Conclusions de l'avocat général M. Francis Geoffrey Jacobs, présentées le 6 juillet 2000, aff. C-79/99, *Julia Schnorbus*, pt. 33.

¹⁴¹⁰ CJCE, 6^e ch., 7 décembre 2000, *Julia Schnorbus*, *op. cit.*, pts. 33, 38 et 39.

¹⁴¹¹ V. not. CJCE, 5^e ch., 23 octobre 2003, *Silvia Becker*, aff. jointes C-4/02 et C-5/02, pt. 67 : le principe d'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et féminins pour un même travail « s'oppose non seulement à l'application de dispositions qui établissent des discriminations directement fondées sur le sexe, mais également à l'application de dispositions qui maintiennent des différences de traitement entre travailleurs masculins et travailleurs féminins en application de critères non fondés sur le sexe ».

¹⁴¹² CALVÈS, G., « "De manière générale..." : le Conseil d'État face au droit communautaire de la non-discrimination », *loc. cit.*

374. Le Conseil d'État a, par exemple, invalidé la décision d'un jury de recrutement d'une université parisienne qui avait repoussé la candidature d'une professeure italienne car celle-ci ne disposait pas d'une expérience suffisante au sein du système académique français. Les juges du Palais royal rappelaient en soutien que les dispositions du droit communautaire « doivent être interprétées comme interdisant non seulement les discriminations fondées sur la nationalité mais encore toutes les autres formes de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat »¹⁴¹³. Reprenant le raisonnement des juges communautaires et administratifs, la Cour de cassation a, à son tour, considéré que le fait d'exclure les salariés occupant un poste à temps partiel du bénéfice d'une allocation retraite supplémentaire est constitutif d'une discrimination indirecte lorsque la mesure aboutit à exclure majoritairement des femmes¹⁴¹⁴. La chambre sociale considère encore que le fait de fixer par décret des âges différents d'ouverture des droits à la retraite en fonction des professions au sein de l'Opéra national de Paris est susceptible de constituer une discrimination indirecte fondée sur le sexe lorsque la mesure intervient dans un contexte de concentration des femmes dans les professions défavorisées par la mesure¹⁴¹⁵.

375. À l'instar de la CJUE et des juridictions nationales, la Cour EDH a, elle aussi, admis que la qualification de discrimination peut reposer sur le fait de cibler indirectement un groupe de personnes par le biais d'un autre critère qu'un motif de discrimination. Elle a embrassé l'analyse téléologique pour énoncer que, « si une politique ou une mesure générale a des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes, la possibilité qu'elle soit considérée comme discriminatoire ne peut être exclue *même si elle ne vise pas spécifiquement ce groupe* »¹⁴¹⁶. La position fut

¹⁴¹³ CE, 4/6 SSR, 18 octobre 2002, n° 224804 : « qu'en particulier, lorsqu'à l'occasion du recrutement d'un fonctionnaire pour un emploi entrant dans le champ d'application de l'article 5 bis précité de la loi du 13 juillet 1983, les autorités administratives compétentes prennent en considération les activités professionnelles antérieures, exercées par les candidats au sein d'une administration publique, elles ne peuvent, à l'égard des ressortissants des États membres de l'Union européenne, opérer de distinction selon que ces activités ont été exercées dans une collectivité publique française ou dans celle d'un autre État membre ». V. au sujet de cet arrêt LASSERRE, B. (Vice-président du Conseil d'État), « L'Égalité des citoyens dans la République », *loc. cit.* : « Sous l'influence du juge européen, mais aussi parce qu'il est de plus en plus clair que la seule proclamation de l'égalité ne suffit pas toujours à la faire naître concrètement, le juge administratif a souhaité tenir compte de ces concepts. Le Conseil d'État a ainsi explicitement retenu la notion de discrimination indirecte dans l'arrêt Spaggiari de 2002, même s'il avait déjà admis cette qualification de manière implicite dans des affaires antérieures [CE, 22 septembre 1997, *Iorio*, n° 171903 et CE, 13 mars 2002, *Courbage*, n° 209938] ».

¹⁴¹⁴ Cass. soc., 3 juillet 2012, n° 10-23.013, *Bull. V*, n° 206. Sur la réception de la discrimination indirecte en France, v. entre autres, MERCAT-BRUNS, M., « Tackling Indirect Discrimination in Employment in France: A Relative Success ? », in HAVELKOVÁ, B. et MÖSCHEL, M. (edit.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions, op. cit.*, p. 244-261, not. p. 247-249.

¹⁴¹⁵ Cass. soc., 30 septembre 2013, nos 12-14.752 et 12-14.964, *Bull. V*, n° 222. En dépit de la présomption de discrimination indirecte, la cour d'appel de renvoi a considéré que la différence de traitement, en apparence neutre, était justifiée par un objectif légitime et des moyens nécessaires et appropriés en raison de la prise en compte de la pénibilité plus importante des tâches des personnels de service technique (CA Versailles, ch. 6, 27 janvier 2015, n° 13/04868). V. encore pour une autre affaire relative à une discrimination indirecte fondée sur le sexe Cass. civ. 2e, 9 novembre 2017, n° 16-20.404, *Bull. II*.

¹⁴¹⁶ COUR EDH, 3^e sect., 4 mai 2001, *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, req. n° 24746/94, § 154 (nous soulignons).

réaffirmée dans les arrêts *Mc Shane c. Royaume-Uni*¹⁴¹⁷ et *Zarb Adami c. Malte*¹⁴¹⁸. Dans ce dernier cas, le requérant, un maître de conférences maltais, contestait le fait que l'obligation d'assurer les fonctions de juré pèse, en pratique, davantage sur les hommes que sur les femmes, de manière disproportionnée. Selon le gouvernement, différents facteurs, non assimilables à des motifs énumérés de discriminations, expliquaient cette disproportion. Les jurés étaient notamment choisis parmi la population active dans le secteur de l'économie et des professions libérales, où les hommes sont surreprésentés. Une dispense pouvait par ailleurs être accordée aux jurés désignés à condition d'invoquer une « charge de famille », ce qui aboutissait en pratique à dispenser davantage de femmes que d'hommes¹⁴¹⁹. Ces facteurs, en apparence neutres, étaient *in fine* susceptibles d'engendrer indirectement le traitement défavorable d'un groupe de personnes (*i.e.* les hommes) caractérisées par un motif de discrimination (*i.e.* le sexe). Là encore, seul l'effet produit importe, plus que la nature ou le contenu de la mesure.

376. Par le biais de son arrêt de grande chambre *D.H. et autres c. République tchèque*, la Cour EDH a tissé un lien clair entre ces traitements défavorables et la notion de discrimination indirecte. En l'espèce, était contestée la pratique consistant à placer précocement dans des écoles spéciales des enfants au regard de leurs résultats à un test d'aptitudes préscolaire destiné à évaluer leurs capacités intellectuelles et à déceler d'éventuelles déficiences mentales. Ce test faisait office de critère de répartition, en apparence neutre. Il était décrié car il engendrait dans les faits un effet défavorable disproportionné au détriment des enfants roms, à savoir leur placement quasi systématique dans les écoles spéciales. La Cour conclut à la violation de l'article 14, non sans avoir procédé à une analyse considérable et détaillée de la notion de discrimination indirecte, dont elle fait explicitement application en l'espèce. Elle estime que, « en dépit de leur neutralité, les dispositions légales pertinentes ont donc, *de facto*, eu des répercussions beaucoup plus importantes sur les enfants roms que sur les enfants non roms, menant à une scolarisation statistiquement disproportionnée des premiers dans les établissements spéciaux »¹⁴²⁰.

377. Ces positions jurisprudentielles ont rapidement trouvé un écho dans le droit positif. Depuis 1976, l'article 2, 1., de la directive 76/207/CE dispose 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* »¹⁴²¹. La discrimination indirecte fut donc initialement une modalité stratégique permettant de compenser l'absence de lien direct entre la

¹⁴¹⁷ COUR EDH, 4^e sect., 28 mai 2002, *Mc Shane c. Royaume-Uni*, req. n° 43290/98, § 135.

¹⁴¹⁸ COUR EDH, 4^e sect., 20 juin 2006, *Zarb Adami c. Malte*, req. n° 17209/02, § 80.

¹⁴¹⁹ *Idem*, § 81.

¹⁴²⁰ COUR EDH, Grande ch., 13 novembre 2007, *D.H. c. République tchèque*, *op. cit.*, § 193.

¹⁴²¹ Nous soulignons.

mesure en cause et un motif de discrimination énuméré. Au-delà de la prise en compte formelle du motif, c'est la défaveur concrète que la mesure fait peser sur les personnes identifiées par lui qui importe. Cette extension des traitements défavorables susceptibles d'être appréhendés par le biais de la qualification juridique de discrimination était, selon la CJCE elle-même, « nécessaire pour garantir l'efficacité d'un des principes fondamentaux de la communauté »¹⁴²², à savoir le principe d'égalité de traitement. La notion de discrimination indirecte fut en continuité mobilisée afin de saisir certaines indifférences de traitement.

2) La volonté d'appréhender également l'indifférence dans le traitement

378. À compter de 1997, et plus encore de 2000, la définition de la discrimination indirecte fournie par les textes de droit communautaire – et désormais transposée en droit interne – a évolué. Ne sont plus seulement visées les différences de traitement faisant indirectement référence à un motif de discrimination mais, plus largement, sont ciblés « les dispositions, critères ou pratique apparemment neutres »¹⁴²³. Comme vu précédemment, la mesure peut d'abord être apparemment neutre car elle opère une distinction à partir d'un critère non énuméré en droit positif comme motif de discrimination. Une conception extensive de la notion de discrimination a ensuite conduit à se saisir, de manière extrêmement ponctuelle, des traitements identiques de situations différentes. À la marge, ces traitements en apparence neutres, car indifférenciés, ont parfois été rapprochés de la notion de discrimination indirecte.

379. Dans l'arrêt *John O'Flynn*, la CJCE fut amenée à examiner une législation britannique prévoyant l'octroi d'une indemnité funéraire en cas de décès d'un proche, applicable à tous les résidents du territoire, indépendamment de leur nationalité. En cas de décès à l'étranger, les dépenses indispensables au rapatriement du corps et en vue de son inhumation ou de sa crémation au Royaume-Uni, dans un lieu proche du domicile du bénéficiaire de l'indemnité, pouvaient ainsi être couvertes. La prise en charge de tels frais en vue d'une inhumation ou d'une crémation en dehors du Royaume-Uni était en revanche exclue, tant pour les nationaux que pour les étrangers. Le requérant contestait le fait que l'indemnité lui ait été refusée au motif qu'il souhaitait que soient pris en charge les frais liés à l'inhumation de son fils en Irlande. La Cour a affirmé face à cette mesure qu'une « disposition de droit national doit être considérée comme indirectement discriminatoire dès lors qu'elle est susceptible, par sa nature même, d'affecter davantage les travailleurs migrants que les travailleurs nationaux et qu'elle risque, par conséquent, de défavoriser

¹⁴²² CJCE, 12 février 1974, *Gionvani Maria Sotgiu*, *op. cit.*, pt. 11.

¹⁴²³ Directives 97/80/CE, 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2006/54/CE.

plus particulièrement les premiers »¹⁴²⁴. Aucune distinction entre individus ou catégories d'individus n'était ici faite, pas même en fonction d'un critère en apparence neutre. La même mesure s'appliquait à tous, de la même manière. Elle fut pourtant considérée comme une discrimination *prima facie* – excusable en cas de justification objective – du seul fait de la condition territoriale (*i.e.* la dépouille devait être inhumée au Royaume-Uni). Plus qu'une différence de traitement, c'est l'identité du traitement entre des situations différentes qui génère ici la discrimination indirecte *prima facie*. Cette jurisprudence matérialise les considérations de la Cour dans ses arrêts *Firma A. Racke et Roland Schumacker* selon lesquelles « une discrimination ne peut consister que dans l'application de règles différentes à des situations comparables ou bien dans l'application de la même règle à des situations différentes »¹⁴²⁵. Au regard de sa jurisprudence, l'appréhension par la CJUE des traitements identiques de situations différentes par la mobilisation de la notion de discrimination indirecte demeure somme toute assez inhabituelle.

380. La Cour EDH a, de manière plus flagrante, bouleversé l'ancienne conception de l'égalité jouissance des droits au sens de l'article 14 de la Convention EDH par son arrêt *Thlimmenos c. Grèce*. Le requérant reprochait en l'espèce aux autorités grecques de systématiquement exclure des nominations d'experts-comptables les personnes ayant fait l'objet d'une condamnation pénale, sans distinguer en fonction de la nature de l'infraction. Ayant été condamné pour objection de conscience car il avait refusé, conformément à ses convictions religieuses¹⁴²⁶, de participer à la mobilisation militaire en 1983, il ne pouvait occuper cette fonction. Les juges de Strasbourg ont pour la première fois énoncé que « 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 différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes »¹⁴²⁷. La discrimination peut d'abord être engendrée parce que la réponse commune apportée à des situations différentes va, selon le juge, créer une inégalité qui fait peser une défaveur illégitime au regard d'un motif de discrimination sur des personnes par rapport à d'autres. Tel était l'argument de Iakovos Thlimmenos¹⁴²⁸. La discrimination peut encore être engendrée parce que la réponse commune, à défaut de la créer, s'ajoute à une situation d'inégalité

¹⁴²⁴ CJCE, 5^e ch., 23 mai 1996, *John O'Flynn*, aff. C-237/94, pt. 20.

¹⁴²⁵ CJCE, 1^e ch., 13 novembre 1984, *Firma A. Racke*, aff. 283/83, pt. 1 et CJCE, 14 février 1995, *Roland Schumacker*, *op. cit.*, pt. 30.

¹⁴²⁶ Dont la manifestation est garantie par l'article 9 de la Convention.

¹⁴²⁷ COUR EDH, Grande ch., 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, req. n° 34369/97, § 44.

¹⁴²⁸ *V. idem*, § 42 : « Toutefois, le requérant ne s'en prend pas à la distinction que font les règles gouvernant l'accès à la profession entre les personnes condamnées et les autres. Il se plaint plutôt de ce que, pour appliquer la loi pertinente, aucune distinction ne soit établie entre les personnes condamnées pour des infractions commises exclusivement en raison de leurs convictions religieuses et les personnes reconnues coupables d'autres infractions » ; « l'argument du requérant consiste à se prétendre victime d'une discrimination dans l'exercice de sa liberté de religion, garantie par l'article 9 de la Convention, en ce qu'il a subi le même traitement que toute autre personne convaincue d'un crime ».

factuelle et, ce faisant, la perpétue¹⁴²⁹. C'est ce qu'affirme postérieurement la Cour dans l'arrêt *Stec et autres c. Royaume-Uni* : « dans certaines circonstances, l'absence d'un traitement différencié pour corriger une inégalité peut en soi emporter violation de [l'article 14] »¹⁴³⁰. Dans les deux cas, une mesure générale qui s'applique à tous ses destinataires de la même manière peut être une source de discrimination si ces derniers se trouvent dans des situations différentes et si ces situations différentes, au contact de la mesure, engendrent un traitement défavorable illégitime apprécié au regard d'un motif de discrimination.

381. Relevant l'appréhension nouvelle de ces traitements défavorables fondés sur l'indistinction, la doctrine y a parfois vu une « troisième forme »¹⁴³¹ de discrimination, la discrimination « matérielle », aux côtés des discriminations directes et indirectes. La notion de discrimination « matérielle » est alors conçue en opposition à la discrimination « formelle » qui, elle, repose sur une différence de traitement. Cette perception prolonge les développements d'Édouard Dubout dans sa thèse de doctorat¹⁴³² qui s'appuyaient sur un attendu de principe de la CJCE énoncé dans l'affaire *Italie c. Commission de la CEE* de 1963¹⁴³³ et qui a été ponctuellement réaffirmé depuis. Certes, la CJCE a parfois mobilisé cette notion de discrimination matérielle de manière autonome, principalement en matière de libre circulation des marchandises ou de libre prestation de services pour se référer aux situations dans lesquelles des cas non comparables sont traités de manière identique. Aucun texte antidiscriminatoire ne pose néanmoins la discrimination matérielle comme qualification à part entière. Plus simplement, l'opposition formelle/matérielle – régulièrement reprise par la doctrine¹⁴³⁴ – pourrait être superposée à titre accessoire à la classification directe¹⁴³⁵/indirecte¹⁴³⁶. En effet, la discrimination matérielle, en tant que mesure en apparence

¹⁴²⁹ V. MERCAT-BRUNS, M., « La personne au prisme des discriminations indirectes », *D.*, 2013, p. 2475 et s. : le droit « perpétue parfois les inégalités en ignorant les spécificités de la personne ».

¹⁴³⁰ COUR EDH, Grande ch., 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 51.

¹⁴³¹ RINGELHEIM, J., « La non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Bilan d'étape », *CRIDHO Working paper*, 2017, [en ligne : https://www.academia.edu/34039298/La_non-discrimination_dans_la_jurisprudence_de_la_Cour_europ%C3%A9enne_des_droits_de_lhomme_Bilan_d%C3%A9tape_Cridho_Working_Paper_2017_2], p. 15 : « Elle identifie ainsi une forme de discrimination supplémentaire, qui se distingue des discriminations directe et indirecte : c'est l'absence de différenciation qui est ici à l'origine de la discrimination ».

¹⁴³² DUBOUT, É., *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 393-404 et p. 428-430.

¹⁴³³ CJCE, 17 juillet 1963, *Italie c. Commission de la CEE*, aff. 13-63, pt. 4.

¹⁴³⁴ V. not. en plus des travaux d'Édouard Dubout, LANQUETIN, M-T., « Discrimination », *op. cit.*, § 61-62 sur « discrimination formelle et discrimination matérielle ». V. aussi § 8, 60 et 74. V. encore ILIOPOULOU-PENOT, A., « Conv. EDH, art. 14 », *Répertoire de droit européen*, octobre 2018, § 26-28.

¹⁴³⁵ Soulignons que la discrimination directe correspond nécessairement à une discrimination formelle, fondée sur la différence de traitement.

¹⁴³⁶ LANQUETIN, M-T., « Discrimination », *op. cit.*, § 62 : « les directives 2000 ne précisent pas que le droit communautaire dérivé interdit les discriminations formelles aussi bien que matérielles. Cette interprétation découle implicitement des formulations employées. Elle va alors se traduire dans les définitions elles-mêmes de discrimination directe et de discrimination indirecte ».

neutre, car indifférenciée, peut être pleinement appréhendée sous la qualification de discrimination indirecte.

382. Dans l'affaire *Taddenci et McCall c. Italie*, le refus d'un permis de séjour pour motif familial était contesté devant la Cour EDH. Ce permis avait été refusé au concubin d'un ressortissant italien en raison de l'impossibilité pour le premier de remplir les critères d'attribution, à savoir bénéficier d'un statut d'« époux » selon la loi italienne. Cette exigence s'appliquait de manière indifférenciée aux couples hétérosexuels et homosexuels. La législation contestée relative à l'attribution des permis de séjour ne procédait, en soi, à aucune distinction entre les demandeurs. La Cour considéra néanmoins que « les requérants, un couple homosexuel, ont été traités, en ce qui concerne l'octroi d'un permis de séjour pour raison familiale, de la même façon que des personnes se trouvant dans une situation sensiblement différente de la leur – à savoir des partenaires hétérosexuels ayant décidé de ne pas régulariser leur situation »¹⁴³⁷. C'est ce traitement identique de situations différentes que sanctionna la Cour en l'espèce. Elle précisait en complément « qu'une politique ou une mesure générale qui ont des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes peuvent être considérées comme discriminatoires même si elles ne visent pas spécifiquement ce groupe et s'il n'y a pas d'intention discriminatoire. Une telle situation s'analyse en une "discrimination indirecte" »¹⁴³⁸.

383. L'appréhension des indifférences de traitement par le droit de la non-discrimination peut être associée à une interprétation extensive de la qualification de discrimination indirecte. De telle sorte qu'il serait possible d'évoquer une discrimination indirecte « matérielle » pour spécifier ce type, en apparence neutre du fait de l'indifférenciation, par opposition à la discrimination indirecte « formelle » qui procède d'une différenciation, en apparence neutre car fondée sur un facteur autre qu'une caractéristique protégée.

384. Au niveau national, rares sont toutefois les décisions qui reflètent cette mobilisation contentieuse de la discrimination indirecte. Tout au plus peut-elle être – imparfaitement – rapprochée du recours ponctuel à la discrimination indirecte pour mettre en cause la neutralité apparente des dispositifs d'accès indifférenciés¹⁴³⁹. Une avocate du barreau de Béthune avait en ce sens tâché de faire sanctionner devant le Conseil d'État le défaut d'accessibilité de certaines juridictions aux personnes en situation de handicap. Les arguments de la requérante trouvèrent un prolongement dans les conclusions du rapporteur qui relevait, entre autres, que la discrimination

¹⁴³⁷ COUR EDH, 1^e sect., 30 juin 2016, *Taddenci et McCall c. Italie*, req. n° 51362/09, § 85.

¹⁴³⁸ *Idem*, § 81 (nous soulignons).

¹⁴³⁹ Ici, l'hypothèse est toutefois plus proche de la conception de l'égalité substantielle que de l'égalité matérielle. L'enjeu est moins d'affiner les catégories qui servent de support au traitement contesté pour réduire l'effet défavorable que d'aménager l'environnement individuel. V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, II, A et B.

indirecte peut « résulter d'une abstention, du simple fait de laisser les choses en l'état, de les faire comme on les a toujours faites, dès lors qu'il en résulte un désavantage particulier »¹⁴⁴⁰. En l'occurrence, « le maintien en l'état d'accès, de circulations intérieures et de salles d'audience formant *un environnement de travail identique pour tous*, mais dépourvu d'aménagements permettant de résoudre ou de réduire les difficultés des personnes handicapées constitue bien une "pratique apparemment neutre" susceptible d'entraîner pour elles un "désavantage particulier", en raison de leur handicap »¹⁴⁴¹. Le Conseil d'État ne fut en revanche pas pleinement convaincu et débouta la requérante¹⁴⁴². Force est de constater que, tant au niveau national que communautaire, peu de décisions sont susceptibles de caractériser une discrimination indirecte à partir d'un traitement identique de situations différentes.

385. Bien que certaines configurations demeurent exceptionnelles en pratique, ce double mouvement jurisprudentiel a permis une extension considérable de la portée du droit de la non-discrimination par le biais de la discrimination indirecte. Des traitements défavorables autrefois en marge de l'interdiction, restrictivement conçue, sont aujourd'hui soumis au contrôle du juge. Cette emprise plus large est sans conteste bénéfique lorsque l'on considère que l'illégitimité du traitement s'apprécie d'un point de vue conséquentialiste. Il est dans ce cas aisé d'admettre qu'elle peut résider dans la neutralité apparente d'une distinction, non suspecte en soi, ou d'une indifférenciation. Se saisir de ce constat pour consacrer en prolongement deux qualifications juridiques distinctes doit, en revanche, être accueilli avec davantage de circonspection.

B. La distinction entre discriminations directes et indirectes : une *summa divisio* relative et incomplète

386. La contribution du mouvement jurisprudentiel retracé ci-dessus à la réalisation du droit de la non-discrimination peut être considérée rétrospectivement comme ambivalente. Crédité d'une portée plus large, la protection antidiscriminatoire a sans conteste été renforcée et a permis à

¹⁴⁴⁰ Conclusions du rapporteur Cyril Roger-Lacan, reproduites sous CE, 22 octobre 2010, n° 301572, Lebon.

¹⁴⁴¹ *Ibidem* (nous soulignons).

¹⁴⁴² D'autres enjeux juridiques sont susceptibles d'expliquer le sens de la décision, qui ne saurait se restreindre à la seule question de la discrimination indirecte. Il était notamment question du régime d'engagement de la responsabilité administrative de l'État. Toutefois, le Conseil d'État avait déjà refusé de reconnaître, deux ans plus tôt, qu'un traitement identique pouvait engendrer une discrimination indirecte. V. CE, 4/5 SSR, 14 novembre 2008, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche*, n° 311312, mentionné aux tables : « la circonstance que les mesures de compensation du handicap que l'administration est tenue de prendre aux fins de permettre à certaines personnes handicapées de pouvoir accéder selon des modalités adaptées à ces emplois ne soient pas édictées dans le décret dont l'abrogation est demandée, relatif aux qualifications générales exigées, ne constitue pas une méconnaissance du principe de non discrimination fondé sur le handicap de nature à entacher d'illégalité ledit décret ». V. not. sur ce point CLUZEL-MÉTAYER, L. et MERCAT-BRUNS, M., *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Paris, La Documentation française, 2011, p. 18-19.

davantage de victimes de s'en prévaloir. Des externalités négatives à la distinction entre discriminations directes et indirectes peuvent cependant être déplorées. Simple typologie primitive, cette distinction est dorénavant érigée en *summa divisio*. Elle structure l'analyse contentieuse et sert d'outil fondamental à l'opération préalable qui vise à déterminer laquelle des deux qualifications juridiques *alternatives* est applicable. Ce statut se révèle hautement problématique lorsque l'on considère la grande porosité de cette distinction, qui est bien plus schématique qu'authentique, et par conséquent faillible et relative (1). Elle est de surcroît largement réductrice et laisse dans l'ombre de nombreuses facettes de la discrimination qui coïncident mal avec la représentation binaire que véhicule la distinction (2). En définitive, la catégorisation de la discrimination en deux sous-qualifications complexifie son appréhension pour les acteurs (*e.g.* victimes, conseils, magistrats) et débouche sur des concours de qualification largement évitables.

1) Une distinction menacée par sa grande porosité

387. Les acteurs et observateurs du contentieux antidiscriminatoire ont longtemps mobilisé l'intentionnalité comme l'un des critères permettant de donner une certaine cohérence à la distinction entre discriminations directes et indirectes. Miguel Poiaras Maduro concluait en ce sens, en tant qu'avocat général dans l'affaire *Coleman* : « dans la discrimination indirecte, *en revanche*, l'intention de l'employeur et les motifs qui l'animent dans sa décision d'agir ou de ne pas agir sont sans pertinence »¹⁴⁴³. Plusieurs auteurs ont régulièrement relayé ce point de vue¹⁴⁴⁴, recourant parfois aux termes de discrimination non intentionnelle ou indirecte de manière indissociée¹⁴⁴⁵. Il convient dès à présent d'affirmer le défaut de pertinence d'une telle explication. Celle-ci procède d'une assimilation malheureuse entre la modalité de production de l'effet défavorable et la volonté

¹⁴⁴³ Conclusions de l'avocat général M. Poiaras Maduro présentées le 31 janvier 2008, aff. C-303/06, *Coleman*, pt. 19. Il poursuivait : « même des mesures neutres, innocentes ou prises de bonne foi, ainsi que des actions décidées sans la moindre intention discriminatoire, tomberont sous le coup de l'interdiction si elles affectent plus que d'autres des personnes présentant une caractéristique particulière ».

¹⁴⁴⁴ *E.g.* ESSOUMA MVOLA, G., *La politique criminelle de lutte contre les discriminations à l'embauche*, thèse dactylographiée, Université de Strasbourg, 2013, p. 141-142. V. aussi SOUVIGNET, X., « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *RFD-A*, 2013, p. 315 et s. : « Les discriminations indirectes, contrairement aux discriminations directes, ne sont pas fondées sur un critère intentionnel ». V. encore LEMAIRE, F., « La notion de non-discrimination en droit public français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *loc. cit.* : les « discriminations [directes] sont donc intentionnelles » quand les « discriminations indirectes sont plus difficiles à caractériser, puisque non intentionnelles ». V. toujours pour illustration ROBIN-OLIVIER, S., « L'émergence de la notion de discrimination indirecte : évolution ou révolution ? », in FINES, F., GAUTHIER, C. et GAUTIER, M. (dir.), *La non-discrimination entre les européens*, Paris, Pedone, 2012, p. 26 : « la discrimination dissimulée [formulation première de la discrimination indirecte par la CJCE, NDLR] n'est donc pas, contrairement à ce que suggère l'idée de dissimulation, le fruit d'une intention discriminatoire ». V. enfin FERRÉ, N., « La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme », *op. cit.*, p. 46 : « la notion de discrimination indirecte échappe par nature à la répression, à défaut de caractère intentionnel ».

¹⁴⁴⁵ *E.g.* BELORGEY, J.-M., « De quelques problèmes liés à la prohibition et à l'élimination des discriminations », *Dr. Soc.*, 2002, p. 683 et s.

– ou *a minima* la conscience – de l’auteur de l’engendrer. Or, il n’y a en la matière aucune équivalence. L’intentionnalité ne joue aucun rôle dans la caractérisation de la discrimination directe, à l’exception du droit pénal. Réciproquement, la discrimination indirecte peut parfaitement trouver son ressort dans un acte de malveillance, quand bien même l’auteur de la mesure aurait-il l’habileté suffisante de parer l’effet d’une apparente neutralité¹⁴⁴⁶. Une fois écarté cet élément, les critères permettant de distinguer précisément les mesures et pratiques relevant de la discrimination directe de celles relevant de la discrimination indirecte n’apparaissent pas toujours évidents.

388. C’est du moins le constat grandissant d’une partie de la doctrine. Plusieurs auteurs s’accordent désormais pour affirmer que la distinction « n’est pas toujours claire »¹⁴⁴⁷. « Loïn d’être aisée à réaliser en pratique », elle présente plusieurs « ambiguïtés »¹⁴⁴⁸ qui tendent à « [brouiller] la frontière » à tel point que, dans certains cas, « il est difficile de faire la part entre les deux concepts »¹⁴⁴⁹. L’entreprise jurisprudentielle consistant à opérer une classification des cas d’espèce à travers ce prisme n’a pas toujours permis de clarifier les critères de répartition¹⁴⁵⁰. En dépit des tentatives d’objectivation, il est primordial d’insister sur la porosité de la distinction, qui affecte à terme la cohérence et la facilité à mobiliser le droit de la non-discrimination.

389. Premièrement, la porosité de la distinction s’explique par l’utilité contingente de la qualification de discrimination indirecte aux fins d’appréhension des différences de traitement. Cette utilité dépend d’abord de la richesse des listes de motifs énumérés. Le législateur français reconnaît par exemple depuis 1982 la situation de famille comme motif de discrimination. Une discrimination indirecte fondée sur le sexe au sens de l’article 2, 1., de la directive 76/207/CE (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* ») équivaut

¹⁴⁴⁶ En ce sens, v. les propos précités de la juge à la Cour suprême du Canada Beverley McLachlin *in Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 RCS 3, § 29. V. pour une affirmation similaire MERCAT-BRUNS, M., « Tackling Indirect Discrimination in Employment in France: A Relative Success ? », *op. cit.*, p. 253.

¹⁴⁴⁷ BENICHO, S., *Le droit à la non-discrimination « raciale »*, *op. cit.*, p. 78.

¹⁴⁴⁸ DE TONNAC, A., *L’action positive face au principe de l’égalité de traitement en droit de l’Union européenne*, *op. cit.*, p. 140. V. encore BRILLAT, M., *Le principe de non-discrimination à l’épreuve des rapports entre les droits européens*, *op. cit.*, p. 71 : « la distinction entre discrimination directe et indirecte se propose d’établir une fracture entre ces deux types de discriminations, ce qui ne correspond pas toujours à la réalité des situations ».

¹⁴⁴⁹ SWEENEY, M., *L’égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, *op. cit.*, p. 662. V. encore ROBIN-OLIVIER, S., « L’émergence de la notion de discrimination indirecte : évolution ou révolution ? », *op. cit.*, p. 23 : « La frontière entre discriminations "directe" et "indirecte" ne va pas sans quelques hésitations et la ligne de partage n’est pas toujours d’une absolue netteté ».

¹⁴⁵⁰ Procédant nécessairement d’une démarche expérimentale en fonction des cas d’espèce présentés devant les cours, les idéaux types structurant la distinction ont été progressivement remodelés au gré des décisions. Leur consistance en sort affaiblie car les développements prétoriens ont, « par petites touches », débouché sur « une composition chargée » qui « a conduit, au fil des ans, à rendre la jurisprudence européenne plus confuse » (BRILLAT, M., *Le principe de non-discrimination à l’épreuve des rapports entre les droits européens*, *op. cit.*, p. 31). Pour l’auteur, « ces dissemblances affectent l’effectivité du principe de non-discrimination » (*idem*, p. 32).

alors à une discrimination directe fondée sur la situation de famille au sens de l'article L. 1132-1 du Code du travail. Un même traitement peut ainsi correspondre aux deux qualifications, quand bien même le motif de référence ne serait pas identique¹⁴⁵¹. Par conséquent, l'affiliation à la discrimination directe ou à sa pendante indirecte ne révèle en rien l'essence du traitement. Il s'agit d'une classification, relative et contingente, qui conditionne pourtant la défense du mis en cause.

390. Deuxièmement, l'utilité de la qualification de la discrimination indirecte dépend ensuite de l'aspect limitatif ou indicatif des listes de motifs. En cas de liste ouverte, les juridictions peuvent estimer opportun de consacrer le critère de distinction en apparence neutre qui véhicule la différence de traitement comme motif à part entière de discrimination¹⁴⁵² (e.g. lieu de résidence, domiciliation bancaire, nom de famille). Cette stratégie permet, le cas échéant¹⁴⁵³, de conclure à une discrimination directe quand, à l'inverse, une liste fermée conduira à retenir pour la même mesure la qualification de discrimination indirecte lorsqu'elle engendre un désavantage particulier qui peut être apprécié au regard d'un critère consacré.

391. Troisièmement, la jurisprudence de la CJCE révèle parfois, elle-même, la porosité de la distinction. Des différences de traitement fondées sur des critères non énumérés et en apparence neutres ont été qualifiées de discriminations directes et non indirectes. Tel fut le cas dans la décision *Vasiliki Nikoloudi* du 10 mars 2005 au sujet de l'exclusion d'une possibilité de titularisation pour une catégorie de travailleurs (i.e. techniciennes de surface), sans mention particulière du sexe. La règle fut qualifiée de discrimination directe fondée sur le sexe car ladite catégorie d'emploi était composée exclusivement de femmes en vertu d'une réglementation nationale¹⁴⁵⁴. Subit le même sort la règle qui empêche le survivant qui avait contracté un partenariat civil avec son conjoint décédé de bénéficier d'une prestation de survie équivalente à celle d'un époux survivant. Le mariage étant inaccessible aux couples de même sexe, le requérant et la Commission plaidaient une discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle. La CJCE a retenu à l'opposé l'existence

¹⁴⁵¹ En ce sens, v. récemment MERCAT-BRUNS, M., « Les différentes figures de la discrimination au travail : quelle cohérence ? », *loc. cit.* : « On observe l'adoption en France de critères prohibés de discrimination qui semblent couvrir des situations apparemment neutres (la résidence, la domiciliation bancaire, la particulière vulnérabilité économique, la perte d'autonomie, la capacité de s'exprimer dans une autre langue que le français) dans la mesure où ils ne visent pas des caractéristiques inhérentes à la personne mais couvrent un état, une situation qui affecte (*sic*) un grand nombre de personnes, à première vue de manière indifférenciée. Ces critères auraient pu probablement servir à qualifier des discriminations indirectes fondées sur l'origine ou le critère racial (la résidence, la domiciliation bancaire, la capacité de parler une autre langue que le français, la particulière vulnérabilité économique), sur l'âge ou le handicap (la perte d'autonomie) car certains groupes seraient plus désavantagés, plus exposés à ces différences de traitement ».

¹⁴⁵² V. ici Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, I, A.

¹⁴⁵³ La jurisprudence de la Cour EDH – qui statue à la lueur de l'article 14 de la Convention EDH caractérisé par une liste ouverte des motifs – atteste toutefois que, dans certains cas, une consécration jurisprudentielle du critère en apparence neutre comme motif de discrimination n'est pas opportune ou raisonnablement possible (e.g. *Zarb Adami c. Malte* ou *D.H. et autres c. République tchèque*).

¹⁴⁵⁴ CJCE, 1^e ch., 10 mars 2005, *Vasiliki Nikoloudi*, *loc. cit.*

d'une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle¹⁴⁵⁵. Elle s'écarte ce faisant de l'approche ci-dessus explicitée en incluant des mesures formellement neutres – car ne prenant pas expressément en compte le motif consacré – dans la gamme des discriminations directes. Cantonnée aux cas dans lesquelles le lien entre le critère de distinction en apparence neutre et l'exclusion disproportionnée d'une catégorie de personnes associées à un motif énuméré est le fait de la réglementation nationale, cette position jurisprudentielle n'en demeure pas moins « surprenante »¹⁴⁵⁶.

392. Quatrièmement, dans de nombreux cas, l'application de la distinction n'est pas évidente et les deux qualifications juridiques sont susceptibles de s'appliquer raisonnablement aux mêmes faits¹⁴⁵⁷, et en référence au même motif¹⁴⁵⁸. En clair, « on observe, [devant] les juridictions françaises et européennes, une certaine reconnaissance de l'interchangeabilité des figures de la discrimination directe et indirecte »¹⁴⁵⁹. L'intersection des qualifications juridiques rend alors la distinction chimérique, voire spécieuse, puisqu'il s'agit d'en faire dériver des régimes de justification plus ou moins avantageux pour le défendeur. De nombreux exemples pourraient ici être mobilisés pour « [attester] de la difficulté (voire de l'impossibilité) d'assurer une appropriation uniformisée des exigences de non-discrimination »¹⁴⁶⁰. À titre d'illustration, dans l'affaire *Mary Brown*, était en cause une clause commune prévoyant une rupture du contrat des salariés – hommes ou femmes – d'une entreprise en cas d'absence de plus de vingt-six semaines. La CJCE a conclu à une discrimination directe fondée sur le sexe, non seulement lorsqu'était examiné *in concreto* le licenciement qui, en

¹⁴⁵⁵ CJCE, Grande ch., 1^{er} avril 2008, *Tadao Maruko*, aff. C-267/06.

¹⁴⁵⁶ COMMISSION EUROPÉENNE (TOBLER, C.), Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte, *op. cit.*, p. 56.

¹⁴⁵⁷ V. par exemple les propos de Jule Mulder au sujet de la décision *Bull v. Hall* au Royaume-Uni in MULDER, J., « Cultural Narratives and the Application of Non-Discrimination Law », *op. cit.*, p. 46-47.

¹⁴⁵⁸ V. entre autres l'analyse de Cass. soc., 9 juillet 2015, n° 14-12.779, *Bull. civ.*, in MERCAT-BRUNS, M., « Tackling Indirect Discrimination in Employment in France: A Relative Success ? », *op. cit.*, p. 253-254.

¹⁴⁵⁹ MERCAT-BRUNS, M., « Les différentes figures de la discrimination au travail : quelle cohérence ? », *loc. cit.* V. aussi dans le même article : « l'évolution du droit semble révéler un certain rapprochement dans l'usage des notions de discriminations directe, indirecte ».

¹⁴⁶⁰ SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 177. V. par exemple p. 176-177 sur les diverses qualifications retenues par le Défenseur des droits, la Cour de cassation et la CJUE face à un traitement défavorable résultant de l'attribution d'avantages conditionnée par la situation matrimoniale et en l'absence d'une ouverture du mariage aux couples de même sexe. Les qualifications alternatives appliquées étant : la discrimination directe fondée sur la situation matrimoniale, la discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle et la discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle. Sur ce même exemple relatif aux décisions Cass. soc., 23 mai 2012, n° 10-18.341, *Bull. V*, n° 161 (question préjudicielle), CJUE, 5^e ch., 12 décembre 2013, *Frédéric Hay*, aff. C-267/12, puis Cass. soc., 9 juillet 2014, n° 10-18.341, *Bull. V*, n° 194, v. aussi MERCAT-BRUNS, M., « Les différentes figures de la discrimination au travail : quelle cohérence ? », *loc. cit.* V. aussi les propos de l'auteure précitée au sujet des divergences d'appréciation de la Commission, de l'avocat général et de la CJCE sur les qualifications alternatives de discrimination directe fondée sur le sexe ou de discrimination indirecte fondée sur le sexe dans l'affaire *Dekker* (« une règle d'assurance apparemment neutre refusant la couverture en cas d'absence pendant les premiers six mois d'emploi avait entraîné une différence de traitement fondée sur la grossesse d'une candidate à l'emploi écartée »). V. encore MARTIN, D., *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, *op. cit.*, p. 154-155, pour une contestation de la qualification retenue par la CJUE dans l'affaire *Julia Schnorbus* (i.e. discrimination indirecte – et non directe – fondée sur le sexe) au sujet d'un refus d'embauche d'une femme fondé sur le non-accomplissement du service militaire, qui incombait exclusivement aux hommes.

l'espèce, était lié à une situation de grossesse¹⁴⁶¹, mais également lorsqu'était examinée *in abstracto* la clause contractuelle qui, pourtant, ne prenait en compte ni le sexe ni la situation de grossesse¹⁴⁶². La clause dont il était fait application aurait plus sûrement pu être affiliée à une discrimination indirecte fondée sur le sexe. Ce cas d'espèce permet également d'élargir le constat de porosité à la dissociation des deux sous-types de discrimination indirecte envisagés ci-dessus (*i.e.* formelle et matérielle). L'application générale et indistincte de la clause à tous les salariés, sans prendre en compte la spécificité des salariées absentes pour cause de grossesse, aurait pu être considérée comme une discrimination indirecte en ce qu'il s'agissait d'un traitement identique de situations différentes. La même qualification aurait pu, en alternative, être appliquée car la clause provoque une différence de traitement (*i.e.* licenciement) fondée sur un critère en apparence neutre (*i.e.* une absence d'une durée supérieure à vingt-six semaines) mais occasionnant un effet défavorable disproportionné pour les femmes. La qualification opérée par la CJCE, qui préféra retenir une discrimination directe concernant la clause, étonne. Elle peut partiellement être expliquée par l'éventuelle volonté de préserver le requérant et d'écarter toute possibilité de justification de la part du défendeur¹⁴⁶³. La distinction des qualifications juridiques, érigée en *summa divisio* et qui possède un impact essentiel sur la suite du litige, révèle alors en creux une méthode de qualification juridique biaisée, qui repose sur une volonté préétablie du juge d'admettre ou non le défendeur à présenter des éléments de justification. Loin d'être fantasmé, ce biais a déjà été dénoncé par certaines cours étrangères¹⁴⁶⁴ et transparaît ponctuellement des conclusions des avocats généraux de la CJUE¹⁴⁶⁵.

393. Cinquièmement, et en continuité, une autre problématique surgit lorsque l'on considère que l'application d'une même règle peut déboucher sur diverses qualifications juridiques en fonction de la manière dont elle se concrétise. Le gérant d'une salle de sport peut, par exemple, adopter un

¹⁴⁶¹ CJCE, 30 juin 1998, *Mary Brown*, aff. C-394/96, pts. 14 à 28.

¹⁴⁶² *Idem*, pts. 29 à 33.

¹⁴⁶³ Lorsque la Cour se place sur le terrain de la discrimination indirecte, la justification est en effet permise pour le défendeur dans le cadre du double standard. V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, I, B.

¹⁴⁶⁴ V. not. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 RCS 3, § 28 : « Étant donné la délimitation imprécise des catégories, un arbitre peut inconsciemment avoir tendance à classer la norme contestée selon la réparation qu'il envisage, qu'il s'agisse d'annuler la norme elle-même ou d'exiger seulement de composer avec les différences du demandeur ». À noter qu'avant cette décision de la Cour suprême du Canada, les modalités de justification ainsi que les réparations divergeaient en effet en fonction de la catégorie de discrimination, directe ou indirecte.

¹⁴⁶⁵ Par exemple, dans les affaires *Samira Achbita* et *Asma Bougnaoui*, la différence essentielle résidait dans la présence ou l'absence de mention dans le règlement intérieur de l'obligation de neutralité religieuse imposée aux salariés. Quand dans le premier cas il s'agissait de contester un licenciement en application d'une règle générale en apparence neutre, dans le second, il était question de contester un licenciement consécutif à une exigence orale spécifique d'un sous-traitant refusant de collaborer avec une salariée portant un hijab. L'avocate générale Juliane Kokott qui concluait dans la première affaire écrit pourtant : « Contrairement à l'affaire parallèle C-188/15, *Bougnaoui et ADDH*, la Cour est à proprement parler saisie, dans la présente affaire, de la seule notion de "discrimination directe" [...]. *Peut-être cela est-il dû au fait que le Hof van Cassatie (Cour de cassation) semble partir du principe que, dans un cas comme celui de l'affaire au principal, une discrimination indirecte pourrait être justifiée alors qu'une discrimination directe ne le pourrait pas* » (nous soulignons). V. Conclusions de l'avocate générale Mme Juliane Kokott, présentées le 31 mai 2016, aff. C-157/15, *Samira Achbita*, pt. 26.

règlement intérieur qui prohibe pour ses clients le port de tout couvre-chef au sein de ses locaux. Dans une première hypothèse, la règle en soi peut être contestée par une cliente de confession musulmane qui souhaite pratiquer une activité sportive au sein de ladite salle sans avoir à retirer son hijab. Considérant que le critère de distinction (*i.e.* le port de couvre-chef) susceptible d'établir une différence de traitement (*i.e.* refus d'accès à la salle de sport) constitue un critère en apparence neutre – et non un motif de discrimination énuméré – entraînant pour certaines personnes un désavantage particulier fondé sur la religion, la qualification de discrimination indirecte pourrait être retenue. Dans une seconde hypothèse, et sous réserve d'une interprétation extensive, il serait possible de plaider que cette règle établit une discrimination directe fondée sur l'apparence physique, motif reconnu à l'article 1 de la loi du 27 mai 2008. Dans une troisième hypothèse, la requérante pourrait contester non pas la règle, en soi, mais demander réparation du préjudice subi du fait du refus d'accès qui lui a été opposé par les salariés chargés de l'accueil en application dudit règlement intérieur. Ici, ce serait bien la prise en compte explicite du vêtement religieux de la requérante qui motiverait le traitement défavorable, débouchant en conséquence sur la qualification de discrimination directe fondée sur la religion. Si l'effet d'exclusion subi par la cliente est identique, les qualifications diffèrent et, partant, les possibilités de justifications sont susceptibles de varier devant la juridiction saisie du litige. De la même manière, dans l'affaire *Mary Brown*, les deux qualifications étaient envisageables selon que la contestation portait sur la clause en soi (*i.e.* discrimination indirecte) ou sur le licenciement pris en application de cette clause et au regard de la situation particulière de la salariée, en l'occurrence ses absences liées à son état de grossesse (*i.e.* discrimination directe).

394. Cette porosité de la classification des faits discriminatoires a d'ores et déjà été relevée par Eleanor Sharpston, alors avocate générale de la CJCE. Elle concluait dans l'affaire *Bressol et Chaverot* en soulignant que la distinction « reste floue », notamment au regard de la difficulté à « déterminer exactement ce qu'est "une disposition apparemment neutre" »¹⁴⁶⁶. L'appréciation de la « différence entre discrimination "ostensible/ouverte" et discrimination "dissimulée/déguisée" » que préconise la CJCE ne paraissait à cet égard « guère utile » à l'avocate générale, qui considérait que ce critère « ne coïncide pas toujours » avec la distinction entre discriminations directes et indirectes¹⁴⁶⁷.

395. Quelques années plus tôt, ce regard critique avait conduit outre-Atlantique la Cour suprême du Canada à refondre sa méthode d'analyse dans le cadre du contentieux de la non-

¹⁴⁶⁶ Conclusions de l'avocate générale Mme Eleanor Sharpston, présentées le 25 juin 2009, aff. C-73/08, *Bressol et Chaverot*, pts. 46 et 47.

¹⁴⁶⁷ *Idem*, pts. 49 et 50.

discrimination¹⁴⁶⁸. Une conception unifiée de la discrimination fut retenue après avoir explicitement conclu à « la complexité et la facticité inutile »¹⁴⁶⁹ de la distinction. La juge Beverley McLachlin écrivait pour la Cour qu'une telle distinction « est difficile à justifier pour la simple raison que peu de cas peuvent être aussi clairement identifiés »¹⁴⁷⁰. Deux exemples étaient invoqués à l'appui. Premièrement, une règle obligeant les salariés d'une entreprise à travailler le vendredi sous peine d'être licenciés pourrait correspondre aux deux qualifications. En ce qu'elle exclut les salariés dont la confession les empêche de travailler le vendredi, elle pourrait constituer une discrimination directe *prima facie* selon Beverley McLachlin. En tant que règle en apparence neutre qui possède un désavantage particulier sur ces derniers, elle constitue une discrimination indirecte *prima facie*. Une ambiguïté similaire s'applique à une règle obligeant des travailleurs à subir un test de grossesse avant leur prise de fonction. S'agit-il d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe en tant que règle en apparence neutre s'appliquant indistinctement à tous les travailleurs sans prendre en compte la spécificité des femmes enceintes et l'effet préjudiciable disproportionné qu'un tel test leur fera subir ou, plus frontalement, s'agit-il d'une discrimination directe ? Appliquer cette classification conduit dans certains cas à ce que « la forme l'emporte sur le fond » et à ce que « l'objet général des lois sur les droits de la personne [ne soit] pas réalisé »¹⁴⁷¹. La Cour suprême se range alors à l'avis des commentateurs et de certains tribunaux ayant déjà eu l'occasion de souligner « qu'il semble incongru d'avoir une classification préliminaire aussi malléable »¹⁴⁷².

396. Cette position peut par ailleurs être rapprochée des conclusions de l'avocat général Walter Van Gerven dans l'affaire *Birds Eye Walls*, tranchée par la CJCE en 1993 et relative aux modalités de calcul d'une pension complémentaire. Celui-ci estimait notamment qu'« il n'est pas toujours possible de distinguer aussi clairement les discriminations directes des discriminations indirectes. L'affaire qui nous occupe aujourd'hui nous en offre un bel exemple. Comme l'indique la Commission, la politique de pension menée par Birds peut, en effet, être analysée comme instituant une inégalité de traitement directe mais aussi comme occasionnant une inégalité de traitement

¹⁴⁶⁸ Pour une analyse des changements techniques relatifs à la méthode d'analyse (*bifurcated approach*) à partir de la décision *Meiorin*, v. entre autres, POTHIER, D., « BCGSEU: Turning a Page in Canadian Human Rights Law », *Constitutional Forum*, vol. 11, n° 1, 1999, p. 19-29 et SHEPPARD, C., « Of Forest Fires and Systemic Discrimination: A Review of *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU* », *McGill Law Journal*, vol. 46, 2001, p. 533-559.

¹⁴⁶⁹ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 RCS 3, § 25 à 28. En l'espèce, le gouvernement provincial avait nouvellement établi des tests permettant d'évaluer la condition physique suffisante des pompiers forestiers. Parmi ces tests, une épreuve aérobique fixait les mêmes standards de réussite pour les hommes et pour les femmes avec un seuil limite qui avait pour effet d'exclure de manière disproportionnée des femmes, éprouvant plus de difficulté à satisfaire l'exigence fixée en dépit d'une très bonne condition physique. La requérante, qui avait en conséquence été licenciée, contestait ce test. Elle obtint gain de cause car le seuil fixé, qui possédait un effet discriminatoire, ne correspondait à aucune exigence professionnelle essentielle et déterminante.

¹⁴⁷⁰ *Idem*, § 27.

¹⁴⁷¹ *Idem*, §28.

¹⁴⁷² *Ibidem*.

indirecte »¹⁴⁷³. Selon l'avocat général, la conséquence de la porosité de la division conceptuelle et de son aspect peu opérationnel est qu'« il paraît dès lors arbitraire de faire dépendre, dans des cas comme celui de l'espèce, la possibilité de justifier une inégalité de traitement qui aurait été constatée du caractère direct ou indirect de cette inégalité »¹⁴⁷⁴. Le fondement de l'assertion se renforce lorsque l'on considère qu'outre son aspect malléable, la distinction voit sa pertinence s'affaiblir à mesure que sont reconnues d'autres formes de discrimination qui nuancent une conception purement binaire du phénomène discriminatoire.

2) Une distinction questionnée par l'apparition successive et complémentaire d'autres « formes » de discriminations

397. Érigée en *summa divisio* au cœur de l'analyse contentieuse, la distinction entre discriminations directes et indirectes réduit à une représentation juridique binaire un phénomène social bien plus divers. En plus d'être fragile et malléable pour les raisons avancées ci-dessus, cette représentation est réductrice. Elle l'est tout d'abord car elle ignore les sous-types de discrimination indirecte. En complément d'une qualification variable selon que le motif de discrimination transparaît expressément ou qu'il est invisible du fait d'une mesure en apparence neutre, il serait possible – mais non souhaitable – d'affiner la qualification juridique en distinguant selon que la discrimination procède d'une distinction ou d'une indistinction. Il conviendrait alors de dissocier la discrimination indirecte formelle (*i.e.* distinction fondée sur un critère non consacré mais qui, dans les faits, aboutit à un résultat similaire, par exemple en générant une exclusion disproportionnée d'un groupe de personnes en raison de leur sexe) de la discrimination indirecte matérielle (*i.e.* indistinction alors que l'égalité de traitement exigerait une différence de traitement justifiée par une différence de situation, par exemple pour sécuriser l'emploi des femmes qui accouchent). La distinction complémentaire entre discriminations « formelles » et « matérielles »¹⁴⁷⁵ se superposerait à la distinction des qualifications de discriminations directes et indirectes, pour l'affiner. Les modalités

¹⁴⁷³ Conclusions de l'avocat général M. Walter Van Gerven, présentées le 15 juillet 1993, aff. C-132/92, *Birds Eye Walls*, pt. 13. En l'occurrence : « On peut, en effet, relever que Birds verse à tous les anciens travailleurs de sexe féminin dont l'âge se situe entre 60 et 65 ans une pension complémentaire dont le montant est inférieur à celui de la pension complémentaire qu'elle verse à leurs collègues de sexe masculin qui se trouvent dans une situation comparable, ce qui laisse supposer l'existence d'une discrimination directe. On peut néanmoins tout aussi bien mettre l'accent sur le fait que Birds calcule la pension complémentaire de tous ses anciens travailleurs d'une manière identique, à savoir qu'elle déduit de leur GRD le montant des prestations de pension auquel ils peuvent prétendre à la charge des pouvoirs publics ou d'Unilever. Le fait est simplement qu'il se trouve que "par hasard" ce mode de calcul a pour résultat que pendant cinq ans, les femmes perçoivent une pension complémentaire d'un montant inférieur. Présentée de cette manière, la politique de pension suivie par Birds constituerait une discrimination indirecte ».

¹⁴⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁷⁵ V. not. DUBOUT, É., *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 428-430.

de justification d'une présomption de discrimination devraient-elles là encore varier en fonction des sous-qualifications ?

398. Des formes *sui generis* parfois relevées par la doctrine pourraient encore enrichir ces distinctions et sous-distinctions sur lesquelles repose l'analyse contentieuse. Comme vu précédemment, la seule poursuite d'un objectif légitime ne suffit à excuser la discrimination présumée. Encore faut-il que celle-ci se matérialise par le biais de moyens nécessaires et appropriés. Avec Manuela Brillat, il serait possible de suggérer la reconnaissance d'une autre manifestation du phénomène discriminatoire qui n'épouse pas parfaitement les cadres ci-dessus esquissés, à savoir la discrimination résultant d'un traitement différent de situations différentes justifié par un objectif légitime mais disproportionné au regard des moyens mis en œuvre¹⁴⁷⁶. Où situer au regard de la *summa divisio* ce qui pourrait être qualifié de « discrimination par disproportion » ? Doit-elle être considérée comme une subdivision de la discrimination « formelle » ?

399. De même, que faire de « la discrimination de pur fait »¹⁴⁷⁷ ? Cette notion est parfois associée au constat empirique d'une charge, d'une obligation ou d'un désavantage disproportionné qui pèse sur certaines catégories d'individus sans que la source génératrice de ce désavantage ne soit toujours clairement identifiable. Les décisions *Hugh Jordan*¹⁴⁷⁸ et *Mc Shane c. Royaume-Uni*¹⁴⁷⁹ de la Cour EDH portaient par exemple sur un simple constat : l'action des forces de sécurité en Irlande du Nord engendrait des victimes qui, très majoritairement, étaient de confession catholique. En l'absence de critère de distinction avéré et identifiable qui transparaît explicitement des faits analysés, il ne peut s'agir d'une discrimination directe (*e.g.* consigne enjoignant aux forces de police de cibler en priorité les individus perçus comme catholiques), ni même d'une discrimination indirecte qui repose sur une différenciation (*e.g.* consigne enjoignant aux forces de police d'intervenir en priorité dans des quartiers déterminés, principalement composés d'habitants de confession catholique). Il ne s'agit pas nécessairement pour autant d'un traitement similaire de situations différentes tant l'hypothèse d'un discernement des individus ciblés par les forces de police demeure envisageable. Est-il alors nécessaire d'ériger la discrimination de pur fait et la discrimination par disproportion en qualifications juridiques supplémentaires possédant leurs propres régimes juridiques, notamment en matière de justification ? Rien n'est moins certain, et il semble en alternative préférable d'insister sur l'aspect inopérant et réducteur de la *summa divisio*.

¹⁴⁷⁶ BRILLAT, M., *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, *op. cit.*, p. 65.

¹⁴⁷⁷ DUBOUT, É., « L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'homme : rénovation ou révolution ? », *RTDH*, 75/2008, p. 832.

¹⁴⁷⁸ COUR EDH, 3^e sect., 4 mai 2001, *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 154.

¹⁴⁷⁹ COUR EDH, 4^e sect., 28 mai 2002, *Mc Shane c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 135.

400. Cette *summa divisio* est encore réductrice en ce qu'elle ne reflète pas les autres manifestations de discrimination pourtant consacrées en droit positif. L'injonction à la discrimination, prévue à l'article 1 de la loi du 27 mai 2008, est susceptible de se décliner sous les deux versants. Elle est définie comme le fait d'enjoindre à quiconque d'adopter une discrimination directe ou indirecte. Le harcèlement discriminatoire, prévu par la même disposition, se rapporte à tout agissement lié à un motif énuméré et subi par une personne qui a pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile ou offensant. La *summa divisio* ignore également des formes de discrimination non consacrées en droit positif mais identifiées ponctuellement par les juridictions ou par la doctrine en tant qu'idéaux types après analyse des cas d'espèce. Comment articuler la distinction entre discriminations directes et indirectes et les notions de discriminations par association¹⁴⁸⁰, de discriminations multiples¹⁴⁸¹, composées¹⁴⁸², intersectionnelles¹⁴⁸³ ou encore de discriminations systémiques¹⁴⁸⁴ ? Le « vertige du nombre face à la liste constamment mise à jour des types et formes de discrimination »¹⁴⁸⁵ n'est, hélas, pas atténué par la clarification de leurs relations.

401. Face à ces interrogations, une réponse claire consiste à affirmer la dimension superflue, et même dommageable, de cette construction juridique binaire, tout en plaidant en faveur d'une

¹⁴⁸⁰ La discrimination par association peut être définie comme la situation dans laquelle la caractéristique d'une personne X (motif prohibé) engendre un traitement défavorable au détriment d'une personne Y qui lui est associée, avec laquelle elle a des contacts ou un lien quelconque. La particularité de cette configuration réside dans la non-confusion entre le porteur – réel ou perçu – de la caractéristique protégée et la victime de l'effet préjudiciable. Par exemple, un salarié subit des actes de représailles motivés par l'activité syndicale de son épouse au sein de la même entreprise.

¹⁴⁸¹ La discrimination multiple peut être définie comme la situation dans laquelle un traitement défavorable d'une personne par rapport à une autre est fondé sur différents motifs prohibés. Elle se décline en discrimination composée et en discrimination intersectionnelle.

¹⁴⁸² La discrimination composée peut être définie comme une discrimination multiple qui est sous-tendue par une appréciation disjointe mais cumulative de l'influence des motifs. Il s'agit d'insister sur le fait que la prise en compte d'une caractéristique s'ajoute à la prise en compte préalable d'une autre afin de renforcer l'effet défavorable. À titre d'illustration, la période du congé maternité et celle du mandat syndical d'une salariée peuvent être soustraites du calcul de son ancienneté au sein d'une entreprise. Il est alors possible d'apprécier l'effet de la prise en compte de la situation de maternité, qui engendre un manque à gagner évaluable pour la requérante, auquel s'ajoute un second manque à gagner imputable à la prise en compte cumulative de l'activité syndicale.

¹⁴⁸³ La discrimination intersectionnelle peut être définie comme une discrimination multiple qui est sous-tendue par une appréciation jointe de l'influence des motifs, sous l'angle de leur interaction. Il s'agit alors d'insister sur le fait qu'ils produisent ensemble – et parfois ensemble seulement – l'effet défavorable, sans chercher à établir de hiérarchie ou de prépondérance et, surtout, sans chercher à apprécier séparément leurs influences respectives. Un employeur peut par exemple licencier un de ses salariés, homosexuel séropositif, en invoquant des raisons de sécurité, sans remettre en cause le maintien dans l'emploi de ses collègues homosexuels et de ses collègues hétérosexuels séropositifs. La discrimination intersectionnelle permet ici la mise en lumière du préjugé situé au cœur de la combinaison des motifs de l'orientation sexuelle et de l'état de santé, qui fonde le traitement défavorable.

¹⁴⁸⁴ La discrimination systémique peut être définie comme la « somme d'effets d'exclusion disproportionnés qui résultent de l'effet conjugué d'attitudes empreintes de préjugés et de stéréotypes, souvent inconscients, et de politiques et pratiques généralement adoptées sans tenir compte des caractéristiques des membres de groupes visés par l'interdiction de la discrimination » (*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gaz métropolitain inc.*, 2008 QCTDP 24 (CanLII), par. 36).

¹⁴⁸⁵ BRILLAT, M., *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, op. cit., p. 26.

qualification juridique unifiée de la discrimination, inclusive et plus cohérente. Il importe à cette fin de rappeler que les termes à la source de cette subdivision procèdent initialement du discours des juges, puis des législateurs, qui ont cherché à désigner par là une configuration sociale autrefois marginale mais qu'ils souhaitaient appréhender par le biais du droit de la non-discrimination. La cristallisation juridique de la distinction entre discriminations directes et indirectes fut en somme le résultat d'un processus hétéro-intégratif¹⁴⁸⁶ impliquant la désignation des configurations sociales nouvellement intégrées sous la qualification de discrimination (*i.e.* discrimination indirecte) et, par commodité, de leur contraste (*i.e.* discrimination directe). S'il facilite le processus hétéro-intégratif, l'étiquetage sémantique des configurations sociales n'oblige en rien à édifier un régime juridique spécifique à chacune des composantes de la distinction. Lorsqu'elle est érigée en catégorisation juridique, la distinction devient inopportune en raison de sa malfaçon intrinsèque, de son aspect réducteur, de la complexité et des conséquences juridiques incohérentes qu'elle engendre¹⁴⁸⁷. C'est en alternative une réhabilitation du cœur conceptuel de la discrimination, à savoir l'effet défavorable, qui pourrait permettre une réunification de la qualification juridique.

II. Unifier la qualification juridique de discrimination : entre conséquence logique et nécessité stratégique

402. Deux raisons au moins plaident en faveur d'une réunification de la qualification juridique de discrimination. La tendance en droit de la Convention EDH à opter pour un régime de justification unifié en fonction des types et le rapprochement en droit interne des modalités de justification des présomptions de discrimination semblent, d'une part, en faire une conséquence logique. Avec la perte de spécificité des régimes juridiques applicables en fonction de la qualification de discrimination, selon qu'elle est directe ou indirecte, la catégorisation s'effrite et le choix d'en faire une classification préalable à l'analyse apparaît contestable (A). D'autre part, la dualité de la qualification juridique rend en pratique hésitante la reconnaissance par les juridictions de phénomènes discriminatoires nouvellement découverts (*e.g.* discrimination par association, intersectionnelle). L'appréhension spécifique de ces phénomènes est régulièrement freinée par la nécessité d'obtenir explicitement, à leur tour, l'assentiment des juridictions européennes ou du

¹⁴⁸⁶ CHAMPEIL-DESPLATS, V., « Des "libertés publiques" aux "droits fondamentaux" : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *Jus politicum*, n° 5, 2010, p. 13-14. Ce processus « hétéro-intégratif » désigne selon l'auteure « un processus d'intégration dans le droit positif – de positivation – de prétentions morales ». Il se distingue du processus « auto-intégratif » qui consiste à identifier ou à conférer « des garanties spécifiques à des droits déjà posés ».

¹⁴⁸⁷ Pour tâcher de clarifier la qualification juridique de discrimination, certains auteurs ont plaidé pour la consécration législative d'un « troisième type » de discrimination aux côtés de la discrimination directe et de la discrimination indirecte, en l'occurrence la discrimination « quasi-indirecte » : FORSHAW, S. et PILGERSTORFER, M., « Direct and Indirect Discrimination: Is There Something in between? », *Industrial Law Journal*, vol. 37, 2008, p. 347-364.

législateur avant d'être saisis par le juge national. L'option d'une qualification unifiée, plus cohérente et inclusive émerge face à ce constat comme un outil stratégique de mobilisation et de réalisation du droit de la non-discrimination (B).

A. L'inopportunité d'une déclinaison des régimes juridiques en fonction des types de discrimination

403. Afin de démontrer l'inopportunité d'une déclinaison des régimes juridiques en fonctions des différentes déclinaisons de la discrimination, il importe en préalable de procéder par commodité à une clarification terminologique entre les expressions de « concept », « notion », « catégorie » et « type », souvent utilisées de manière équivalente (1). Ce n'est qu'après avoir accompli cette tâche qu'il est possible de reconsidérer le statut octroyé aux différentes déclinaisons de la discrimination. S'il est à ce titre pertinent de maintenir la diversité sémantique des « types », qui précisent le concept de discrimination en vue d'une appréhension contentieuse qualitativement rehaussée du phénomène social qu'il embrasse, l'inconsistance des « catégories » semble en revanche achever la *summa divisio* et conduire à l'abandon de la dualité des qualifications juridiques (2).

1) Préciser les « formes » de discrimination par la distinction entre « catégories » et « types »

404. Comportement prohibé en droit interne, la discrimination est avant tout une notion, c'est-à-dire un « [terme] du droit positif [auquel] sont liées des conséquences »¹⁴⁸⁸. Sa substance, fonction de la signification normative qui lui est conférée, dépend des décisions des juges et du législateur. Les développements ci-dessus ont permis d'insister sur la mutation constante de son contenu. La substance de la discrimination en tant que concept est plus stable et accessible¹⁴⁸⁹. Terme « propre aux discours de type théorique »¹⁴⁹⁰, « abstraction mentale »¹⁴⁹¹, « instrument intellectuel permettant d'effectuer un aller-retour entre la réalité juridique et l'essence des choses »¹⁴⁹², le concept est le « produit d'une opération intellectuelle qui rassemble abstraitement un ensemble plus ou moins

¹⁴⁸⁸ CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 329. L'auteure relève également la définition de la « notion » avancée par Xavier Bioy in BIOY, X., « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », in TUSSEAU, G. (dir.), *Les notions juridiques*, Paris, Économica, 2009, p. 38 : il s'agit d'un « terme de droit positif à propos duquel une systématisation doctrinale a pu établir l'implication d'un certain nombre d'effets de droit réguliers ».

¹⁴⁸⁹ Pour de plus longs développements relatifs à la qualification de la discrimination comme « notion » ou « concept », voir CHARRUAU, J., *La notion de non-discrimination en droit public français*, op. cit., p. 122-129.

¹⁴⁹⁰ CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 329.

¹⁴⁹¹ Dans la tradition aristotélicienne. *Confer idem*, p. 323.

¹⁴⁹² *Idem*, p. 324.

complexe de phénomènes, de faits [...] auxquels sont attribués des traits non pas communs ou identiques mais plus souplement, similaires en fonction d'un découpage, d'un point de vue particulier »¹⁴⁹³. Ces traits similaires permettant d'affilier une mesure ou une pratique sociale au concept de discrimination se réduisent – selon nous – à un « noyau dur » composé de trois éléments : (1) la production d'un effet défavorable désavantageant certaines personnes par rapport à d'autres, (2) apprécié au regard d'un ou plusieurs motifs de discrimination (3), dès lors que cet effet n'est pas objectivement justifié. Ces traits similaires, qui permettent l'affiliation des différentes déclinaisons au concept, synthétisent leur substance commune.

405. Les déclinaisons concrètes du concept sont en effet plurielles et ne peuvent être appréhendées par la seule *summa divisio*. Les trois composantes du concept varient dans leurs manifestations, par exemple en fonction des modalités de production de l'effet défavorable ou des modalités de prise en compte du motif de discrimination. Elles sont en conséquence susceptibles de se rapporter à différentes combinaisons de la discrimination en tant que fait social. De là naît la variété de la terminologie mobilisée, qui se pluralise afin de qualifier les déclinaisons particulières de la discrimination selon qu'elle est directe, indirecte, formelle, matérielle, de pur fait, par disproportion, par association, systémique, multiple (composée ou intersectionnelle), selon qu'il s'agit d'un harcèlement discriminatoire, ou encore d'une injonction à la discrimination. Cette profusion des termes permet d'affiner la compréhension intellectuelle des différentes combinaisons de la discrimination. Elle peut toutefois engendrer une appréhension juridique morcelée et problématique lorsque les « formes » de discrimination sont érigées en « catégorie »¹⁴⁹⁴.

406. Certains de ces termes, mobilisés par la doctrine, ont su se frayer une place au sein du droit positif en tant que notions juridiques qui constituent des sous-acceptations de la notion de discrimination. En cas de positivation, un enjeu absolument crucial repose sur la décision d'adjoindre ou non à ces notions des caractéristiques juridiques propres. Si tel est le cas, la « forme » de discrimination consacrée par le législateur sera alors assimilable à une « catégorie » dès lors que, en droit, « l'opération de catégorisation consiste à réunir sous un même terme ou une même étiquette, des éléments de la réalité réputés partager des caractéristiques juridiques communes », unis par « l'existence d'un statut ou d'un régime juridique spécifique »¹⁴⁹⁵. Partant, la distinction entre discriminations directes et indirectes se rapporte à deux *catégories* car, comme le relève justement Frédérique Ast, « cette classification fondée sur le fait générateur des discriminations

¹⁴⁹³ *Ibidem*.

¹⁴⁹⁴ Sur les catégories juridiques, v. not. BERGEL, J.-L., *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2012, p. 236-247.

¹⁴⁹⁵ CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 327.

conduit à leur attribuer un régime juridique distinct »¹⁴⁹⁶. La réunion des éléments de fait sous l'une ou l'autre étiquette repose initialement sur la simple appréciation du mécanisme de production de l'effet défavorable, selon qu'il est explicite ou masqué. La catégorisation procède, plus spécifiquement, de la concrétisation de cet étiquetage en droit positif par l'attribution de caractéristiques juridiques distinctes, en l'occurrence des justifications admissibles variables en cas de discrimination *prima facie*¹⁴⁹⁷. C'est parce que cette catégorisation existe au-delà de la simple distinction sémantique et détermine la suite de l'analyse contentieuse qu'il devient nécessaire d'affilier la pratique ou mesure contestée à l'une ou l'autre qualification juridique, de manière exclusive.

407. En droit de l'Union européenne, les présomptions de discrimination « sont traitées de manière différente pour ce qui concerne la possibilité d'une justification : il ne s'agit pas seulement d'une pure question intellectuelle ; le passage d'une catégorie [directe ou indirecte] à l'autre [...] a des conséquences pratiques non négligeables sur l'affaire et son issue »¹⁴⁹⁸. Si la Cour EDH développe quant à elle une analyse caractérisée par un régime unifié de justification – *a minima* au regard du caractère direct ou indirect de la discrimination –, il serait précipité d'affirmer que le droit de la Convention EDH ignore complètement les catégories. Dans son arrêt *DH et autres c. République tchèque*, la Cour précise que, « pour garantir aux personnes concernées une protection effective de leurs droits, des règles de preuve moins strictes s'imposent en cas d'allégation de discrimination indirecte »¹⁴⁹⁹. En admettant une exigence probatoire variable, la Cour EDH établit des conséquences juridiques distinctes. Il serait possible d'y voir une forme de catégorisation pour des raisons autres que la variation des justifications admissibles. Toujours est-il que ce statut de « catégorie » semble exclusivement réservé aux deux composantes de la *summa divisio*.

408. Les autres termes employés en parallèle pour qualifier les diverses « formes » de discrimination (*e.g.* par association, multiple – composée ou intersectionnelle –, injonction à la discrimination) ne concrétisent pas leur spécificité par l'existence d'un régime juridique particulier. Certains concepts se trouvent même complètement ignorés du droit positif français quand d'autres sont consacrés en tant que notions juridiques. Sans constituer de nouvelles catégories, se superposant aux deux premières, elles y sont généralement affiliées en fonction des modalités de production de l'effet défavorable. Ainsi existe-t-il des discriminations par association directes et

¹⁴⁹⁶ AST, F., « De l'(in)application de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme par la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité », *op. cit.*, p. 407. En ce sens, v. aussi CLUZEL-MÉTAYER, L. et MERCAT-BRUNS, M., *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 6.

¹⁴⁹⁷ Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, I.

¹⁴⁹⁸ BRILLAT, M., *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, *op. cit.*, p. 75.

¹⁴⁹⁹ COUR EDH, Grande ch., 13 novembre 2007, *DH et autres c. République tchèque*, *op. cit.*, § 194 et 186.

indirectes, des discriminations multiples directes et indirectes, et des injonctions à la discrimination directes et indirectes. Contrairement aux catégories de la *summa divisio*, elles ne sont en outre pas conçues comme exclusives et des hypothèses de combinaisons sont parfaitement envisageables (e.g. discrimination intersectionnelle par association, injonction à la discrimination multiple). Plus que des catégories, des formes, des manifestations ou des « figures »¹⁵⁰⁰, il serait possible d'évoquer ici des *types* de discrimination, considérant que ce vocable renvoie simplement à « des comportements, des traits ou des caractéristiques estimées "moyennes ou fréquentes" »¹⁵⁰¹. À l'inverse des catégories, les types n'émergent pas du champ juridique. À mi-chemin entre « une construction purement intellectuelle et ce qui est identifié comme étant la réalité observable »¹⁵⁰², ils sont construits à partir « de certains traits éventuellement grossis »¹⁵⁰³ et accompagnent une démarche théorique, métajuridique. Il est essentiellement question par l'emploi des types susmentionnés de désigner, de manière non exhaustive¹⁵⁰⁴, des configurations factuelles récurrentes susceptibles d'être appréhendées sous la qualification juridique de discrimination. Les différents types émergent avant tout de la doctrine et leur désignation n'a pas vocation à constituer l'étape sémantique préalable à la construction de régimes juridiques distincts.

409. La distinction entre discriminations directes et indirectes participe initialement à cette construction doctrinale des types de discrimination. Doublée d'une consécration juridique et, surtout, d'une dualité des régimes juridiques affiliés, la typologie a néanmoins mué en catégorisation et, ce faisant, a érigé en enjeu crucial la qualification alternative retenue par le juge. Cependant, la cohérence de cette catégorisation dépend à l'évidence du maintien des caractéristiques juridiques qu'elles cristallisent. Or, comme vu précédemment, l'état du droit évolue dans un sens qui affaiblit considérablement le statut juridique particulier octroyé aux composantes de la *summa divisio*.

2) La disparition des « catégories » et l'importance secondaire des « types » de discrimination

410. Non seulement la distinction typique opérée entre discriminations directes et indirectes est poreuse et imparfaite, précisément parce qu'en tant que typologie elle repose sur des traits grossis, mais en outre, l'opération juridique de catégorisation qui en résulte s'effrite progressivement au point d'affaiblir la structure de la *summa divisio*. La catégorisation trouvait initialement sa source

¹⁵⁰⁰ MERCAT-BRUNS, M., « Les différentes figures de la discrimination au travail : quelle cohérence ? », *loc. cit.*

¹⁵⁰¹ CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit, op. cit.*, p. 342.

¹⁵⁰² *Idem*, p. 343.

¹⁵⁰³ *Idem*, p. 340.

¹⁵⁰⁴ *Ibidem* : à l'instar des synthèses et des modélisations, les typologies constituent des outils qui « se dispensent d'inventaires complets », contrairement aux codifications, systématisations et classifications.

dans la différence entre, d'une part, un régime de justification exceptionnelle *numerus clausus* applicable aux présomptions de discrimination directe et, d'autre part, un régime de justification systématique *numerus apertus* applicable aux présomptions de discrimination indirecte¹⁵⁰⁵. Il est désormais possible de constater un rapprochement considérable, notamment du fait de l'introduction en matière d'emploi d'un système semi-ouvert de justification des présomptions de discrimination directe par le biais de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante¹⁵⁰⁶. L'aménagement de la charge de la preuve participe en prolongement à ce rapprochement¹⁵⁰⁷. Celui-ci est encore plus poussé en droit interne depuis la loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle qui a intégré en droit civil et administratif¹⁵⁰⁸ un système ouvert de justification en cas de discrimination directe *prima facie* (*i.e.* ne sont pas interdites les différences de traitement « lorsqu'elles sont justifiées par un but légitime et que les moyens de parvenir à ce but sont nécessaires et appropriés »¹⁵⁰⁹). Le rapprochement – voire l'unification – des modalités de justification met donc un terme à la spécificité des régimes juridiques applicables dans les deux cas. Or, « la pertinence de la catégorisation résulte [...] de sa capacité à saisir et à rendre compte du régime spécifique et commun des éléments réunis »¹⁵¹⁰. Ce rapprochement – qui tend vers la fusion – rend en conséquence obsolète la catégorisation, au moins en droit interne. L'abandon de la *summa divisio* se présente alors comme une option sérieuse, d'autant plus au regard des expériences étrangères qui ont d'ores et déjà concrétisé cette hypothèse.

411. Une catégorisation similaire était par exemple applicable en droit canadien à la fin du XX^{ème} siècle. Les modalités de justification du défendeur ainsi que les modalités de réparation du préjudice variaient en fonction de la catégorie. Dans sa décision *Meiorin* de 1999, la Cour suprême renonce à la *summa divisio* qui conduit selon elle les magistrats sur la voie d'un « examen malléable » reposant sur des distinctions « difficiles à appliquer en pratique »¹⁵¹¹ pour les acteurs du procès. Elle souligne tout d'abord que la distinction se révèle peu opérationnelle car « les parties, les tribunaux administratifs et les cours de justice sont donc tenus de formuler leurs arguments et leurs décisions en fonction de définitions qui sont elles-mêmes ambiguës »¹⁵¹². Un sentiment d'injustice peut de

¹⁵⁰⁵ Juliane Kokott ne dit pas autre chose lorsqu'elle affirme dans ses conclusions que « la portée juridique de la délimitation opérée entre discrimination directe et discrimination indirecte réside, avant tout, dans des possibilités de justification différentes ». Conclusions de l'avocate générale Mme Juliane Kokott, présentées le 31 mai 2016, aff. C-157/15, *Samira Achbita*, pt. 40, ou encore Conclusions de l'avocate générale Mme Juliane Kokott, présentées le 12 mars 2015, aff. C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, pt. 71.

¹⁵⁰⁶ V. ici Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, II, A, 1).

¹⁵⁰⁷ V. ici Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, II, A, 2).

¹⁵⁰⁸ Certes, l'alignement des régimes de justification demeure pour l'heure cantonné à la loi du 27 mai 2008, qui possède au demeurant le périmètre le plus large.

¹⁵⁰⁹ Art. 2 de la loi du 27 mai 2008.

¹⁵¹⁰ CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 327.

¹⁵¹¹ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 RCS 3, p. 4.

¹⁵¹² *Idem*, § 38.

surcroît résulter, selon la Cour, de l'application des régimes juridiques distincts car « il est difficile de justifier l'attribution d'une protection plus ou moins grande », tant pour les demandeurs que les défendeurs, « uniquement par la façon dont la règle discriminatoire est formulée »¹⁵¹³. Indépendamment de sa réception par les parties ou les juridictions, la catégorisation se révèle enfin peu pertinente car « la proposition selon laquelle des résultats diamétralement opposés devraient découler d'une classification initiale précaire du moyen de discrimination est déconcertante » dès lors que « l'effet d'une norme discriminatoire ne change pas sensiblement selon la manière dont celle-ci est exprimée »¹⁵¹⁴. La Cour suprême estime à l'issue de son raisonnement que, « si la question pratique qui se pose en fin de compte est la même [...], on peut à bon droit soutenir qu'il y a peu de raisons d'établir une distinction »¹⁵¹⁵.

412. Sans remettre en cause ces assertions, toutes extrêmement probantes, une nuance pourrait affiner la dernière formule. Plus que la distinction, c'est la catégorisation qui est problématique. Et s'il est possible de trouver des raisons persistantes à l'existence de la première, cela se révèle plus complexe pour la seconde. La distinction, en soi, ne pose pas de difficulté si elle ne contraint pas le raisonnement des juges du fait d'un cloisonnement incohérent des régimes juridiques. Laisser subsister la distinction tout en plaidant en faveur de l'abandon des « catégories » conduit en conséquence à s'intéresser au statut des « types » de discrimination.

413. Renoncer à mobiliser les types au sein du raisonnement juridique reviendrait sans conteste à se priver d'un outil précieux. Leur utilité en tant qu'objets théoriques se manifeste en vue de la compréhension de l'acte et de ses ressorts. Intégrés à l'analyse contentieuse, ils permettent aux juges d'affiner l'appréhension du cas d'espèce et, le cas échéant, d'adapter la motivation de la décision, d'évaluer le préjudice moral, voire, en cas de remèdes systémiques¹⁵¹⁶, d'ajuster la sanction ou la réparation pour davantage d'efficacité. Comme a pu le souligner Christa Tobler au sujet du concept de discrimination indirecte considéré isolément, il s'agit par la mobilisation des types de faire apparaître les causes précises, les raisons structurelles de la mesure, ou encore d'identifier plus précisément les préjugés et stéréotypes qui la fondent¹⁵¹⁷. En tant qu'instruments intellectuels et conceptuels, les types facilitent l'opération visant à « démanteler des structures de pouvoir sous-jacentes » et « à identifier les domaines dans lesquels une action supplémentaire est nécessaire pour mettre en œuvre une véritable égalité, par exemple l'ingénierie sociale »¹⁵¹⁸ (e.g. action de

¹⁵¹³ *Idem*, § 31.

¹⁵¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵¹⁵ *Idem*, § 38.

¹⁵¹⁶ Sur ce point, v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, II.

¹⁵¹⁷ COMMISSION EUROPÉENNE (TOBLER, C.), Limites et potentiels du concept de discrimination indirecte, *op. cit.*, p. 28.

¹⁵¹⁸ *Ibidem*.

sensibilisation, de promotion et d'éducation aux droits, lutte contre les stéréotypes et préjugés débouchant, entre autres, sur l'assignation genrée des rôles sociaux).

414. Conserver la pluralité des concepts présente en somme une utilité certaine en vue de la réalisation du droit de la non-discrimination. Seulement, il est préférable que ces concepts demeurent au stade de simples types, soutenant le cas échéant – sans la contraindre – la démarche des juridictions. Confinés à cette fonction, puisqu'ils ne correspondent pas à une qualification juridique spécifique ni n'emportent de régime juridique particulier, est-il opportun de les intégrer au droit positif ?

415. L'analyse du droit positif français offre à ce jour des éléments de réponse ambivalents. En plus des discriminations directes et indirectes, la loi du 27 mai 2008 consacre deux types que sont l'injonction à la discrimination et le harcèlement discriminatoire¹⁵¹⁹. Elle ignore en revanche les autres. Certaines législations étrangères vont parfois plus loin et font mention dans une loi de consolidation de la discrimination par association¹⁵²⁰, de la discrimination multiple¹⁵²¹, de la discrimination systémique¹⁵²², de la discrimination par refus d'aménagement raisonnable¹⁵²³, des omissions discriminatoires¹⁵²⁴, ou des représailles discriminatoires¹⁵²⁵. Outre les quatre types présents dans la loi de 2008, les directives communautaires de 2000 se bornent, elles, à mentionner la discrimination multiple en préambule¹⁵²⁶. Seul le Code pénal reconnaît par ailleurs en droit positif

¹⁵¹⁹ Selon la lettre des dispositions législatives, « la discrimination inclut » ces deux types.

¹⁵²⁰ E.g. art. 12 du Code ontarien des droits de la personne (« Constitue une atteinte à un droit reconnu dans la partie I le fait d'exercer une discrimination fondée sur des rapports, une association ou des activités avec une personne ou un groupe de personnes identifiées par un motif illicite de discrimination »). V. encore art. 9, 1) a) et c) du Code des droits de la personne du Manitoba, art. 11 du *Victoria Equal Opportunity Act* et Art. 35 du *South Australia Equal Opportunity Act*.

¹⁵²¹ E.g. Art. 14, 1) de l'*Equality Act* intitulé « *Combined discrimination: dual characteristics* » (« *A person (A) discriminates against another (B) if, because of a combination of two relevant protected characteristics, A treats B less favourably than A treats or would treat a person who does not share either of those characteristics* »). V. encore art. 3.1 de la loi canadienne sur les droits de la personne (« Il est entendu que les actes discriminatoires comprennent les actes fondés sur un ou plusieurs motifs de distinction illicite ou l'effet combiné de plusieurs motifs »).

¹⁵²² E.g. art. 9, 3) du Code des droits de la personne du Manitoba, intitulé « Discrimination systémique » (« Des mesures ou des règles interdépendantes qui sont prises par une personne et qui ne sont pas discriminatoires lorsqu'elles sont considérées séparément peuvent constituer de la discrimination sous le régime du présent code si leur effet cumulatif entraîne une discrimination au sens du paragraphe (1) »).

¹⁵²³ E.g. Art. 20 et 21 de l'*Equality Act* ou encore art. 9, 1) d) du Code des droits de la personne du Manitoba (« Dans le présent code, le terme "discrimination" désigne, selon le cas : d) un manquement qui consiste à ne pas répondre de façon raisonnable aux besoins spéciaux de particuliers ou de groupes, fondés sur les caractéristiques mentionnées au paragraphe (2) »). V. encore art. 24 du *Northern Territory Anti-Discrimination Act*.

¹⁵²⁴ E.g. art. 9, 1.1) du Code des droits de la personne du Manitoba (« Pour l'application du présent code, sont assimilés à de la discrimination les actes et les omissions qui entraînent une discrimination au sens du paragraphe (1), quelle que soit leur forme et quelle que soit l'intention de leur auteur »). V. encore art. 11 du *Victoria Equal Opportunity Act*.

¹⁵²⁵ E.g. art. 14.1 de la loi canadienne sur les droits de la personne (« Constitue un acte discriminatoire le fait, pour la personne visée par une plainte déposée au titre de la partie III, ou pour celle qui agit en son nom, d'exercer ou de menacer d'exercer des représailles contre le plaignant ou la victime présumée »).

¹⁵²⁶ Cons. 14 de la directive 2000/43/CE et cons. 3 de la directive 2000/78/CE (« la Communauté cherche [...] 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 »).

français la discrimination par association mais sa portée est limitée aux personnes morales¹⁵²⁷. Quant au Code du travail, il consacre timidement la discrimination par refus d'aménagement raisonnable mais sa portée est limitée aux travailleurs en situation de handicap¹⁵²⁸.

416. Plusieurs arguments peuvent être mobilisés pour exposer face à ce constat les bienfaits d'une consécration explicite des types, notamment éviter une contradiction entre la lettre des dispositions antidiscriminatoires et leur interprétation. À titre d'illustration, lorsqu'est considérée la discrimination par association, les adjectifs possessifs adjoints aux motifs énumérés sont peu appropriés. Alors que ce type de discrimination est désormais appréhendé – même imparfaitement et occasionnellement – par les juridictions françaises¹⁵²⁹, la loi de 2008 et le Code du travail disposent toujours que la discrimination est un traitement défavorable d'une personne par rapport à une autre sur le fondement « de son origine, de son sexe... ». De manière similaire, le Code pénal et la loi Le Pors évoquent une distinction entre personnes en raison « de leur origine, de leur sexe... ». Une positivation de la discrimination par association permettrait de lever tout doute quant à la signification normative à conférer à ces adjectifs possessifs, qui n'ont pas – ou plus – pour effet d'exclure la discrimination par association des types qui peuvent être appréhendés par la qualification de discrimination.

417. La positivation des types de discrimination peut précisément conforter les juridictions dans leur aptitude à appréhender de telles situations. La CJUE refuse, par exemple, pour l'heure, de reconnaître la discrimination intersectionnelle. Elle l'assimile à une « nouvelle catégorie de discrimination résultant de la combinaison de plusieurs [motifs] »¹⁵³⁰ qui ne saurait être érigée par voie jurisprudentielle¹⁵³¹. Transparaît alors l'intériorisation d'une crainte de se voir reprocher une substitution à l'action du législateur. L'intégration du type en question au droit positif permettrait sans doute de lever cette réticence.

418. Quant à l'objection qui consisterait à avancer qu'une telle entreprise de positivation des types serait périlleuse en ce que ces derniers ne sont ni exhaustifs ni parfaitement définis et n'aurait pas pour cela les qualités requises pour intégrer le droit positif, elle est inopérante. L'énonciation des

¹⁵²⁷ Art. 225-1, al. 2 du Code pénal : « Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales sur le fondement de l'origine, du sexe, de la situation de famille, [etc.], des membres ou de certains membres de ces personnes morales » (nous soulignons).

¹⁵²⁸ Art. L. 5213-6 du Code du travail : « Le refus de prendre des mesures au sens du premier alinéa peut être constitutif d'une discrimination ».

¹⁵²⁹ V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, II, A.

¹⁵³⁰ CJUE, 1^{er} ch., 24 novembre 2016, *David L. Parris*, aff. C-443/15, pt. 80.

¹⁵³¹ Cet enjeu met évidemment en exergue les diverses latitudes d'interprétation que s'octroient les juges, fonction de leur *habitus*, en partie conditionné par le système juridique.

motifs de discrimination au sein des listes ouvertes¹⁵³² est affectée de ces mêmes particularités, sans que cela constitue un inconvénient rédhibitoire. Il s'agit dans les deux cas d'outils indicatifs mis à disposition des juges afin de fixer un cadre de justifications¹⁵³³ pour que ces derniers procèdent à un contrôle en vue de la réalisation de l'égalité.

419. Si elle présente le mérite de la clarté, de l'intelligibilité et de l'accessibilité du droit, une telle consécration ne semble pourtant pas absolument indispensable en cas d'audace des juridictions¹⁵³⁴, et les points de vue doctrinaux divergent sur cet aspect¹⁵³⁵. Le fait que ces différents types de discrimination voient leur statut conceptuel doublé d'un statut de notions juridiques par le biais de leur inscription à titre indicatif en droit positif, sur le modèle de certaines lois de consolidations étrangères, constitue un enjeu certain. Il n'en demeure pas moins secondaire. Prioritairement, il importe de reconnaître l'obsolescence des catégories de discrimination pour que la qualification de discrimination recouvre son unité, que le droit de la non-discrimination soit en écho crédité d'une meilleure cohérence, et que sa mobilisation soit facilitée (*e.g.* appropriation plus aisée de la qualification, absence de concours de qualification).

B. L'opportunité d'une qualification juridique unifiée, opérationnelle et cohérente

420. Conséquence logique de la disparition progressive des fondements de la catégorisation, qui sert elle-même de soubassement à la *summa divisio*, l'unification de la qualification juridique se

¹⁵³² *E.g.* art. 14 de la Convention EDH, applicable par les juridictions nationales. Sur ce point, v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, I, A, 2).

¹⁵³³ V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, II, B.

¹⁵³⁴ C'est notamment ce qu'illustrent les sanctions – même épisodiques – de la discrimination par association en l'état du droit positif, sans que cela ne donne lieu à justifications particulières. En un sens proche, au sujet de la discrimination multiple, l'avocate générale Juliane Kokott rejetait toute approche restrictive des directives européennes et concluait à leur pleine applicabilité en cas de combinaison de plusieurs motifs de discrimination (v. Conclusions de l'avocate générale Mme Juliane Kokott présentées le 30 juin 2016, Affaire C443/15, *Dr. David L. Parris*, pts. 152 et s.).

¹⁵³⁵ V., entre autres, CHARRUAU, J., *La notion de non-discrimination en droit public français, op. cit.*, p. 375. Opposé à la positivation de la discrimination multiple, l'auteur estime que « le schéma est déjà bien chargé, avec la dichotomie discriminations directe-indirecte que le juge administratif peine à reconnaître ». V. surtout p. 444-445, en référence à un de nos précédents articles (MEDARD INGHILTERRA, R., « Le droit à la non-discrimination fait peau neuve : brèves considérations sur les incidences de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *loc cit.*) : « Certains avancent l'idée d'une reconnaissance explicite, dans notre droit, de toutes les formes de discrimination existantes, aux côtés des définitions de la discrimination directe et de la discrimination indirecte à l'article 1er de la loi du 27 mai 2008. Nous doutons de l'opportunité d'une telle insertion. Certes, décliner toutes les formes de discrimination dans notre droit présente l'avantage de la clarté. Un tel processus pose dans le droit des définitions officielles et met donc en lumière les spécificités de chacune d'entre elles en même temps qu'il fait taire les désaccords doctrinaux sur leur teneur respective. Mais l'inclusion dans notre droit de toutes les formes de discrimination présente également l'inconvénient de favoriser des raisonnements fermés, cloisonnés. [...] Poser des définitions de ces discriminations au sein d'un texte de loi, c'est donc prendre le risque d'inhiber les juges. Ces derniers peuvent en effet se sentir contraints, enserrés dans un cadre d'analyse préétabli par le législateur ». Ce raisonnement semble toutefois écarter une positivation indicative des types – à l'instar des motifs de discrimination au sein des listes ouvertes – autant qu'il semble nuancé par la différenciation entre types et catégories – et leurs degrés de nocivité respectifs, selon qu'est adjoind ou non à la notion un régime juridique spécifique.

présente également comme une opportunité stratégique. En vue de la réalisation du droit de la non-discrimination, une qualification inclusive permettrait notamment de faciliter l'appréhension contentieuse de tous les types de discrimination (1). Elle contribuerait aussi à maximiser la cohérence, la simplicité et l'appropriation du droit en plaçant le « noyau dur » du concept de discrimination au cœur de la qualification juridique (2).

1) Unification de la qualification et appréhension inclusive des types de discrimination

421. Sans remettre en cause la contribution fondamentale de la discrimination indirecte aux fins de lutte contre les discriminations, il est désormais possible de considérer que la particularité du statut juridique dont elle jouit ne sert plus cette finalité avec la même efficacité. Les mots de la Cour d'Ottawa résonnent là encore de ce côté de l'Atlantique lorsqu'elle affirme, au sujet de la méthode de distinction en vue de la double qualification juridique des discriminations selon qu'elles sont directes ou indirectes : « peu importe à quel point cette méthode peut nous avoir été utile dans le passé, [...] elle sert mal les fins des lois contemporaines »¹⁵³⁶. Sa complexité et sa facticité « témoignent du fait que le moment est venu de simplifier les lignes directrices qui régissent l'interprétation des lois [antidiscriminatoires] »¹⁵³⁷. En dépit du progrès qu'elle a représenté, elle fragmente la qualification de discrimination, complique sa manipulation et peut laisser accroire que la sanction des autres types de discrimination est conditionnée à l'obtention d'un statut juridique équivalent. Son ancrage laisse en effet penser que ces derniers doivent également faire l'objet d'une reconnaissance spécifique, des cours ou du législateur, afin de pouvoir donner lieu à une réparation du préjudice engendré. Cette sensation, que l'analyse des décisions de justice confirme, aboutit à rendre lacunaire la sanction des autres types de discrimination ou, au mieux, à la rendre hésitante.

422. Cela se manifeste notamment dans le cas de la discrimination par association. Il est dans cette hypothèse question d'une situation dans laquelle la caractéristique (motif prohibé) d'une personne X engendre un traitement défavorable d'une personne Y qui lui est associée, avec laquelle elle a, a eu, ou aura des contacts ou un lien quelconque. La particularité de cette configuration réside dans la non-confusion entre le porteur – réel ou perçu – de la caractéristique protégée et la victime de l'effet préjudiciable. Par exemple, un salarié subit des actes de représailles motivés par l'activité syndicale de son épouse au sein de la même entreprise. Au niveau des juridictions nationales, afin d'appréhender la discrimination par association lorsque le lien collatéral du porteur de la

¹⁵³⁶ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 RCS 3, § 25.

¹⁵³⁷ *Ibidem*.

caractéristique et de la victime était d'ordre familial, des juridictions ont parfois procédé à une interprétation constructive – palliative mais peu convaincante – du motif de la situation de famille¹⁵³⁸. Dans l'exemple précité, ce n'est pourtant en aucun cas la situation de famille qui est à la source du traitement défavorable mais bien l'activité syndicale de l'épouse. La CJCE a finalement fait le premier pas dans son arrêt *Coleman* de 2008 en considérant que l'interdiction de la discrimination directe « n'est pas limitée aux seules personnes qui sont elles-mêmes handicapées »¹⁵³⁹. Elle s'applique également « lorsqu'un employeur traite un employé n'ayant pas lui-même un handicap de manière moins favorable » si « le traitement défavorable dont cet employé est victime est fondé sur le handicap de son enfant »¹⁵⁴⁰. Quelques rares décisions des juridictions nationales se sont alignées sur cette position et ont reconnu frontalement la discrimination par association¹⁵⁴¹. Ces cas demeurent rares, manquent de notoriété et se limitent pour l'heure à la discrimination directe par association. Puisque l'apport de la jurisprudence *Coleman* de la CJCE s'y limitait, le juge français a en effet refusé de sanctionner la discrimination indirecte par association¹⁵⁴² malgré les observations de la HALDE en soutien des allégations¹⁵⁴³. La CJUE a depuis explicitement reconnu que la discrimination indirecte par association pouvait également être sanctionnée¹⁵⁴⁴. Toujours est-il que cette brève rétrospective jurisprudentielle illustre le phénomène de reconnaissance par palier des différents types de discrimination et la nécessité pour chacun de recevoir l'assentiment d'une cour européenne¹⁵⁴⁵ ou du législateur pour convaincre le juge national qu'il entre bien dans le champ d'application du droit de la non-discrimination.

423. L'analyse pourrait être renouvelée au regard de la discrimination intersectionnelle, laquelle possède la particularité d'être fondée sur la prise en compte de plusieurs motifs énumérés dont les influences interagissent pour engendrer l'effet défavorable¹⁵⁴⁶. Si la CJUE admet qu'une

¹⁵³⁸ CA Chambéry, 21 mai 1996, *Dr. Ouvrier*, 1996, p. 413 ; Cass. soc., 1er juin 1999, n° 96-43.617, *Bull. V*, n° 249, p. 180 ; CA Paris, ch. 6-1, 16 décembre 2014 (sur renvoi après cassation, Cass. crim., 19 novembre 2013, n° 12-83.294, *Bull. crim.*, n° 228) ; Cass. crim., 21 juin 2016, n° 15-80.365, *Bull. crim.*, n° 187.

¹⁵³⁹ CJCE, Grande ch., 17 juillet 2008, *J. Coleman*, aff. C-303/06, pt. 56.

¹⁵⁴⁰ *Ibidem*. V. ensuite CJUE, Grande ch., 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, *op. cit.*, pt. 60 : l'interdiction de la discrimination « a vocation à s'appliquer, indifféremment, selon que ladite mesure collective touche les personnes qui ont une certaine [caractéristique] ou celles qui, sans posséder ladite [caractéristique], subissent, conjointement avec les premières, le traitement moins favorable ou le désavantage particulier résultant de cette mesure ».

¹⁵⁴¹ CPH Caen, 25 novembre 2008, n° 06/00120 ; CA Aix-en-Provence, 8 octobre 2013, n° 2013/841. Soulignons toutefois une reconnaissance explicite préalable in Tribunal correctionnel Arras, 18 mars 2003, *Gaz. Pal.*, 5 juin 2003, n° 156, p. 14.

¹⁵⁴² TGI Marseille, 16 novembre 2010, n° 08-10031.

¹⁵⁴³ HALDE, Délibération n° 2010-180 du 6 septembre 2010.

¹⁵⁴⁴ CJUE, Grande ch., 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, *loc. cit.*

¹⁵⁴⁵ La Cour EDH opte pour une approche singulière puisqu'elle saisit la discrimination par association en la rattachant à la notion de « toute autre situation » (v. COUR EDH, 2^e sect., 12 septembre 2016, *Guberina v. Croatia*, *op. cit.*, not. § 78) prévue à l'article 14 de la Convention EDH afin de permettre la consécration jurisprudentielle de nouveau motif de discrimination. Sur ce point, v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, I, A, 2).

¹⁵⁴⁶ V. sur cette notion Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, II, B. V. aussi le lexique.

« discrimination peut être fondée sur plusieurs des motifs »¹⁵⁴⁷, elle refuse en revanche de saisir l'intersectionnalité : « il n'existe, toutefois, aucune nouvelle catégorie de discrimination résultant de la *combinaison* de plusieurs de ces motifs [...] lorsque la discrimination en raison desdits motifs, isolément considérés, n'a pas été établie »¹⁵⁴⁸. La Cour EDH demeure globalement alignée sur cette position¹⁵⁴⁹. Ce type de discrimination se trouve généralement mis en échec au contentieux et la rigidité dont font preuve les cours renforce la tendance première des plaideurs à invoquer séparément les motifs qui fondent la requête, ou à en privilégier un en particulier. Au niveau national, les occasions manquées à une franche reconnaissance¹⁵⁵⁰ coexistent avec d'autres, plus encourageantes, mais toujours extrêmement pusillanimes¹⁵⁵¹. En l'absence de consécration explicite par le législateur ou de reconnaissance claire par les cours européennes, la discrimination intersectionnelle peine toujours à conquérir les prétoires. Elle reste perçue par les juridictions nationales comme un phénomène situé en marge de la qualification juridique – quand bien même correspond-elle sans ambiguïté aux trois composantes précédemment identifiées de la discrimination en tant que concept (*i.e.* un traitement défavorable désavantageant certaines personnes par rapport à d'autres, au regard d'un ou plusieurs motifs de discrimination, en l'absence de justification par des éléments objectifs).

424. La réticence du juge administratif à sanctionner les discriminations matérielles pourrait encore être évoquée¹⁵⁵², sans parler des discriminations systémiques¹⁵⁵³. Pour l'heure, chaque type nouvellement identifié passe au crible de la reconnaissance jurisprudentielle ou législative quand le simple rapprochement avec les composantes du concept de discrimination pourrait suffire à lui faire franchir ce stade sans encombre. Si la discrimination peut être précisée par diverses modalités esquissant les configurations typiques, il est possible de considérer que sa caractérisation ne devrait guère être affectée dès lors que sont avérés les trois éléments qui structurent le concept, à savoir le traitement défavorable injustifié apprécié au regard d'un ou plusieurs motifs en cause. Les difficultés susmentionnées pourraient être dépassées par l'affirmation d'une qualification de

¹⁵⁴⁷ CJUE, 1^e ch., 24 novembre 2016, *David L. Parris*, *op. cit.*, pt. 80.

¹⁵⁴⁸ *Ibidem*. Au préalable, v. CJUE, 2^e ch., 6 décembre 2012, *Johann Odar*, aff. C-152/11.

¹⁵⁴⁹ COUR EDH, Grande ch., 6 novembre 2017, *Garib c. Pays-Bas*, req. n° 43494/09, not. § 95-98.

¹⁵⁵⁰ TA Montreuil, 21 novembre 2011, n° 1012015.

¹⁵⁵¹ Cass. soc., 11 janvier 2012, n° 10-28.213, *Bull. V*, n° 12.

¹⁵⁵² Marie Mercat-Bruns souligne à cet égard que « le juge administratif s'est souvent contenté de l'argument de l'application uniforme de la mesure contestée pour la déclarer conforme au principe d'égalité. Le juge faisait peu de cas des effets de la mesure pour peu qu'elle soit identique pour tous ». V. MERCAT-BRUNS, M. et PERELMAN, J. (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination*, *op. cit.*, p. 58).

¹⁵⁵³ V. néanmoins CPH Paris, 17 décembre 2019, n° 17/10051. Sur cette décision, v. FERRÉ, N., « Vers la reconnaissance de la discrimination systémique. À propos du jugement rendu par le conseil de prud'hommes le 17 décembre 2019 », *RDT*, 2020, p. 178 et s. Sur la possible appréhension des discriminations systémiques par le biais de la discrimination indirecte, v. not. MERCAT-BRUNS, M., « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ? », *RevDH*, n° 14, 2018. V. encore MERCAT-BRUNS, M., « L'identification de la discrimination systémique », *RDT*, 2015, p. 672 et s.

discrimination unifiée (*e.g.* sur le modèle d'une formulation préalablement posée dans cette étude : « La discrimination constitue un traitement défavorable non justifié et apprécié au regard d'un ou plusieurs des motifs suivants [...] »¹⁵⁵⁴). Contrastant avec une approche segmentée, catégorie par catégorie et type par type, une telle qualification, à la fois générique et inclusive, présenterait un double intérêt. D'une part, le caractère générique de la qualification faciliterait son maniement par des plaideurs à qui le droit offrirait un outil simple, clair et uni. L'action de ces derniers serait également prémunie des concours de qualification. D'autre part, son caractère inclusif permettrait aux juridictions d'appréhender aisément chacune des déclinaisons typiques de la discrimination¹⁵⁵⁵. Une telle perspective implique toutefois de renoncer à la catégorisation entre discriminations directes et indirectes. Il serait possible de plaider à cet égard pour que cette catégorisation soit relativisée et que chacune de ses composantes réintègre son statut initial de simple type, relatif et secondaire. Loin d'être préjudiciable à la sanction des discriminations indirectes, cette démarche faciliterait l'édification d'un régime unifié et contribuerait à placer la substance du concept de discrimination au cœur de la qualification juridique.

2) Recentrer la qualification juridique sur le noyau dur du concept de discrimination

425. Précisons d'emblée que le projet d'unification de la qualification de discrimination n'est pas consensuel. Après avoir relevé le double standard en matière de justification des discriminations *prima facie* et l'intransigeance particulière de l'analyse de la CJUE à l'égard de la discrimination directe, Eleanor Sharpston écrivait dans ses conclusions en 2016 : « on pourrait objecter que les règles du droit de l'Union concernant la [discrimination directe] sont appliquées de manière inutilement rigide et qu'il serait opportun de procéder à une sorte de "fusion" des deux catégories »¹⁵⁵⁶. Sans s'attarder sur les arguments en faveur d'une telle fusion, elle écartait l'hypothèse, considérant que « la distinction entre les deux catégories de discriminations (*sic*) est un élément fondamental de ce domaine du droit de l'Union » et qu'il n'y a « pas de raison de s'en écarter, avec l'inévitable perte de sécurité juridique qui en résulterait »¹⁵⁵⁷.

426. En contraste, la porosité de la distinction, son aspect réducteur, l'obsolescence de la catégorisation, le gain de clarté et de cohérence en cas d'unification de la qualification juridique, débouchant sur une mobilisation facilitée, ou encore la capacité à favoriser l'appréhension

¹⁵⁵⁴ V. la conclusion au sujet de la définition de la discrimination *in* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, II.

¹⁵⁵⁵ Qui pourraient être déclinées à titre complémentaire et indicatif sur le modèle de formulations préalablement posées. V. *ibidem*.

¹⁵⁵⁶ Conclusions de l'avocate générale Mme Eleanor Sharpston, présentées le 13 juillet 2016, aff. C-188/15, *Asma Bougnaoui*, pt. 65.

¹⁵⁵⁷ *Idem*, pts. 66 et 67.

contentieuse des autres types, indiquent que cette fusion des catégories pourrait être réalisée au service du droit de la non-discrimination, et non à son détriment. Les ancrages doctrinaux de cette réflexion en France sont certes extrêmement rares. Certains ont néanmoins plaidé une unification de la qualification juridique afin de promouvoir une approche principielle de la non-discrimination en droit constitutionnel¹⁵⁵⁸. D'autres ont plaidé en ce sens au nom de l'efficacité du droit de la non-discrimination au niveau européen¹⁵⁵⁹. Il fut à cette occasion affirmé que « les efforts doivent tendre à éclaircir la notion de discrimination en favorisant le passage d'une idée plurielle à un axe unique, dépassant ainsi la *summa divisio*, entre discrimination directe et indirecte » car « l'impératif de stabilité juridique exige que le concept de discrimination [...] soit réunifié en vue d'une majeure cohérence »¹⁵⁶⁰. Le cas échéant, la construction de cet axe unique gagnerait à reposer sur l'effet défavorable, véritable cœur conceptuel de la discrimination qui constitue le dénominateur commun des différents types¹⁵⁶¹. C'est ce que rappellent Lucie Cluzel-Métayer et Marie Mercat-Bruns pour qui « l'appréciation des discriminations exige un raisonnement inductif : peu importe que la règle ou la décision s'applique de la même manière à tous, ce sont les effets, les différences effectives de traitement qui doivent être recherchées »¹⁵⁶².

427. Les discriminations directes apparaissent, il est vrai, particulièrement inacceptables d'un point de vue social en raison de l'aspect explicite de la prise en compte du motif en cas de différences de traitement. Mais ce sont davantage les effets concrets – et non la nature – de ces différences de traitement qui justifient leur appréhension par le droit de la non-discrimination. Contrairement aux discriminations indirectes, l'aspect défavorable du traitement est simplement perceptible à deux niveaux d'analyse, au stade du contenu comme au stade des effets. La particularité d'une perception explicite de la défaveur dans le contenu de la mesure est, cela dit, d'une importance secondaire. Quant à l'émergence de la discrimination indirecte, elle reposait précisément sur la volonté de saisir l'effet défavorable, d'abord en l'absence de consécration explicite du critère de distinction comme motif de discrimination¹⁵⁶³. C'est encore pour saisir l'effet défavorable que son emprise s'est ensuite étendue aux inégalités provoquées par l'indifférenciation appliquée à des situations différentes. C'est toujours pour saisir cet effet que la discrimination par association ou certains défauts

¹⁵⁵⁸ CHARRUAU, J., *La notion de non-discrimination en droit public français*, *op. cit.*

¹⁵⁵⁹ BRILLAT, M., *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, *op. cit.*

¹⁵⁶⁰ *Idem*, p. 225-226.

¹⁵⁶¹ Là encore, sur les définitions de la discrimination en droit positif, v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, II, B.

¹⁵⁶² CLUZEL-MÉTAYER, L. et MERCAT-BRUNS, M., *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 10. V. aussi plus récemment MERCAT-BRUNS, M., « Les différentes figures de la discrimination au travail : quelle cohérence ? », *loc. cit.* : le « propre des discriminations directes et indirectes est de scruter les effets discriminatoires ».

¹⁵⁶³ COMMISSION EUROPÉENNE (TOBLER, C.), *Limites et potentiels du concept de discrimination indirecte*, *op. cit.*, p. 8 : les discriminations indirectes, « en raison des circonstances dans lesquelles elles s'appliquent, ont néanmoins un effet discriminatoire sur un groupe particulier de personnes ».

d'aménagement raisonnable tombent dans le champ du droit de la non-discrimination. Peu importe la nature de la mesure ou les modalités de production de l'effet défavorable (*e.g.* explicite ou masquée, dans le cadre d'une action ou d'une abstention, au regard d'un ou de plusieurs motifs, caractérisant la personne ou une personne associée), seule compte sa présence. Tenir cela pour acquis invite alors à placer cet effet au cœur de la définition générique et de la qualification juridique unifiée¹⁵⁶⁴.

428. Les rédacteurs des conventions onusiennes relatives à l'élimination de toutes les formes de discrimination ont notamment opté pour une approche légistique qui insiste sur cette dimension. Les discriminations sont prohibées sous toutes leurs formes – comme l'indiquent les intitulés des conventions de 1965 et 1979 –, qu'il s'agisse d'une « distinction, exclusion ou restriction », dès lors que la mesure « a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice »¹⁵⁶⁵ des droits. Une centralité similaire de l'effet résulte de la jurisprudence canadienne lorsqu'elle énonce que la qualification juridique de discrimination a vocation à appréhender toute mesure « qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres »¹⁵⁶⁶. Au soutien de cette conception, la juge L'Heureux-Dubé soulignait que, « pour que la discrimination soit appréciée ou reconnue dans tous ses contextes et sous toutes ses formes, il est préférable d'insister davantage sur l'impact (c'est-à-dire sur l'effet discriminatoire) »¹⁵⁶⁷. Quatre années plus tard, la juge Beverley McLachlin enchérissait. Puisque « l'effet négatif sur la dignité du demandeur ne varie pas sensiblement selon que la discrimination est flagrante ou dissimulée », et « puisque la principale préoccupation est l'effet de la loi contestée, cette distinction a peu d'importance sur le plan juridique »¹⁵⁶⁸. Quelle que soit la déclinaison typique de la discrimination, c'est l'effet défavorable qui engendre le préjudice et affecte les victimes d'une manière similaire¹⁵⁶⁹.

429. Ce constat implique en répercussion une mutation de l'analyse contentieuse. Celle-ci a déjà intégré une dimension téléologique puisque ce sont les conséquences concrètes engendrées par la mesure litigieuse sur lesquelles se focalise l'attention en cas de discrimination indirecte¹⁵⁷⁰. Les

¹⁵⁶⁴ Sur ce point, v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, II, B, 1).

¹⁵⁶⁵ Art. 1 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et art. 1 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. V. encore art. 2 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

¹⁵⁶⁶ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 RCS 143, not. p. 174.

¹⁵⁶⁷ *Egan c. Canada*, [1995] 2 RCS 513, not. p. 519.

¹⁵⁶⁸ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 RCS 3, § 47 et 48.

¹⁵⁶⁹ En ce sens, COMMISSION EUROPÉENNE (TOBLER, C.), *Limites et potentiels du concept de discrimination indirecte*, *op. cit.*, p. 9 : « la nature indirecte de la discrimination ne signifie pas que les personnes qui en sont victimes soient moins affectées de quelque manière. En vérité, une personne victime de discrimination indirecte souffre juste tout autant qu'une personne victime de discrimination directe ».

¹⁵⁷⁰ Sur ce point, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, I, B.

juridictions sont ainsi conduites à procéder à « un raisonnement à l'envers » dans le cadre d'un « nouveau mode de contrôle juridique »¹⁵⁷¹ qui les amène à se pencher sur « l'étude de la situation concrète »¹⁵⁷² pour « [rechercher] les discriminations »¹⁵⁷³. L'analyse ne porte plus sur la manière dont la mesure se manifeste mais sur ses effets afin de garantir la protection individuelle.

430. **Conclusion du chapitre 1.** Les possibilités de justification par le mis en cause des discriminations *prima facie* furent initialement conçues de manière distincte en fonction des modalités de production – directe ou indirecte – de l'effet défavorable. L'évolution du droit positif français a néanmoins contribué à rapprocher les régimes de justification. Elle laisse envisager la perspective d'une unification par la généralisation, déjà actée en certains points, d'un système ouvert de justification. Malgré cette évolution, pourraient persister en droit positif une énumération *indicative* des justifications légales admises aux différences de traitement ainsi qu'une clause excluant la justification potentielle des différences de traitement expressément fondées sur certains motifs dont la prise en compte est *par nature* illégitime (*e.g.* origine, ethnique, prétendue race)¹⁵⁷⁴. Une telle unification des régimes de justification se révèle d'autant plus opportune qu'elle permettrait de tirer les conséquences d'une distinction poreuse et largement imparfaite entre discriminations directes et indirectes¹⁵⁷⁵. Elle pourrait de surcroît être indexée à une qualification générique de discrimination, qui acte l'inopportunité d'une catégorisation en fonction des différents types selon lesquels elle se manifeste. À terme, cette qualification inclusive et ce régime de justification unifié seraient susceptibles de créditer le droit d'une plus grande clarté. Ils permettraient à la fois une mobilisation plus aisée de la qualification juridique par les requérants et une meilleure appréhension par les juridictions des situations que les premiers entendent contester. Cette optique permet également de réhabiliter l'idée que c'est l'effet défavorable du traitement, quelle que soit sa modalité – accessoire – de production, qui justifie qu'un contrôle juridictionnel intervienne au titre du droit de la non-discrimination, et au nom du principe d'égalité.

¹⁵⁷¹ MERCAT-BRUNS, M., « La personne au prisme des discriminations indirectes », *loc. cit. In extenso* : « L'observation de la situation de fait dans laquelle la personne se trouve, soumise à la norme, déclenche alors la contestation de la légitimité et de la cohérence du droit objectif. Il s'agit d'un nouveau mode de contrôle juridique de l'efficacité des normes. Ce raisonnement à l'envers permettrait de maintenir une vigilance accrue à l'endroit des atteintes à la personne qu'entraînent forcément les catégorisations, neutres à première vue, inhérentes au fonctionnement des politiques sociales ».

¹⁵⁷² BENICHO, S., *Le droit à la non-discrimination « raciale »*, *op. cit.*, p. 74.

¹⁵⁷³ HERNU, R., « La convergence des jurisprudences. Problèmes de définition et de contenu », *op. cit.*, p. 241. V. encore SOUVIGNET, X., « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *loc. cit.* : la discrimination indirecte « entend traquer » les traitements défavorables « non plus seulement dans les normes mais également dans les faits, non plus seulement dans les intentions qui les animent mais également dans leurs effets ».

¹⁵⁷⁴ En ce sens, v. MARTIN, D., *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, *op. cit.*, p. 589-594 et p. 602-604.

¹⁵⁷⁵ V. encore sur ce point *idem*, p. 559-562.

CHAPITRE 2 : LA COEXISTENCE COMPLEXE ENTRE ÉGALITÉ ET NON-DISCRIMINATION

431. Poursuivre l'analyse juridique de la réalisation du droit de la non-discrimination conduit à penser la cohérence des normes au-delà de la qualification juridique que manient les acteurs. Cette cohérence peut, en effet, également être altérée en raison des relations floues qui existent entre les énoncés du droit de la non-discrimination et d'autres énoncés, qui ne participent pas à la définition de la qualification juridique de discrimination. Lorsqu'il envisage les principaux foyers d'incohérence de l'ordre juridique comme autant de menaces à la réalisation des normes, Julien Betaille concentre son analyse¹⁵⁷⁶ sur la réception – parfois délicate – des normes internationales dans l'ordre juridique interne¹⁵⁷⁷, ainsi que sur la cohérence de normes nationales de valeur juridique distincte¹⁵⁷⁸. Partant, il pose qu'un « ordre juridique n'est ainsi cohérent que s'il assure l'absence de contradictions entre les normes qui le composent par l'application de critères de validité de ces normes. C'est l'absence de contradiction entre les normes qui permet », selon lui, « d'assurer leur effectivité »¹⁵⁷⁹. À l'idée de cohérence normative entre dispositions législatives de même valeur (*e.g.* les dispositions législatives qui définissent la qualification juridique de discrimination)¹⁵⁸⁰, l'auteur ajoute celle de cohérence normative entre dispositions de valeur juridique distincte dans le cadre d'une appréciation portant sur leur validité¹⁵⁸¹. Luc Heuschling invite, lui aussi, à envisager la réalisation par la cohérence normative dans le cadre d'une analyse juridique qui s'attache à la confrontation des dispositions législatives aux principes constitutionnels qui leur sont

¹⁵⁷⁶ Rappelons que l'analyse de cet auteur porte sur *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne*. Il prend appui sur le droit de l'urbanisme et le droit de l'environnement pour asseoir une démonstration dont la portée est générale et s'attache à l'identification des facteurs juridiques qui contribuent à l'effectivité du droit. Sa démarche générale de systématisation des facteurs de réalisation du droit (*i.e.* « conditions juridiques d'effectivité » du droit pour l'auteur), formule un cadre de pensée particulièrement utile à la présente étude.

¹⁵⁷⁷ Par exemple, la liberté religieuse prévue par l'article 18 du PIDCP au regard de l'article L. 141-5 du Code de l'éducation (tel qu'établi par l'article 1 de la 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). V. CODH, 1^{er} novembre 2012, *Bikramjit Singh*, com. n° 1852/2008, § 8.7.

¹⁵⁷⁸ Par exemple, l'interdiction des listes de candidats composées de plus de 75 % de candidats de même sexe pour les conseillers municipaux des villes de 3 500 habitants et plus (art. 260 *bis* tel qu'envisagé par l'article 4 de la loi de 1982 modifiant le Code électoral et le Code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales) au regard de l'article 3 de la Constitution et de l'article 6 de la DDHC. V. CC, Décision n° 82-146 DC, 18 novembre 1982, cons. 9.

¹⁵⁷⁹ BETAÏLLE, J., *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne*, *op. cit.*, p. 68 et 70. V. aussi p. 69 : « l'absence de contradiction entre les normes constitue une condition juridique de l'effectivité de la norme ».

¹⁵⁸⁰ Dans la présente étude, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

¹⁵⁸¹ Est ici rejointe la préoccupation pour l'effectivité par l'attention accordée à l'« impact dynamique ou force de résonance d'une norme de droit positif sur d'autres normes du droit positif » et, plus précisément à la « conformité des normes inférieures du droit positif à un principe supérieur de droit positif » (HEUSCHLING, L., « Effectivité, efficacité, efficacité et qualité », *op. cit.*, p. 59, v. respectivement quatrième et troisième sens de l'effectivité).

supérieurs¹⁵⁸². C'est autour de ces liens hiérarchiques que le principe d'égalité, à valeur constitutionnelle, et les dispositions antidiscriminatoires, à valeur législative, établissent les bases de leurs relations.

432. Parce que les dispositions antidiscriminatoires législatives doivent être matériellement conformes au principe d'égalité, il semble particulièrement périlleux, pour le droit de la non-discrimination du moins, d'envisager l'égalité et la non-discrimination sous l'angle de la tension, et *a fortiori* de la contradiction. Tel est pourtant le point de vue d'une partie de la doctrine et de certains magistrats en France. Égalité et non-discrimination peinent à être appréhendées conjointement et leurs rapports sont parfois conçus comme concurrentiels, voire conflictuels. Cette mise en tension est susceptible de freiner la réalisation du droit de la non-discrimination dans les prétoires, et c'est à ce titre qu'elle nous intéresse. De nombreux auteurs ont souligné en ce sens qu'une perception conflictuelle de l'égalité et de la non-discrimination, lorsqu'elle affecte le raisonnement des magistrats, est susceptible d'engendrer une réticence problématique à la réalisation des normes antidiscriminatoires au moment de leur application¹⁵⁸³. Cette difficulté ressort avec prégnance du contentieux français¹⁵⁸⁴. La clarification juridique des modalités de coexistence – certes complexes – entre le droit de la non-discrimination et le principe d'égalité s'apparente sous cet angle à une condition essentielle de la réalisation par la cohérence normative. De cette cohérence normative dépend, pour partie, la compréhension, l'acceptation, puis l'appropriation et la mobilisation du droit de la non-discrimination par ses autorités d'application. *Envisager la réalisation au stade de la*

¹⁵⁸² *Idem*, p. 44 : « Ce qui caractérise de prime abord la conceptualisation n° 3 de l'effectivité est son objet : son objet, par excellence, sont les principes, c'est-à-dire des normes dont le sens se caractérise par un haut degré d'indétermination ».

¹⁵⁸³ V. not. HENNETTE-VAUCHEZ, S. et FONDIMARE, E., « Incompatibility between the 'French Republican Model' and Anti-Discrimination Law? Deconstructing a Familiar Trope of Narratives of French Law », *op. cit.*, p. 56-75. V. not. p. 57-58 : « *A powerful narrative of French legal history links to the 1789 Revolution an understanding of the constitutional principle of equality as conveying the ideal of a universalist application of legal rules, triggered by the ideal of the abstract man/ citizen. As it conversely presupposes the legal relevance of differences (especially when they are the indication of a disadvantage), anti-discrimination law is often perceived and presented as incompatible with the French Republican model of equality. This notion of incompatibility between anti-discrimination law and the French legal/ Republican tradition is present in many political discourses; it also partly explains the legislative shape of anti-discrimination law in France [...]. But it also constitutes the backbone of the dominant judicial interpretation of the principle of equality as essentially opposed to legal mechanisms that differentiate between individuals* ». V. également note *infra*.

¹⁵⁸⁴ *Ibidem*. V. aussi CLUZEL-MÉTAYER, L. et MERCAT-BRUNS, M., *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 13-26. Pour les auteures, la « lecture universaliste du principe d'égalité » constitue un « écueil » et un « [signe] de résistance à l'incorporation du droit des discriminations » (p. 13). Elles relèvent que, contrairement à la conception concrète de l'égalité en droit communautaire, « les juges français restent attachés à l'idée que "le principe d'égalité siège essentiellement dans la généralité de la règle" » (p. 14, se référant à CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public de 1996. Sur le principe d'égalité*, *op. cit.*, p. 37 ; nous soulignons). V. encore GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, *op. cit.*, p. 79 (« Les modes traditionnels de raisonnement constituent un véritable obstacle à l'effectivité juridictionnelle du droit anti-discriminatoire ») et p. 83 (« Dépassable, cette vision formelle de l'égalité est une entrave à l'intégration de la logique de la lutte juridique contre les discriminations »).

production normative invite alors à penser la résorption des conflits de normes – et de valeurs – entre égalité et non-discrimination, eu égard à leur rôle de frein lors de l'application du droit de la non-discrimination.

433. Esquisser les voies d'une telle clarification est toutefois moins aisé qu'il n'y paraît. Cette tâche exige en préalable plusieurs précisions sur lesquelles il nous faut revenir. Toute analyse détaillée des interprétations du principe d'égalité semble inévitablement vouée au même constat : il règne en la matière un dissensus manifeste. Les qualificatifs fleurissent pour désigner des interprétations « hétéroclites », « radicalement contradictoires », « peu agencées les unes aux autres »¹⁵⁸⁵, débouchant sur un « extraordinaire chaos », une « assourdissante cacophonie », ou une « confusion prodigieuse »¹⁵⁸⁶. À la désignation des « principes sectoriels »¹⁵⁸⁷ (*e.g.* égalité devant les charges publiques, égal accès à la fonction publique, égalité des usagers devant le service public, égalité du suffrage)¹⁵⁸⁸, s'ajoutent de multiples qualifications complémentaires (*e.g.* égalité formelle, concrète, abstraite, devant la loi, dans la loi, par la loi, matérielle, substantielle, réelle), et les acceptions doctrinales de chacun de ces compléments ne conservent qu'imparfaitement leur constance¹⁵⁸⁹. Il est dès lors peu surprenant qu'une partie de la doctrine et des magistrats¹⁵⁹⁰ manifeste une forme d'inconfort lorsqu'il est question de penser conjointement égalité et non-discrimination au sein de l'ordre juridique français¹⁵⁹¹. Les relations entre les notions suscitent quelques interrogations. Sont-elles concurrentes ou complémentaires¹⁵⁹² ? En l'état, la place de la non-discrimination au regard

¹⁵⁸⁵ EDEL, F., « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *Droits*, n° 49, 2009/1, p. 213.

¹⁵⁸⁶ EDEL, F., « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination », *Droits*, n° 61, 2015/1, p. 117. L'auteur ajoute ensuite : « Malgré notre familiarité avec les questions d'égalité ou de non-discrimination, nous sommes, à chaque fois, surpris de constater combien un seul et même passage nécessite presque sans exception plusieurs lectures pour en comprendre avec certitude la signification » (*idem*, p. 118).

¹⁵⁸⁷ JOUANJAN, O., « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *Jus politicum*, n° 7, 2012.

¹⁵⁸⁸ V. sur ces principes sectoriels, *inter alia* : CALVÈS, G., « Égalité (Domaines d'application) », in CHAGNOLLAUD, D. et DRAGO, G. (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2006, p. 365-372 ; PELLISSIER, G., *Le Principe d'égalité en droit public*, Paris, LGDJ, 1996, p. 52-98 ; LUCHAIRE, F., « Un Janus constitutionnel : l'égalité », *RDP*, n° 102, 1986, not. p. 1261-1274 ; LEBEN, C., « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP*, 1982, p. 1229 et s.

¹⁵⁸⁹ En plus de Frédéric Edel, pour ce constat, v., entre autres, FONDIMARE, E., *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.*, p. 4 et s.

¹⁵⁹⁰ V. ici certains des entretiens retranscrits in ICARD, P. et LAIDIÉ, Y. (dir.), *Le principe de non-discrimination : l'analyse des discours*, *op. cit.*

¹⁵⁹¹ L'enjeu est moindre en droit de l'Union européenne et la perspective interniste de cette étude nous conduira à circonscrire la réflexion sans insister sur les distinctions entre principe d'égalité, de non-discrimination et d'égalité de traitement. Sur ce point, v. BROTTES, J., *Du principe de non-discrimination au principe d'égalité en droit communautaire*, thèse dactylographiée, Université Jean Moulin Lyon 3, 2007. V. aussi PORTA, J., « Discrimination, égalité et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination. 1^{ère} partie », *RDT*, 2011, p. 290 et s. et MCCRUDDEN, C. et PRECHAL S., *The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe : A practical approach*, Bruxelles, European Commission, 2009.

¹⁵⁹² En guise d'illustration, v. CHARRUAU, J., *La notion de non-discrimination en droit public français*, *op. cit.*, p. 45 : « pourquoi en effet toujours (ou souvent) vouloir ramener la non-discrimination au principe connu d'égalité ? Si le droit, dans les textes et la jurisprudence, évoque la non-discrimination, ou si au contraire son attitude laisse transparaître une certaine résistance à son égard, n'est-ce pas là le signe d'un sens propre et autonome de la notion qu'on souhaite mettre en avant ou au contraire empêcher de naître ? ». La première des deux interrogations pourrait, à tort, sembler ingénue. Au contraire, l'auteur relève explicitement et à de multiples reprises que cette association des notions procède d'un contexte normatif. Il souligne que les notions sont intrinsèquement liées en droit de l'Union européenne, en droit de la

du principe d'égalité semble toujours complexe¹⁵⁹³, parfois « ambiguë »¹⁵⁹⁴, « flottante », « incertaine »¹⁵⁹⁵, ou « assez énigmatique »¹⁵⁹⁶. Au point que l'indétermination de leurs modalités de coexistence débouche sur l'affirmation de leur difficile conciliation, voire de leur confrontation. La tension est parfois imputée aux origines de ces deux notions, perçues comme les produits de cultures juridiques dissonantes. Le fait d'être accoutumé à « une tradition durablement intériorisée de l'égalité comme valeur républicaine fondamentale »¹⁵⁹⁷ favoriserait la « perplexité »¹⁵⁹⁸ des magistrats français lorsqu'il s'agit, entreprise « malaisée »¹⁵⁹⁹, d'appréhender la non-discrimination, réduite à un *transplant* anglo-américain¹⁶⁰⁰. Celle-ci est parfois perçue comme un instrument juridique qui défie le principe d'égalité et contribue à sa dénaturation. La tension entre ces notions est encore – alternativement ou cumulativement – considérée comme le reflet du caractère passéiste de l'égalité qui contraste avec la modernité de la non-discrimination. Incapable de faire sa mue et de s'affranchir d'une acception formelle, le principe d'égalité freinerait le développement de la lutte

Convention EDH, au sein du Protocole n° 12, de la Charte des Nations Unies, du PIDCP, en droit de la Convention interaméricaine des droits de l'homme, dans de très nombreux ordres juridiques étrangers (v. not. p. 130-132 et p. 149). Les notions sont encore associées par le constituant, le législateur (p. 154), les juridictions nationales (p. 134-137), la doctrine, les pouvoirs publics (p. 136-140).

¹⁵⁹³ HENNETTE-VAUCHEZ, S., et ROMAN, D., *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2017, p. 713 : « on est volontiers perdu dans le champ du droit de l'égalité et de la non-discrimination, véritable maquis conceptuel dans lequel il est difficile de se repérer ».

¹⁵⁹⁴ MARTIN, D., *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, *op. cit.*, p. 515-520.

¹⁵⁹⁵ SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 78-83.

¹⁵⁹⁶ LEMAIRE, F., « La notion de non-discrimination en droit public français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *loc. cit.* : « La place et l'autorité de la notion de "non-discrimination" dans le droit français semblent, à la différence du droit communautaire et européen, assez énigmatiques. S'agit-il d'un corollaire du principe d'égalité ou d'un principe différent ? ». V. aussi, dans une entreprise de clarification, PORTA, J., « Discrimination, égalité et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination. 1^{ère} partie », *loc. cit.* : « Ces deux termes forment un couple énigmatique ».

¹⁵⁹⁷ LATRAVERSE, S., « Tradition française et politique européenne de lutte contre les discriminations », *Informations sociales*, n° 125, 2005/5, p. 95 : « La France possédant déjà une tradition durablement intériorisée de l'égalité comme valeur républicaine fondamentale, cet engouement soudain pour la question des discriminations laisse le citoyen perplexé. Ne s'agit-il pas d'une façon de donner un nouveau nom à des concepts qui existent déjà, à des initiatives qui ont toujours été menées ? La discrimination est un concept spécifique, distinct de celui d'inégalité ». V. encore LANQUETIN, M-T., « Égalité, diversité et... discrimination multiple », *Travail, genre et société*, n° 21, 2009/1, p. 93 : « le droit français est fortement imprégné par le principe d'égalité et ce principe n'est pas un principe de non-discrimination ».

¹⁵⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹⁹ CHARRUAU, J., *La notion de non-discrimination en droit public français*, *op. cit.*, p. 22 : « Le droit public français fonctionne traditionnellement à partir du principe d'égalité. La présence de ce principe rend l'analyse de la notion de non-discrimination particulièrement malaisée ».

¹⁶⁰⁰ HAVELKOVÁ, B. et MÖSCHEL, M., « Introduction : Anti-Discrimination Law's Fit into Civil Law Jurisdictions and the Factors Influencing it », *op. cit.*, p. 3 : « *for civil law jurisdictions the transplant, migration, or travel of anti-discrimination law from the United States via the United Kingdom and the European Union to continental Europe has constituted a legal irritant which did or does not align with the legal architecture and culture of those systems. According to this hypothesis, EU law brought a foreign body of law into civil law jurisdictions that were either not willing, not prepared, or not capable of dealing with it* ». V. aussi MULDER, J., « Cultural Narratives and the Application of Non-Discrimination Law », *op. cit.*, p. 31. Cette difficile appréhension de la non-discrimination en raison de l'implantation préexistante d'un principe d'égalité solidement établi et prédominant n'est toutefois pas spécifique à la France et se retrouve, par exemple, en République tchèque. V. ici HAVELKOVÁ, B., « The Pre-Eminence of the General principle of Equality over Specific Prohibition of Discrimination on Suspect Grounds in Czechia », *op. cit.*, p. 76-93, not. p. 77.

contre les discriminations¹⁶⁰¹. Pour certains, c'est précisément « là [qu']entrent en confrontation égalité et non-discrimination »¹⁶⁰². En droit positif, il a pu être avancé que le principe d'égalité devrait en conséquence faire place à un nouveau principe concurrentiel de non-discrimination, différentialiste, à valeur constitutionnelle¹⁶⁰³. Dans les mains des juges, le principe d'égalité devrait – pour d'autres – être mobilisé avec mesure, dans une acception exclusivement restreinte, uniformisante, compensée le cas échéant par la mobilisation concurrente de la non-discrimination¹⁶⁰⁴.

434. De telles lectures peuvent sembler surprenantes car, en réalité, chacune des notions (*i.e.* égalité et non-discrimination) est précisément caractérisée par un tiraillement interne, oscillant entre une conception originaire uniformisante¹⁶⁰⁵ et une conception différentialiste plus récente¹⁶⁰⁶. Toujours est-il que ces divergences, perçues, ont abouti à des tentatives doctrinales de dissociation des notions dans une perspective conflictuelle ou concurrentielle. En ce qu'elles contribuent à

¹⁶⁰¹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, V., « Le droit de la lutte contre les discriminations face aux cadres conceptuels de l'ordre juridique français », *RevDH*, n° 9, 2016 : la « lecture universaliste du principe juridique d'égalité en faveur d'une conception formelle contre laquelle achoppent les mesures ciblées de certains mécanismes de la lutte contre les discriminations ». V. encore CLUZEL-MÉTAYER, L. et MERCAT-BRUNS, M., *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, *op. cit.*, 2011, p. 13-27. Les auteures conçoivent la « lecture universaliste du principe d'égalité » comme un facteur « de résistance à l'incorporation du droit des discriminations » (p. 13).

¹⁶⁰² CHARRUAU, J., *La notion de non-discrimination en droit public français*, *op. cit.*, p. 28. En amont, v. LEMAIRE, F., « La notion de non-discrimination en droit public français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *loc. cit.*

¹⁶⁰³ V. *idem*, p. 24 : « La doctrine ressentirait ainsi que l'égalité ne parvient plus totalement à répondre aux problématiques actuelles : on l'adjectivise, on en multiplie les acceptions, on la scinde, etc. ». L'auteur envisage en conséquence dans sa thèse de doctorat l'hypothèse d'une constitutionnalisation de la non-discrimination, notamment aux fins de promotion des différenciations.

¹⁶⁰⁴ SEILLER, B., « Contribution à la résolution de quelques paradoxes de la formulation prétorienne du principe d'égalité », in *Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007, not. p. 999-1000. Bertrand Seiller considère en effet que le principe d'égalité, en droit public français, se résume à imposer un traitement identique de situations semblables (première configuration). Le traitement différent de situations objectivement différentes (deuxième configuration) relève, selon lui, de l'aménagement du principe, et n'en constitue pas une « modalité de mise en œuvre » – contrairement à la formulation retenue par le Conseil d'État (CE, 5/4 SSR, 9 février 2005, *Syndicat national unitaire et indépendant des officiers de police*, n° 229547, Lebon). Quant à la « dérogation » à l'égalité pour des motifs d'intérêt général (troisième configuration), il estime qu'elle rejoint globalement la seconde configuration et ne s'en démarque légèrement que dans la mesure où c'est à travers le prisme de l'intérêt général que la différence de situation est cette fois appréciée, afin de considérer une différence de traitement (v. not. p. 994-997). L'auteur affirme ainsi : « Ce que consacre actuellement la jurisprudence est une conception doublement contestable du principe d'égalité. [...] Plutôt que d'admettre que des personnes placées dans des situations identiques peuvent être soumises, par dérogation au principe d'égalité, à des régimes distincts, il semble préférable d'élargir le motif tiré des différences de situation pour permettre de tenir compte tant de différences objectives que de différences révélées par des préoccupations d'intérêt général. Le principe d'égalité retrouverait ainsi la cohérence et la portée dont il doit jouir au sein de chaque catégorie. *S'il prétend en outre étendre son contrôle au rapport entre la différence de traitement et la différence de situation, le juge doit se référer au principe de non-discrimination et non au principe d'égalité, impuissant dans ce cas* » (p. 1000 – nous soulignons). Dans les mains des juges, le principe de non-discrimination complète ainsi, pour l'auteur, le principe d'égalité, en ce qu'il permet de contrôler la proportionnalité des traitements différenciés qui aménagent un principe d'égalité restrictivement défini. Nous récuserons cette conception, préférant acter la pluralisation des exigences d'égalité plutôt que de chercher à « résoudre » ce qui, du fait d'une conception étroite de l'égalité, s'apparente à de « nombreuses incohérences » (p. 982).

¹⁶⁰⁵ V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, I, not. A.

¹⁶⁰⁶ V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, II.

façonner par un certain récit¹⁶⁰⁷ la substance du principe d'égalité, ces différentes interprétations doctrinales (*i.e.* non authentiques)¹⁶⁰⁸, qui présentent ledit principe et la non-discrimination sous l'angle de la confrontation, compromettent la cohérence du cadre normatif¹⁶⁰⁹.

435. Une démarche consistant à envisager les modalités de coexistence de ces deux objets juridiques mal organisés peut, de prime abord, sembler fastidieuse tant les considérations doctrinales sur l'égalité occupent d'ores et déjà l'espace de réflexion. Mais ces considérations n'abordent qu'à la marge les relations entre égalité et non-discrimination, se concentrant fréquemment sur la polysémie de la première notion¹⁶¹⁰. Si, en prolongement et de manière complémentaire, il importe « d'instruire [la] complémentarité » de la non-discrimination avec le principe d'égalité « dans [un] souci de cohésion »¹⁶¹¹, il nous semble préférable pour ce faire de distinguer selon que la non-discrimination se présente sous la forme d'un corpus transverse du droit (*i.e.* le droit de la non-discrimination), d'une qualification juridique (*i.e.* la discrimination, directe ou indirecte) ou d'un principe (*i.e.* le principe de non-discrimination)¹⁶¹². Dans la première configuration, la compréhension du droit de la non-discrimination comme complément juridique technique du principe d'égalité permet une coexistence pacifique des deux instruments envisagés (Section 1). Dans la deuxième configuration, il est possible de constater qu'aux exigences évolutives

¹⁶⁰⁷ Là encore, v. HENNETTE-VAUCHEZ, S. et FONDIMARE, E., « Incompatibility between the 'French Republican Model' and Anti-Discrimination Law? Deconstructing a Familiar Trope of Narratives of French Law », *op. cit.*, p.56-75. V. aussi CHAPPE, V.-A., *L'égalité en procès : sociologie politique du recours au droit contre les discriminations au travail*, *op. cit.*, p. 37-39 au sujet d'une « spécificité [idéologique] française comme facteur d'explication d'un déploiement contraint de la lutte contre les discriminations » (p. 38-39).

¹⁶⁰⁸ *Nota bene* : le choix de s'attarder sur les interprétations doctrinales du principe d'égalité et du droit de la non-discrimination plutôt que de procéder à une restitution des significations normatives conférées par les juridictions peut surprendre. Il se justifie par l'absence de cohérence, et donc d'éclaircissement, qui ressortirait de cette seconde démarche. En ce sens, v. EDEL, F., « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination », *op. cit.*, p. 121 : « sur cette seule base des formules jurisprudentielles, la définition du principe d'égalité demeure difficilement compréhensible. C'est alors qu'il faut se tourner vers la doctrine et tenter de rendre compte du travail de clarification qu'elle propose ». De manière certes moins actuelle, v. JOUANJAN, O., « Réflexions sur le principe d'égalité devant la loi », *Droits*, n° 16, 1992, p. 139 : « Cette réflexion par du constat que la pratique jurisprudentielle roule pour ainsi dire sans fondement théorique solide ».

¹⁶⁰⁹ V. ici MULDER, J., « Cultural Narratives and the Application of Non-Discrimination Law », *op. cit.*, p. 55 : « To reveal some of these national factors [that limit or broaden the effectiveness of the EU non-discrimination law within the Member States], this chapter focused on national cultural narratives or cultural myths that seem relevant within each jurisdiction and considered how they are reflected within the legal development of the national non-discrimination law framework and the national courts' reasoning. As such, they can serve as an explanation for the relative effectiveness or ineffectiveness of EU non-discrimination law ».

¹⁶¹⁰ Sur ce point, v. l'excellent article de Frédéric Edel, EDEL, F., « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination », *op. cit.*

¹⁶¹¹ LEMAIRE, F., « La notion de non-discrimination en droit public français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *loc. cit.*

¹⁶¹² CALVÈS, G., « Non-discrimination et égalité : de la fusion à la séparation ? », in FINES, F., GAUTHIER, C. et GAUTIER, M. (dir.), *La non-discrimination entre les européens*, *op. cit.*, p. 7 : la question de la conciliation des notions « se pose sans doute de manière différente selon que l'on appréhende l'égalité et la non-discrimination comme des principes qui structurent un ordre juridique, ou comme des techniques de contrôle juridictionnel, simples maximes de logique formelle ».

de l'égalité¹⁶¹³ correspondent les grandes mutations de la qualification juridique de discrimination, attestant ainsi d'un destin lié de tout temps des deux notions (Section 2).

436. Ce double constat de complémentarité des instruments juridiques et d'imbrication des notions permet de renforcer l'idée selon laquelle « la non-discrimination ne peut en effet se comprendre qu'en lien étroit avec les programmes dont elle concrétise les finalités »¹⁶¹⁴, à savoir les exigences d'égalité. Les appels à une mise à distance des notions d'égalité et de non-discrimination, alléguant une relation conflictuelle ou concurrentielle, sont dès lors réduits à une question de « principes » ou de « concepts ». Lorsque l'analyse s'attache à cette troisième configuration, les fondements des argumentaires susmentionnés méritent toutefois, selon nous, d'être requalifiés et circonscrits. Si certaines critiques doctrinales soulèvent des questions fondamentales, notamment eu égard au rôle des juridictions, aucun argument ne permet de fonder une opposition substantielle sérieuse de nature à justifier un cloisonnement entre égalité et non-discrimination. En dépit des considérations doctrinales qui affirment ou suggèrent une relation conflictuelle entre le principe constitutionnel d'égalité et la non-discrimination, il est possible, à l'inverse, de développer d'autres considérations doctrinales pour affirmer la pleine cohérence normative de ces deux entités. L'opposition se pare ainsi des traits du mythe et son emprise au creux de la culture judiciaire, qui freine l'application du droit de la non-discrimination, pourrait être amenée à s'estomper, facilitant l'appropriation de ce dernier par les magistrats (Section 3).

Section 1 : Le droit de la non-discrimination, complément technique du principe d'égalité

Section 2 : La qualification de discrimination, prolongement des exigences d'égalité

Section 3 : Le concept de non-discrimination, support théorique au cloisonnement des notions

¹⁶¹³ Nous retiendrons à cet égard que le principe d'égalité peut être entendu comme un impératif de justification des traitements personnels susceptibles de se manifester par diverses exigences, dont l'apparition progressive atteste du caractère évolutif du principe. Ainsi, outre l'exigence de traitement identique de situations semblables, nous concevrons – avec d'autres auteurs et le Conseil d'État – que le traitement différent de situations différentes ainsi que la dérogation à l'isonomie (v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, II et Section 3, II) au nom de l'intérêt général constituent d'authentiques « modalités de mise en œuvre du principe d'égalité » (CE, 5/4 SSR, 9 février 2005, *Syndicat national unitaire et indépendant des officiers de police*, n° 229547, Lebon).

¹⁶¹⁴ BIOY, X., « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », *op. cit.*, p. 71.

SECTION 1 : LE DROIT DE LA NON-DISCRIMINATION, COMPLÉMENT TECHNIQUE DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ

437. Afin de tracer les voies d'une cohérence normative par la conciliation du principe d'égalité et du droit de la non-discrimination, les interprétations doctrinales formulées par Peter Westen, Olivier Jouanjan et Frédéric Edet sont d'une particulière utilité. Elles permettent une approche unitaire du principe d'égalité et fournissent les cadres théoriques propices pour penser la complémentarité des objets. Cette complémentarité peut tout d'abord être pensée d'un point de vue procédural. Le principe d'égalité est sous cet angle assimilé à une proclamation politique, une maxime dont la juridicisation exige qu'elle s'adosse à un contrôle opérationnel dans le cadre contentieux, qu'a précisément pour but d'organiser le droit de la non-discrimination (I). Cette complémentarité s'apprécie ensuite d'un point de vue substantiel. L'essence du principe d'égalité qui, pour les auteurs susmentionnés, est un impératif de justification, se voit sous cet aspect précisée matériellement par le droit de la non-discrimination qui soutient l'office du juge en exprimant un cadre de justifications, à la fois plus dense et plus précis (II). De telle sorte que si « un principe a besoin d'être concrétisé, précisé, par d'autres normes juridiques (sous-principes, règles et, *in fine*, des normes individuelles), afin de pouvoir être appliqué à des cas d'espèce »¹⁶¹⁵, c'est bien cette concrétisation du principe d'égalité par le droit de la non-discrimination qu'il est possible de retenir comme point saillant de leur relation.

I. La proclamation de l'égalité juridicisée par l'organisation d'un contrôle contentieux opérationnel

438. La doctrine a régulièrement eu tendance à concevoir le droit de la non-discrimination comme un moyen de réalisation du principe d'égalité, sans toujours exprimer les fondements précis de cette conception. Ceux-là méritent pourtant d'être détaillés. Une telle articulation des instruments juridiques semble, d'une part, indiquer que l'égalité a besoin d'un intermédiaire pour être réalisée. Sa présentation en tant que « principe vide » conduit dans un premier temps à admettre cette nécessité (A). Elle laisse entendre, d'autre part, que le droit de la non-discrimination est à même de remplir cette fonction. Sa présentation comme ensemble de dispositions concourant à organiser un contrôle opérationnel et prioritaire de certaines inégalités apparentes de traitement dans le cadre

¹⁶¹⁵ HEUSCHLING, L., « Effectivité, efficacité, efficience et qualité », *op. cit.*, p. 44.

contentieux amène, dans un second temps, à penser qu'il constitue bien l'un des moyens d'accomplissement d'une telle tâche (B).

A. L'égalité comme principe vide

439. Dans un célèbre article publié en 1982 au sein de la *Harvard Law Review*, Peter Westen s'inscrivait en faux face aux nombreux auteurs concevant l'égalité comme une idée plurielle, notamment selon qu'elle était envisagée en fonction des mérites, des besoins, du travail ou des souhaits¹⁶¹⁶. Une telle scission théorique reposait, selon lui, sur une erreur consistant à pluraliser l'idée d'égalité en fonction des critères choisis afin de déterminer le point de vue à partir duquel elle est appréciée. En continuité de la pensée aristotélicienne¹⁶¹⁷, il résumait l'idée unifiée de l'égalité à une proposition formelle principale selon laquelle les personnes placées dans des situations semblables doivent être traitées de manière similaire (« *likes should be treated alike* »)¹⁶¹⁸, doublée d'une proposition corollaire – non consensuelle¹⁶¹⁹ – selon laquelle les personnes placées dans des situations distinctes doivent être traitées de manières différentes (« *unlikes should be treated unlike* »)¹⁶²⁰.

440. Une fois admis ce principe formel, force est de reconnaître que toute assertion fondée sur l'égalité comme argument repose sur une immense subjectivité. Il est en effet indispensable de faire intervenir divers critères afin de déterminer le point de vue particulier à partir duquel seront comparées les situations et appréciés lesdits traitements. Selon les termes de Peter Westen : « *Just as no categories of "like" people exist in nature, neither do categories of "like" treatment exist; treatments can be alike only in reference to some moral rule. Thus, to say that people who are morally alike in a certain respect "should be treated alike" means that they should be treated in accord with the moral rule by which they are determined to be alike* »¹⁶²¹. Partant, en l'absence de détermination des critères pertinents aux fins de jugement, l'auteur constate la circularité de l'idée d'égalité : « *Equality is entirely circular. It tells us to treat like people*

¹⁶¹⁶ WESTEN, P., « The Empty Idea of Equality », *op. cit.*, p. 539-540, note 8 : « *It is sometimes said that, instead of one basic idea of equality, there are really numerous distinct ideas of equality. See, e.g., P. Polyvion, The Equal Protection of the Laws, 1-5, 7-24 (1980) (three basic kinds of equality); D. Rae, Equalities 133 (1981) (at least 108 kinds of equality); A. Ross, On Law and Justice 270-72 (1959) (five kinds of equality); Mortimore, An Ideal of Equality, 77 Mind 222, 225-26 (1968) (seven kinds of equality); cf. W. Frankena, Some Beliefs about Justice, in Perspectives on Morality 93, 96-97 (1976) (five kinds of distributive justice); C. Perelman, The Idea of Justice and the Problem of Argument 6-7 (J. Petrie trans. 1963) (six kinds of distributive justice); N. Rescher, Distributive Justice 73 (1966) (seven kinds of distributive justice) ».*

¹⁶¹⁷ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Paris, Vrin, 2007, Livre V.

¹⁶¹⁸ WESTEN, P., « The Empty Idea of Equality », *op. cit.*, p. 539-540.

¹⁶¹⁹ V. *idem*, p. 540, note 9 : « *Although the proposition that "likes should be treated alike" is sometimes said to have nothing to do with the proposition that "unlikes should be treated unlike," see A. Flem, supra note I, at 36; Honori Social Justice, 8 MCGILL L.J. 77, 83 (1962), it can be shown that one logically entails the other* ».

¹⁶²⁰ *Idem*, p. 539-540.

¹⁶²¹ *Idem*, p. 546-547. Il poursuit : « *Hence "likes should be treated alike" means that people for whom a certain treatment is prescribed by a standard should all be given the treatment prescribed by the standard* ».

*alike; but when we ask who "like people" are, we are told they are "people who should be treated alike" »¹⁶²². Du fait de cette circularité¹⁶²³, il conclut à la vacuité de l'idée d'égalité : « *Equality is an empty vessel with no substantive moral content of its own. Without moral standards, equality remains meaningless, a formula that can have nothing to say about how we should act* »¹⁶²⁴. Cette vacuité conduit les juristes à envisager de manière récurrente le principe d'égalité comme un « principe vide ». Utile à la rhétorique argumentative, l'égalité permet de fonder des assertions, morales ou juridiques¹⁶²⁵, qui tirent leur substance d'éléments exogènes¹⁶²⁶, étrangers aux propositions formelles identifiées ci-dessus. Il s'agit d'une « maxime de logique formelle »¹⁶²⁷ dépourvue de contenu substantiel propre¹⁶²⁸. Une telle conception permet notamment de comprendre la grande malléabilité du principe¹⁶²⁹, ainsi que son caractère évolutif et sa longévité¹⁶³⁰.*

441. Cette position doctrinale retentit largement de ce côté de l'Atlantique et l'argumentaire est régulièrement repris en France. Il se retrouve dans les écrits d'Olivier Jouanjan pour qui « il est assez clair que le principe d'égalité par lui-même ne prescrit pas de contenu positif précis », en conséquence de quoi, « nul ne peut avoir de certitude objective, incontestable de ce qu'exige l'égalité dans tel ou tel cas »¹⁶³¹. Il poursuit en soulignant que « le principe d'égalité ne contient donc pas *en lui-même* la détermination de ce qui doit être considéré comme étant "*essentiellement*" égal, c'est-à-dire

¹⁶²² *Idem*, p. 547.

¹⁶²³ Pour une application de la circularité de l'égalité à la proposition corollaire selon laquelle « les personnes placées dans des situations distinctes doivent être traitées de manières différentes », v. GREENAWALT, K., « How Empty is the Idea of Equality? », *Columbia Law Review*, vol. 83, n° 5, 1983, p. 1174 : « *If unequals are persons who, after all considerations are taken into account, should get unequal treatment, then, of course, the very formulation does logically preclude any chance of justified equal treatment* ».

¹⁶²⁴ WESTEN, P., « The Empty Idea of Equality », *op. cit.*, p. 547.

¹⁶²⁵ CALVÈS, G., « Égalité (Principe d') », in CHAGNOLLAUD, D. et DRAGO, G. (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 378 : « les choix qui dotent cette "formule vide" d'un contenu déterminé sont intrinsèquement politiques ».

¹⁶²⁶ CALVÈS, G., « L'égalité. Entretien avec Gwénaële Calvès. Propos recueillis par Frédéric Dupin », *Le Philosophoire*, n° 37, 2012/1, p. 16.

¹⁶²⁷ CALVÈS, G., « Égalité (Principe d') », *op. cit.*, p. 377 et CALVÈS, G., « Le principe de non-discrimination : un principe vide », *op. cit.*, p. 49. Dans le même sens, JOUANJAN, O., « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *op. cit.*, p. 138.

¹⁶²⁸ WESTEN, P., « The Empty Idea of Equality », *op. cit.*, p. 577-578. Pour une nuance de la conclusion à laquelle aboutit Peter Westen, à savoir l'inutilité de l'égalité, v. not. CHERMERINSKY, E., « In Defense of Equality: A Reply to Professor Westen », *Michigan Law Review*, vol. 81, n° 3, 1983, p. 575-599 et, moindrement, immédiatement à la suite, D'AMATO, A., « Is Equality A Totally Empty Idea? », *Michigan Law Review*, vol. 81, 1983, p. 600-603.

¹⁶²⁹ Cette malléabilité de l'égalité transparait des considérations de la Cour suprême du Canada. Au cœur de ce qui constitue encore aujourd'hui l'argumentation de référence, le juge McIntyre écrivait pour la Cour, dans une formule empreinte d'humilité et d'honnêteté, que l'égalité est un « concept difficile à saisir qui, plus que tous les autres droits et libertés garantis dans la Charte, ne comporte pas de définition précise » (*Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 RCS 143, v. le développement sous le § intitulé « Le concept d'égalité »). Dix ans plus tard, l'article 15(1) constituait toujours pour le juge Iacobucci la « disposition de la Charte la plus difficile à comprendre au niveau conceptuel » (*Law c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 RCS 497, par. 2). V. aussi MCLACHLIN, B., « Equality: The Most Difficult Right », *Supreme Court Law Review*, vol. 14, n° 2, 2001, p. 17-26.

¹⁶³⁰ WESTEN, P., « The Empty Idea of Equality », *op. cit.*, p. 537 : « *the endurance of the principle is due to the fact that it is empty of content* ». V. sur l'évolution des exigences d'égalité Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

¹⁶³¹ JOUANJAN, O., « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *loc. cit.* L'auteur concède que « cette remarque vaut sans doute, de manière générale, pour toute application des droits fondamentaux, dans la mesure au moins ou les textes constitutionnels les formulent de manière lapidaire et vague » – avant de réaffirmer que la remarque « vaut particulièrement s'agissant du principe d'égalité ».

le principe ou la valeur, les *raisons substantielles* d'après lesquels il convient d'assimiler ou, au contraire, de discriminer deux situations données pour conclure à la nécessité d'une égalité de traitement ou, au contraire, à la possibilité d'une inégalité de traitement »¹⁶³². D'autres auteurs français se rapprochent plus ou moins explicitement de cette position. Édouard Dubout évoque un « concept tautologique », une « coquille vide », un « principe polymorphe » qui « s'apprécie au regard de critères de justice, par nature fluctuants et subjectifs »¹⁶³³. Reprenant la formule de Chaïm Perelman pour dépeindre l'égalité comme une « notion à contenu variable », Ferdinand Mélin-Soucramanien se réfère, quant à lui, à « une norme relative et contingente », à un « principe "à tout faire" »¹⁶³⁴.

442. Quelques auteurs ont poussé la critique plus avant, allant jusqu'à considérer que le principe d'égalité serait dépourvu de juridicité, qu'il ne serait pas normatif¹⁶³⁵. Privée de toute autonomie juridique, l'égalité serait un objectif politique tout au plus, une promesse vouée à satisfaire cette « passion ardente, insatiable, éternelle et invincible » qu'évoquait Alexis de Tocqueville¹⁶³⁶. Qu'il soit qualifié de simple objectif politique ou reconnu comme principe juridique à la substance vide, le principe d'égalité nécessite, quoi qu'il en soit, de s'attacher à une appréciation humaine et à des valeurs spécifiques¹⁶³⁷ pour pénétrer les situations empiriques et éventuellement être l'objet de discours. Ce discours peut être celui du législateur lorsqu'il procède *in abstracto* à des opérations de catégorisation en vue de l'adoption de dispositions législatives. Il peut également être celui du juge, qui procède à une appréciation *in concreto* afin de trancher les cas d'espèce qui lui sont soumis. La mise en œuvre du principe d'égalité demeure, dans tous les cas, fonction d'une opération intellectuelle nécessaire à la spécification de ses implications¹⁶³⁸.

¹⁶³² *Ibidem*. En italiques dans le texte.

¹⁶³³ DUBOUT, É., *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 7-8.

¹⁶³⁴ MÉLIN-SOUCRAMANIEN, F., « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *loc. cit.* Le dynamisme du principe et les divergences d'interprétation auxquelles il donne lieu conduisent encore à affirmer que « l'égalité divise tout autant qu'elle trouble : insaisissable et fuyante, elle se révèle capricieuse, voire franchement caractérielle ; elle captive alors par sa versatilité » (BRILLAT, M., *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, *op. cit.* p. 7). V. aussi LOCHAK, D., « Réflexions sur la notion de discrimination », *op. cit.*, p. 783 : « rien n'est plus vague que le principe d'égalité, rien n'est plus difficile à cerner que la violation de ce principe, dès lors qu'on renonce à assimiler l'égalité et l'uniformité ». ¹⁶³⁵ Frédéric Edel qualifie cette position de « modèle anomique » (à mettre en relation avec les modèles envisagés *infra*) qu'il associe aux écrits de Hauriou ou encore de Hélène Pauliat. V. EDEL, F., « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination », *op. cit.*, p. 135-136 : « Cette position correspond à une tradition ancienne qui remonte en France au début du XXe siècle chez Hauriou principalement, comme cela a déjà été relevé auparavant. [...] on le trouve clairement exprimé chez au moins un des auteurs étudiés (Pauliat) et on en aperçoit des traces chez d'autres auteurs (Belloubet-Frier, Calvès, Koubi, Hernu) ».

¹⁶³⁶ DE TOCQUEVILLE, A., *De la démocratie en Amérique*, Paris, Flammarion, t. 2, 1981, p. 122.

¹⁶³⁷ CALVÈS, G., « Égalité (Principe d') », *op. cit.*, p. 378 : « Le juge de l'égalité, appelé à contrôler le bien-fondé du critère retenu pour instituer des catégories soumises à un traitement différencié, s'avance donc sur un terrain miné par les jugements de valeur ».

¹⁶³⁸ BELLOUBET-FRIER, N., « Le principe d'égalité », *AJDA*, 1998, p. 152 et s. : « le principe d'égalité a été proclamé et écrit pour recevoir une spécification et une application concrète dans ses diverses ramifications. [...] C'est un principe-

B. Le droit de la non-discrimination comme fondement d'un contrôle prioritaire de certaines inégalités apparentes de traitement

443. Le droit de la non-discrimination contribue à bâtir des voies et structures propres à permettre l'opération intellectuelle susmentionnée. Par la consécration d'un droit subjectif opposable (*i.e.* le droit à la non-discrimination), il permet tout d'abord de soumettre de potentielles inégalités de traitement à l'appréciation du juge¹⁶³⁹. Il organise ensuite l'appareillage technique d'un contrôle dans le cadre contentieux (*e.g.* définition des qualifications juridiques, modes de saisine individuelle ou collective, tierces interventions, charge de la preuve, modes de preuve, mesures d'instruction, protection contre les représailles)¹⁶⁴⁰. Pour ces raisons, il est possible d'assimiler le droit de la non-discrimination à un complément juridique technique de l'égalité¹⁶⁴¹. Il s'agit d'une voie de contrôle de certaines inégalités apparentes de traitement.

444. Il reste toutefois possible à ce stade de s'interroger sur la réelle plus-value de la non-discrimination. Pourquoi ne pas simplement fonder les contestations de toutes les ruptures d'égalité sur le principe constitutionnel et ainsi éviter « de jeter le trouble dans le système des voies de droit ouvertes aux justiciables »¹⁶⁴² ? Quand bien même serait-il indéterminé, il pourrait servir de fondement juridique aux recours, laissant ensuite au juge la charge de préciser ses implications concrètes, en fonction des cas d'espèce. C'est alors qu'apparaît l'importance de considérer l'aspect opérationnel du contrôle. Sa viabilité semble extrêmement délicate – voire compromise – en cas de fondement sur l'égalité principielle tant le champ des situations empiriques à appréhender est vaste. C'est ce champ qu'il conviendrait de restreindre en ciblant certaines situations particulières devant faire l'objet d'un contrôle prioritaire. La difficulté réside ici dans la détermination des critères objectifs permettant de circonscrire *in abstracto* ce périmètre et d'identifier en amont les situations empiriques ayant le plus de probabilité d'entrer en confrontation avec les propositions formelles du principe d'égalité. Ce rôle de filtre constitue précisément l'utilité première du droit de la non-discrimination.

gigogne [...] devant nécessairement être concrétisé ». Il semble alors excessif d'affirmer que le principe d'égalité constitue « une règle de droit positif parfaitement opératoire » (MÉLIN-SOUCRAMANIEN, F., « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *loc. cit.*).

¹⁶³⁹ En ce sens, v. PORTA, J., « Discrimination, égalité et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination. 1^{ère} partie », *loc. cit.* : « De ces usages de l'égalité est né un droit de la non-discrimination qui soumet le pouvoir de distinguer au contrôle du juge ».

¹⁶⁴⁰ Sur l'ensemble de ces points techniques, v. les développements conduits au sein de la Partie 2, not. sur les exemples évoqués : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1 ; Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2 ; Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

¹⁶⁴¹ En ce sens, BRILLAT, M., *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, *op. cit.* p. 8 : « l'égalité risque de n'être qu'une "proclamation vide" qui ne peut être appliquée telle quelle : ce serait la codification du principe de non-discrimination qui aurait permis de la préciser et de la rendre juridiquement opérationnelle ».

¹⁶⁴² CALVÈS, G., « Non-discrimination et égalité : de la fusion à la séparation ? », *op. cit.*, p. 7.

445. Le premier procédé mobilisé par le législateur afin d'identifier les situations susceptibles d'être déferées en priorité aux magistrats consiste à consigner la défaveur du traitement dans la qualification de discrimination. Ne sont pas visés tous les traitements estimés mal fondés dès lors que le requérant considère, toujours subjectivement, qu'un traitement identique répond à des situations différentes ou, en alternative, que des traitements différents répondent à des situations semblables. Seuls sont concernés les traitements défavorables. Cette précision aboutit fatalement à diviser le nombre de requérants potentiels, limité à ceux qui sont en mesure de caractériser un réel préjudice¹⁶⁴³. Soulignons sur ce point que l'élargissement progressif de la notion de traitement défavorable en droit de la non-discrimination, incluant désormais les traitements défavorables produisant un effet préjudiciable de manière masquée (*e.g.* discrimination indirecte) ou collatérale (*e.g.* par association), véhicule une extension du contrôle dans une perspective de réalisation plus poussée de l'égalité.

446. De manière plus nette, le législateur mobilise un second procédé afin de cibler les traitements défavorables à déferer en priorité aux juridictions. Il s'agit de la prédétermination de certains motifs de discrimination dont la prise en compte est, en soi, considérée comme suspecte. À cette fin, sont identifiées certaines caractéristiques, notamment celles considérées comme « innées, indélébiles, sur lesquelles [les individus] n'ont aucune prise (origine, sexe, couleur...) »¹⁶⁴⁴, celles « contre quoi, en tant qu'être vivant, [la personne] ne peut rien »¹⁶⁴⁵. Il s'agit ensuite des caractéristiques « par lesquelles [les individus] expriment l'usage qu'ils entendent faire de leur liberté (convictions politiques, croyances religieuses, mœurs) »¹⁶⁴⁶, « ce qui, en tant qu'[êtres agissants et pensants], appartient à [leur] liberté la plus irréductible »¹⁶⁴⁷. Aux fins de résorption des inégalités illégitimes, le droit de la non-discrimination érige en somme une technique prioritaire de contrôle qui saisit les traitements défavorables appréciés au regard de caractéristiques suspectes, car celles-ci fondent généralement les traitements les moins à même d'être moralement justifiés au regard de la maxime formelle identifiée ci-dessus¹⁶⁴⁸.

¹⁶⁴³ Contrairement aux exigences de l'article 35 de la Convention EDH, devant les juridictions nationales, l'« importance » du préjudice n'est pas érigée en condition de recevabilité du recours.

¹⁶⁴⁴ CALVÈS, G., « Le principe de non-discrimination : un principe vide », *op. cit.*, p. 53. V. encore du CALVÈS, G., « Discrimination », *op. cit.*, p. 283 et « Discriminations et inégalités socio-économiques », *op. cit.*, p. 333 et 335.

¹⁶⁴⁵ COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2008*, *op. cit.*, p. 84.

¹⁶⁴⁶ CALVÈS, G., « Le principe de non-discrimination : un principe vide », *op. cit.*, p. 53, « Discrimination », *op. cit.*, p. 83 et « Discriminations et inégalités socio-économiques », *op. cit.* p. 333 et 335.

¹⁶⁴⁷ COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2008*, *op. cit.*, p. 84.

¹⁶⁴⁸ Sur la dimension morale de la réprobation, v. CALVÈS, G., « Le principe de non-discrimination : un principe vide », *op. cit.*, p. 53 : « c'est pour manifester que certains critères de distinction des hommes sont plus odieux que d'autres ». Dans d'autres textes, l'auteur avance que le principe de non-discrimination exprime « une exigence morale » (CALVÈS, G., « Discrimination », *op. cit.*, p. 281 et « Discriminations et inégalités socio-économiques », *op. cit.*, p.329). V. encore LOCHAK, D., « Réflexions sur la notion de discrimination », *op. cit.*, p. 779 qui évoque des distinctions « frappées d'une illégitimité de principe en fonction d'un jugement de valeur, d'un *a priori* d'ordre éthique ».

447. Ainsi resserré, le contrôle de réalisation de l'égalité par la non-discrimination gagne en efficacité. C'est en partie ce dont Rémy Hernu semble convenir lorsqu'il affirme que « le droit de ne pas être discriminé dispose d'une efficacité plus grande que le principe général et abstrait d'égalité pour reconnaître et sanctionner des inégalités. Il revêt, en pratique, un caractère plus immédiatement opératoire »¹⁶⁴⁹. Une fois le traitement saisi par le contrôle, reste encore à déterminer *in concreto* sa légitimité ou son illégitimité par l'appréciation du caractère convaincant ou insuffisant de sa potentielle justification. Le droit de la non-discrimination possède, là encore, une plus-value. Au-delà de son aspect procédural opérationnel, il confère une substance au principe d'égalité par la détermination d'un cadre de justifications.

II. Le sens de l'égalité précisé par le développement du droit de la non-discrimination

448. Pour saisir cette complémentarité non plus procédurale mais substantielle, un détour – même bref – par les interprétations unitaires¹⁶⁵⁰ du principe d'égalité s'avère instructif. Celles-ci rejettent les représentations scindées de l'égalité et dégagent une idée substantielle de la maxime formelle ci-dessus envisagée, en l'occurrence l'exigence de justification des traitements entre individus (A). La difficulté demeure néanmoins d'identifier précisément le point de vue particulier et les critères à partir desquels seront appréciées les justifications. Le principe d'égalité ne fournit en la matière aucune indication. Le droit de la non-discrimination permet, lui, de fixer un cadre de justifications qui guide le juge dans son entreprise de réalisation de l'égalité (B).

A. L'égalité comme impératif de justification des traitements personnels

449. La théorisation de l'égalité par Olivier Jouanjan reprend la proposition formelle principale de l'idée d'égalité (« à situations semblables, traitement identique »¹⁶⁵¹) tout en mâtinant la proposition corollaire (« dans le cas d'une différence de traitements, l'égalité de traitement n'est pas violée, si

¹⁶⁴⁹ HERNU, R., « Égalité et non-discrimination », in ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., GAUDIN, H., MARGUÉNAUD, J-P., RIALS, F. et SUDRE, F. (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008, p. 283. Plus récemment, v. HERNU, R., « Le principe d'égalité et le principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la CJUE », *Titre VII*, n° 4, 2020 : « L'égalité et la non-discrimination se supposent mais fonctionnent, à certains égards, de manière autonome. L'égalité constitue un principe structurel pour le système juridique de l'Union, au même titre que les principes de primauté et d'effet direct, alors que le principe de non-discrimination concrétise un droit subjectif dont la mise en œuvre offre des instruments effectifs de lutte contre certaines formes d'inégalité de traitement » ; la non-discrimination « apparaît comme une formulation négative, mais limitée et opératoire, de l'égalité ». V. aussi KOMBILA-IBOUANGA, H., *L'interaction des principes de proportionnalité et de non-discrimination dans le système juridique de l'Union européenne*, thèse dactylographiée, Université Paris Est Créteil, 2013, p. 205-211.

¹⁶⁵⁰ V. EDEL, F., « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *op. cit.*, p. 216.

¹⁶⁵¹ JOUANJAN, O., « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *loc. cit.* et « Égalité », *op. cit.*, p. 586.

cette différence est justifiée par la dissimilitude des situations »¹⁶⁵²) afin qu'elle corresponde davantage aux positions jurisprudentielles cardinales du Conseil d'État¹⁶⁵³ et du Conseil constitutionnel¹⁶⁵⁴. L'égalité ainsi définie exclut toute assimilation brute avec l'identité et admet qu'une différence de traitement justifiée constitue dans certains cas la voie préférentielle de sa réalisation¹⁶⁵⁵. Tout dépend *in fine* de la justification, de l'argumentation et de l'axiologie. L'auteur précité estime en ce sens que « l'application du principe réside donc essentiellement dans la recherche de justifications » qui « doit s'établir à un double niveau : elle comporte un jugement de réalité et un jugement de valeur »¹⁶⁵⁶. Le jugement de réalité consiste à opérer une comparaison factuelle des situations personnelles envisagées. Le jugement de valeur repose quant à lui sur l'évaluation, au regard de divers critères, de l'aspect proportionné ou disproportionné du traitement.

450. D'autres auteurs s'accordent sur cette conception minimale de l'égalité comme impératif de justification articulé autour de deux implications pratiques. Tel est notamment le cas de Gwénaële Calvès qui précise, d'une part, que le principe d'égalité « a simplement pour fonction d'imposer à l'auteur de la règle de justifier la différence de traitement qu'il a établie »¹⁶⁵⁷ et, d'autre part, que « la démarche adoptée par le juge de l'égalité est, partout, d'un seul tenant : il cherche à évaluer les similitudes et les dissemblances entre les deux situations [...], et il examine les justifications avancées [...] en recherchant une forme de "rapport raisonnable de proportionnalité entre les

¹⁶⁵² *Ibidem*. En contraste : « *unlikes should be treated unlike* » (WESTEN, P., « The Empty idea of Equality », *op. cit.*, p. 139-140)

¹⁶⁵³ « Le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit, dans l'un comme l'autre cas, en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des différences de situation susceptibles de la justifier » (*inter alia*. CE, 18 décembre 2002, *Duignères*, n° 233618, Lebon ; CE, 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, n°s 88032, 88148, Lebon).

¹⁶⁵⁴ « 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 avec l'objet de la loi qui l'établit » (CC, Décision n° 87-232 DC, 7 janvier 1988, cons. 10).

¹⁶⁵⁵ JOUANJAN, O., « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *op. cit.*, p. 137 : « Il est nécessaire, pour ce faire, de distinguer l'identité de traitement de l'égalité de traitement, et, partant, la différence de l'inégalité de traitement ». V. aussi JOUANJAN, O., « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *loc. cit.* : « il en résulte qu'égalité au sens juridique ne signifie pas identité et qu'une différence de traitements justifiée doit être qualifiée "égalité de traitement". La différence de traitements justifiée *n'est pas*, contrairement à ce qu'on peut lire souvent, une "dérogation" à l'égalité, ce qui suppose qu'une notion juridique de l'égalité serait postulée et qui l'assimilerait à une identité : le traitement égal devrait être le traitement identique ». En italiques dans le texte. En transparence, ressort de ces propos l'intégration du modèle de relativité théorisé par Frédéric Edet. Sur ce point, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, I, B. La position s'accorde une fois de plus avec celle du Conseil d'État lorsqu'il considère que la différence de traitement de situations objectivement différentes ainsi que la dérogation à l'isonomie constituent d'authentiques « modalités de mise en œuvre du principe d'égalité » (CE, 5/4 SSR, 9 février 2005, *Syndicat national unitaire et indépendant des officiers de police*, n° 229547, Lebon).

¹⁶⁵⁶ *Idem*, p. 138.

¹⁶⁵⁷ CALVÈS, G., « Égalité (Principe d') », *op. cit.*, p. 377. V. de la même auteure « Discriminations et inégalités socio-économiques », *op. cit.*, p. 334 : « la règle de l'égalité de traitement est porteuse d'une seule et unique exigence : dans les domaines où elle s'applique, les différences de traitement [...] doivent pouvoir être justifiées ». En italiques dans le texte.

moyens employés et le but visé" »¹⁶⁵⁸. De manière légèrement distincte, Frédéric Edel préfère insister sur la finalité de l'égalité qui, selon lui, est de « maintenir entre les diverses positions individuelles un rapport d'une certaine qualité »¹⁶⁵⁹. Ce dernier insiste certes davantage sur la finalité de l'égalité plutôt que sur l'obligation de justification qu'elle impose au responsable d'un traitement lorsqu'elle lui est opposée. Il retient néanmoins les deux implications pratiques susmentionnées comme déclinaison de l'impératif d'égalité : d'une part, l'objectivité des traitements au regard de la réalité (*i.e.* justification de comparaison des situations), d'autre part, la non-disproportion des positions juridiques (*i.e.* justification de proportion du traitement)¹⁶⁶⁰.

451. La première étape de l'opération de justification impose en cas de différence de traitement que celle-ci soit adossée à une différence de situation empiriquement observable *ex ante*, qu'elle corresponde à une réalité factuelle¹⁶⁶¹. La possibilité même de cette objectivité semble toutefois idéalisée tant l'appréciation de la comparabilité des situations est inévitablement fonction d'un point de vue particulier qui repose sur le choix du *tertium comparationis*¹⁶⁶². Pour Peter Westen, ce choix

¹⁶⁵⁸ *Ibidem* et CALVÈS, G., « Le principe de non-discrimination : un principe vide », *op. cit.*, p. 49. L'auteure se réfère pour la citation à l'arrêt de la COUR EDH, Plén., 23 juillet 1968, *Affaire linguistique belge*, *op. cit.*, § 10 et 42.

¹⁶⁵⁹ EDEL, F., « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *op. cit.*, not. p. 239 : « le principe d'égalité a pour objet de maintenir entre les diverses positions individuelles un rapport d'une certaine qualité : soit un rapport d'identité de traitement, en rapport avec des situations semblables ; soit un rapport de différence raisonnable de traitement, en rapport avec des situations dissemblables ». En un sens proche, quoique moins détaillé, v. HERNU, R., « Égalité et non-discrimination », *op. cit.*, p. 283 (l'égalité « représente une mesure des relations humaines »), JOUANJAN, O., « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *op. cit.*, p. 138 (l'égalité exige « un certain équilibre qui résulte de l'absence de faveurs ou de défaveurs »), ou encore PELLISSIER, G., *Le Principe d'égalité en droit public*, *op. cit.*, p. 1-2 (le principe d'égalité « constitue désormais un ensemble de normes qualifiant les rapports entre les situations individuelles »).

¹⁶⁶⁰ *Idem*, p. 236 : « Pour être égalitaire, un traitement doit satisfaire à deux conditions. La première est celle qui prescrit l'objectivité comparée du traitement. La seconde est celle qui enjoint la raisonnable ou la proportionnalité comparée du traitement ».

¹⁶⁶¹ *Ibidem* : « En premier lieu, le principe d'égalité oblige à ce qu'un traitement soit en correspondance rationnelle avec la réalité des situations individuelles qu'il régit, ce qui – par définition – s'apprécie comparativement. Le but est ici d'évaluer si les traitements juridiques respectivement assignés aux uns et aux autres correspondent à la spécificité de la situation factuelle dans laquelle ils sont les uns et les autres plongés, qu'ils se trouvent dans une situation soit essentiellement semblable, soit essentiellement dissemblable. En un mot, le principe d'égalité commande qu'un traitement soit objectif ». V. aussi JOUANJAN, O., « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *op. cit.*, p. 138 : « Le premier type de justification porte sur la concordance entre les critères de délimitation des catégories établies par la règle et les structures et contours de la réalité dans laquelle vivent et agissent les individus. La comparaison étant comparaison entre situations réelles, il faut donc que le système des catégories légales ou réglementaires résulte d'une telle comparaison, et que, par conséquent, les critères retenus trouvent un point d'appui dans la réalité ». V. encore sur cette impossible objectivité LOCHAK, D., « Réflexions sur la notion de discrimination », *op. cit.*, p. 784.

¹⁶⁶² JOUANJAN, O., « Égalité », *op. cit.*, p. 587 : « Il est banal de dire qu'entre deux situations données on trouvera toujours un nombre indéfini de ressemblances et de différences. Cependant, l'erreur vient de ce que les ressemblances et les dissemblances n'existent pas en soi mais toujours seulement pour un point de vue particulier. Toute la problématique de l'application de l'égalité, dans ce premier temps de la comparaison, consiste donc dans la recherche d'un point de vue comparatif, du *tertium comparationis* d'après lequel seulement il est possible d'apprécier les ressemblances et dissemblances pertinentes, "essentielle" entre les situations ». V. plus récemment JOUANJAN, O., « Logiques de l'égalité », *Titre VII*, n° 4, 2020. V. aussi CALVÈS, G., « Discrimination », *op. cit.*, p. 282 ou « Non-discrimination et égalité : de la fusion à la séparation ? », *op. cit.*, p. 11 et « Discriminations et inégalités socio-économiques », *op. cit.*, p. 330-331 : « il faut mettre en œuvre un jugement de comparaison dont les termes ne s'imposent pas d'eux-mêmes. Le choix du *tertium comparationis* fait l'objet, dans le cadre notamment du raisonnement judiciaire, d'un travail de (re)construction intellectuelle qui ouvre à l'analyse un assez large espace de liberté ».

révèle simplement un point de vue « moralement significatif »¹⁶⁶³. L'écueil est alors de procéder à une appréciation téléologique de la comparaison, reposant sur un point de vue dont la fonction argumentative consisterait à justifier l'identité ou la différence de traitement en vue d'appliquer une exigence ou un sens particulier de l'égalité¹⁶⁶⁴.

452. Du fait de cette relativité, la seconde étape du processus de justification n'en est que plus cruciale. En cas de différence de traitement, elle implique de répondre à la question suivante : à partir de quand ce traitement différencié bascule-t-il dans la disproportion ? Pour résoudre cette interrogation, Frédéric Edél formule un critère d'analyse pertinent. La disproportion se constate selon lui, *ex post*, en cas d'écart déraisonnable de liberté¹⁶⁶⁵. L'aspect raisonnable de cet écart s'apprécie, là encore, à l'issue d'un processus comparatif concentré sur « une seule et même liberté (ou intérêt juridique) dans le chef respectif de plusieurs situations individuelles »¹⁶⁶⁶. Face à une différence de traitement (*e.g.* le fait pour un employeur d'imposer lors des périodes d'activité importante la présence de ses salariés travaillant à temps plein, et seulement de ces derniers ; le fait pour un établissement public de rémunérer de manière semestrielle et non mensualisée le personnel vacataire, et seulement ce dernier), la seconde étape de l'opération de justification consiste ainsi « à vérifier si l'écart entre la "quantité" d'une liberté accordée à une personne et celle accordée à une autre personne [...] demeure dans une proportion raisonnable »¹⁶⁶⁷.

¹⁶⁶³ WESTEN, P., « The Empty Idea of Equality », *op. cit.*, p. 544-545 : « One must know precisely what it means to say for purposes of equality that two persons are alike. First, "people who are alike" might mean people who are alike in every respect. The trouble is that no two people are alike in every respect [...]. Second, "people who are alike" may mean people, who, though not alike in every respect, are alike in some respects. Unfortunately, [...] all people and things are alike in some respect; and one is left with the morally absurd proposition that "all people and things should be treated alike." Third, "people who are alike" may refer to people who are morally alike in a certain respect. The latter interpretation [...] starts with a normative determination that two people are alike in a morally significant respect ».

¹⁶⁶⁴ En ce sens, v. not. FONDIMARE, E., *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.*, p. 9-10 : « la doctrine met en exergue le caractère arbitraire, subjectif et construit du processus de comparabilité. [...] Il n'existe en effet pas de similitudes ou de différences de situation objectives qui détermineraient l'application de telle ou telle conception du principe d'égalité ; c'est au contraire le choix du cadre argumentatif opéré par les interprètes de l'égalité – sur le terrain de l'égalité formelle, matérielle ou réelle – qui les conduit à décider s'il y a ou non différence de situation et, par suite, si la différence de traitement est ou non légitime ».

¹⁶⁶⁵ EDEL, F., « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *op. cit.*, p. 237 : le principe d'égalité exige « de comparer les traitements respectivement appliqués à chaque individu, mais cette fois afin de déterminer s'ils ne sont pas à l'origine d'écarts disproportionnés entre les libertés de chacun. Un ordre juridique respecte un état d'égalité entre les sujets de droit qui le composent, lorsqu'il n'existe entre eux aucun écart de liberté ou lorsque cet écart reste dans une proportion raisonnable ». V. aussi PELLISSIER, G., *Le Principe d'égalité en droit public*, *op. cit.*, p. 24 : « l'ambiguïté du principe tient à ce qu'il affirme une vocation à la répartition des droits sans en préciser les modalités – tous les citoyens doivent-ils avoir la même liberté, propriété, sûreté ? ».

¹⁶⁶⁶ *Idem*, p. 238 : « Dans ce cas de figure, la logique qui est à l'œuvre est celle d'une mise en parallèle d'une liberté (ou d'un intérêt juridique quelconque) chez un individu avec la même et unique liberté (ou intérêt juridique) chez un autre individu ». Contrairement à l'appréciation de la proportionnalité des atteintes en cas de conflit entre plusieurs droits ou libertés, ici « la proportionnalité n'est pas du tout la manifestation de la conciliation d'une liberté avec un intérêt opposé ou une autre liberté » (*ibidem*). Sur le lien entre proportionnalité et liberté, v. KOMBILA-IBOUANGA, H., *L'interaction des principes de proportionnalité et de non-discrimination dans le système juridique de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 181-182.

¹⁶⁶⁷ *Ibidem*. V. aussi sur cette question JOUANJAN, O., « Logiques de l'égalité », *loc. cit.* : « Prenons cette proportionnalité au sérieux. Soit une situation S¹ et un traitement T¹, s'il s'agit maintenant de déterminer le traitement T² qui doit être

453. Il est finalement possible de retenir avec ces auteurs une définition unique de l'égalité comme impératif de justification fondé sur les exigences de comparaison des situations *ex ante* et de proportionnalité des traitements *ex post*. Le principe d'égalité requiert que les situations semblables soient traitées de manière identique afin de ne pas rompre la qualité des rapports entre individus par l'introduction d'un écart de liberté. Ce principe d'égalité peut en outre impliquer que des traitements différents régissent des situations distinctes dès lors que ces traitements n'ont pas pour effet d'introduire un écart déraisonnable de liberté¹⁶⁶⁸. Émerge ainsi le cadre méthodologique permettant de qualifier des ruptures d'égalité¹⁶⁶⁹. Le juge conserve néanmoins une pleine discrétion pour trancher sur le point de vue particulier à partir duquel comparer les situations ainsi que pour fixer le degré spécifique caractérisant un écart disproportionné des traitements. Sur ces deux aspects, le droit de la non-discrimination accompagne le pouvoir du juge en fixant un cadre de justifications détaillées.

B. Le droit de la non-discrimination comme cadre de justifications

454. Le principe d'égalité fournit certes une « règle formelle »¹⁶⁷⁰ qui guide le raisonnement juridique. Il demeure néanmoins muet sur l'essentiel, à savoir les critères matériels¹⁶⁷¹ et les valeurs¹⁶⁷² au fondement des « appréciations substantielles »¹⁶⁷³ qui permettront de le réaliser dans un cas d'espèce déterminé. Le développement du droit de la non-discrimination a, en partie, pour fonction de combler ce vide en fournissant un cadre de justifications, à la fois de comparaison et

attribué à une situation S², et s'il s'agit d'assurer une égalité proportionnelle de traitement entre S¹ et S², alors il faut que $S^1/S^2 = T^1/T^2$. Ce n'est là qu'une métaphore mathématique, mais l'on voit clairement que si S¹ et S² diffèrent, alors T¹ et T² doivent dans la même proportion différer afin que, entre les deux proportions, puisse être placé un signe d'égalité [...]. Appliquer le principe d'égalité consiste à comparer entre elles les situations et, entre eux, les traitements afin de savoir si l'on peut placer entre S¹/S² et T¹/T² un signe d'égalité ».

¹⁶⁶⁸ EDEL, F., « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination », *op. cit.*, p. 140.

¹⁶⁶⁹ EDEL, F., « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *op. cit.*, p. 214 : « un va-et-vient du regard entre un point et un autre. Voilà, pour le juriste, le seul indice tangible manifestant l'idée d'égalité ».

¹⁶⁷⁰ JOUANJAN, O., « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *loc. cit.* : « Le principe d'égalité en lui-même ne donne qu'une règle formelle concernant le raisonnement juridique à tenir lorsqu'il s'agit de *comparer* des situations et les traitements qui leur sont appliqués ». En italiques dans le texte.

¹⁶⁷¹ GREENAWALT, K., « How Empty is the Idea of Equality? », *op. cit.*, p. 1167 et p. 1169 : « *the idea of equality adds nothing to the determination of proper treatment, and is therefore superfluous.* What counts are the standards one uses to decide which people are alike and what treatment is appropriate » ; « *in the absence of substantive criteria indicating which people are equal for particular purposes and what constitutes equal treatment, the formal principle of equality provides no guidance for how people should be treated.* ».

¹⁶⁷² WESTEN, P., « The Empty Idea of Equality », *op. cit.* p. 537 : « *For the principle to have meaning, it must incorporate some external values that determine which persons and treatments are alike.* ».

¹⁶⁷³ JOUANJAN, O., « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *loc. cit.* : « Si ce raisonnement consiste à établir, au terme de la comparaison, une égalité de proportion, cette égalité [...] suppose une série d'appréciations substantielles concernant les situations et les traitements. [...] De telles appréciations substantielles supposent la prise en compte de critères matériels d'appréciation et donc une série de jugements de valeur ». V. encore JOUANJAN, O., « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *op. cit.*, p. 138 : « la règle égalitaire n'indique pas quelles sont les réalités ni les valeurs pertinentes ».

de proportion. De manière non exhaustive, il nous est possible de mettre en relief quatre manifestations principales de ce cadre de justifications.

455. La première manifestation pose une présomption fondamentale de non-justification et repose sur l'énumération de plusieurs motifs de discrimination. Outre sa fonction procédurale de priorisation du contrôle juridictionnel des inégalités apparentes de traitement, l'énumération de motifs de discrimination possède un apport substantiel. En les listant par la voie de dispositions législatives aux côtés de l'interdiction de la discrimination directe, le législateur indique que la prise en compte des motifs ne constitue pas, *a priori*, une justification de comparaison. Ils ne peuvent dès lors servir de critères afin d'établir le point de vue particulier à partir duquel sera constatée une différence de situation au cours de l'opération intellectuelle visant à réaliser l'égalité¹⁶⁷⁴. Les individus étant considérés égaux au regard de ces motifs, il convient en principe d'appliquer une exigence d'isonomie débouchant sur un traitement identique. Conformément au raisonnement de Frédéric Edet, la proportionnalité de cette identité de traitement découle généralement du seul fait qu'une même quantité de liberté leur est accordée.

456. Cette première manifestation du cadre de justifications est tempérée par une deuxième qui prévoit certaines exceptions à cette présomption. Il s'agit des dérogations prévues par le droit positif (*e.g.* loi du 27 mai 2008, Code du travail, loi Le Pors, Code pénal) en cas de discrimination directe *prima facie*¹⁶⁷⁵. Sont ici visés, entre autres, les refus d'embauche en cas d'exigence professionnelle essentielle et déterminante, les différences de traitement fondées sur l'âge dans le souci de favoriser l'insertion professionnelle, ou encore les différences de traitement fondées sur l'inaptitude médicalement constatée. En prévoyant de telles dérogations, le législateur indique que certains motifs de discrimination peuvent parfois constituer le critère à partir duquel sera appréciée la différence de situation justifiant potentiellement un traitement différent. Pour les cas évoqués, il ne préjuge cependant pas de la proportionnalité, et ajoute une réserve dont la formulation est variable (*e.g.* « pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée », « lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés », « lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées »¹⁶⁷⁶). Le juge conserve une marge discrétionnaire pour procéder à la seconde étape de la règle formelle d'égalité. Tel n'est pas le cas en revanche pour d'autres dérogations, à l'instar

¹⁶⁷⁴ En dépit du possible constat empirique de ces caractéristiques, leur mobilisation est considérée comme moralement inadmissible lorsqu'il est question d'en faire dériver des traitements différents et leur prise en compte est donc en principe juridiquement prohibée. Sur le lien établi, v. encore WESTEN, P., « The Empty Idea of Equality », *op. cit.* p. 444-445 : « "people who are alike" [...] refer to people who are morally alike in a certain respect. The latter interpretation successfully avoids the philosophical burden of deriving an "ought" from an "is." It starts with a normative determination that two people are alike in a morally significant respect and moves to a normative conclusion that the two should be treated alike. Instead of deriving an "ought" from an "is," it derives an "ought" from an "ought" ».

¹⁶⁷⁵ Sur ce point, v. not. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, I, A, 2), et B, A, 1).

¹⁶⁷⁶ V. ici les art. L. 1133-1 à L. 1133-3 du Code du travail.

des refus d'embauche fondés sur la nationalité dans la fonction publique, des différences de traitements fondées sur le lieu de résidence en cas de danger manifeste¹⁶⁷⁷, ou encore des traitements préférentiels fondés sur le handicap, le lieu de résidence ou la vulnérabilité économique¹⁶⁷⁸. Aucune réserve de proportion n'est ici indiquée par les textes. Le cadre de justifications autorise également la prise en compte du motif de discrimination lors de la première étape relative à la comparaison pour conclure à la différence de situation. Mais il semble de surcroît, par son silence qui contraste avec les premiers exemples, préjuger que la différence de traitement qui en découle ne peut être disproportionnée au terme de la seconde étape en ce qu'elle n'introduit pas un écart de liberté déraisonnable – celui-ci étant alors réputé nécessairement et intégralement désiré par le législateur.

457. Une troisième manifestation du cadre de justifications peut en prolongement être identifiée. Par l'adoption de dispositions prohibant la discrimination indirecte, le législateur indique qu'un traitement différent est injustifié lorsque, se fondant sur un critère en apparence neutre pour procéder à la comparaison et conclure à la différence de situations (*e.g.* le temps de travail), il engendre un effet défavorable disproportionné au regard d'un motif de discrimination énuméré (*e.g.* le sexe). L'analyse part alors du constat de la disproportion pour infirmer la pertinence du critère de comparaison mobilisé. La méthode de l'égalité est en somme inversée pour reconstruire l'analyse¹⁶⁷⁹. De même, en conférant une signification normative à l'interdiction de la discrimination qui sanctionne potentiellement une identité de traitement, les juridictions européennes indiquent qu'un traitement identique peut être injustifié lorsqu'il engendre un effet défavorable au regard d'un motif de discrimination énuméré. En d'autres termes, lorsqu'un traitement identique fait peser sur des personnes un effet défavorable disproportionné au regard d'une caractéristique protégée, ces personnes devraient parfois être considérées – par exception – comme dissemblables à l'issue de la comparaison. L'écart déraisonnable de liberté impliqué par le traitement identique peut alors être corrigé par une différence de traitement, sous condition de proportion.

458. Une quatrième manifestation du cadre de justifications, plus singulière, pourrait enfin être mise en exergue. Il s'agit de la clause commune de justification applicable à la fois aux discriminations indirectes et directes *prima facie* selon l'article 2 de la loi du 27 mai 2008¹⁶⁸⁰ : « ce principe ne fait pas obstacle à ce que des différences soient faites selon l'un des motifs mentionnés [...] lorsqu'elles sont justifiées par un but légitime et que les moyens de parvenir à ce but sont nécessaires et appropriés ». Ici, la prise en compte des motifs de discrimination est une fois de plus

¹⁶⁷⁷ Pour ces deux exemples, v. art. 225-3 du Code pénal.

¹⁶⁷⁸ V. ici art. L. 1133-4 à L. 1133-6 du Code du travail.

¹⁶⁷⁹ Sur ce point, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, I, B.

¹⁶⁸⁰ V. ici Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, II, A, 2).

autorisée dans le cadre de la comparaison pour conclure à une différence de situations et envisager des traitements différents. Le but légitime, la nécessité et l'adéquation des moyens employés sont présentés par le législateur comme les critères à prendre en compte afin de procéder à l'évaluation de la proportion et de l'aspect raisonnable de l'écart de liberté qui en résulte. Une latitude très large est ce faisant laissée au juge afin qu'il mobilise les valeurs de son choix en vue de procéder à la seconde étape (*i.e.* évaluation de la proportionnalité). Cela débouche concrètement sur une identification au cas par cas de diverses indications qui permettent de trancher sur ce qui constitue, au regard de l'égalité, un traitement différent proportionné.

459. Cette succincte présentation permet de préciser les propos de la doctrine qui se cantonne régulièrement à une explication instinctive des liens articulant égalité et non-discrimination. Fréquemment envisagée de manière métaphorique (la non-discrimination serait « le bras armé juridique » de l'égalité)¹⁶⁸¹, ou avec un trop haut degré de généralité (« la non-discrimination ne constitue qu'une forme d'application du principe d'égalité »)¹⁶⁸², cette articulation mérite pourtant d'être appréhendée plus en détail. Certains auteurs ont insisté sur la fonction de l'égalité comme simple objectif qui serait matérialisé ou concrètement traduit par la non-discrimination, créditée d'une « fonction plus juridique »¹⁶⁸³ en tant qu'« expression »¹⁶⁸⁴ ou « norme opératoire »¹⁶⁸⁵. Fournissant davantage de renseignements, d'autres ont encore avancé que la non-discrimination apparaît comme « une forme perfectionnée, et sans doute plus réaliste, du principe d'égalité » propre à « aider l'interprète à cerner de plus près les conséquences du principe d'égalité »¹⁶⁸⁶. Ces réflexions ont par ailleurs généralement été développées au sujet du principe de non-discrimination alors qu'elles siéent davantage, selon nous, au droit de la non-discrimination dont l'analyse permet d'en affiner le sens.

¹⁶⁸¹ SZYMCAK, D., « Le principe "communautaire" de non-discrimination est-il compatible avec le droit de la Convention européenne des droits de l'homme ? », in FINES, F., GAUTHIER, C. ET GAUTIER, M. (dir.), *La non-discrimination entre les européens*, *op. cit.*, p. 182.

¹⁶⁸² BELLOUBET-FRIER, N., « Le principe d'égalité », *loc. cit.*

¹⁶⁸³ PAULIAT, H., « Égalité et non-discrimination en droit administratif français », in COLLECTIF, *Huitièmes journées René Savatier, Communautés, discriminations et identité*, Paris, LGDJ, 2009, p. 55. V. encore p. 53-54 : « Sans aucun doute un lien existe entre les deux notions, mais les fonctions attribuées à chacune demeurent distinctes, l'une apparaissant comme une sorte d'objectif à atteindre, perçue souvent comme une norme objective, l'autre constituant la matérialisation ou la traduction du principe d'égalité de manière concrète ».

¹⁶⁸⁴ HERNU, R., « Égalité et non-discrimination », *op. cit.*, p.283 : « L'égalité traduit une quête et siège essentiellement hors du droit. La non-discrimination apparaît comme l'expression juridique de cette mesure. Elle est égalité juridique dans une société complexe ». V. aussi HERNU, R., « La convergence des jurisprudences. Problèmes de définition et de contenu », *op. cit.*, p. 237 : « la non-discrimination est une expression opératoire de l'égalité juridique ».

¹⁶⁸⁵ CHARRUAU, J., *La notion de non-discrimination en droit public français*, *op. cit.*, p. 47 et p. 48 : « l'objectif à atteindre demeure l'égalité, une égalité néanmoins empreinte de justice sociale. La norme opératoire, quant à elle, changerait, au profit de la non-discrimination » ; « La non-discrimination surmonte les oppositions conceptuelles en faisant de l'égalité un idéal à atteindre et non plus un moyen opérationnel ».

¹⁶⁸⁶ PELLOUX, R., « Les nouveaux discours sur l'inégalité et le droit public français », *RDP*, 1982, p. 914. La non-discrimination fonde « une technique destinée à perfectionner et à rendre plus efficace le principe d'égalité » (p. 913).

460. Les directives communautaires relatives à la non-discrimination visent bien « la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement », et la formule liminaire de l'article 2 de la loi du 27 mai 2008 (*i.e.* « sans préjudice de l'application des autres règles assurant le respect du principe d'égalité ») laisse assurément entendre que le droit de la non-discrimination réalise le principe d'égalité. Les modalités qui permettent cette entreprise sont de deux ordres. Le droit de la non-discrimination rend opérationnelle l'égalité et il la précise¹⁶⁸⁷. Il la rend opérationnelle tout d'abord en ce qu'il crée les conditions d'un contrôle juridictionnel prioritaire pour certaines inégalités apparentes de traitement. Il s'agit en cela d'une voie de contrôle qui « permet au juge de rendre opératoire une norme constitutionnelle fortement indéterminée »¹⁶⁸⁸ et qui fait « office de médiateur entre le principe général d'égalité et des situations empiriques »¹⁶⁸⁹. Le droit de la non-discrimination est ensuite assimilable à « une méthode de contrôle, une grille d'analyse, une technique de qualification de certaines différences de traitement, instituées en fait ou en droit »¹⁶⁹⁰, en ce qu'il fournit un cadre de justifications qui permet de préciser la maxime formelle de l'égalité, d'accompagner le juge dans son contrôle et, accessoirement, de rendre les exigences d'égalité plus intelligibles¹⁶⁹¹. Ce lien intime qui noue égalité et non-discrimination en dépit des appels à leur dissociation se prolonge, au-delà des instruments juridiques (*i.e.* principe d'égalité et *droit* de la non-discrimination).

¹⁶⁸⁷ En ce sens, v. BRILLAT, M., *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, *op. cit.*, p. 11.

¹⁶⁸⁸ CALVÈS, G., *L'Affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis. Le problème de la discrimination « positive »*, Paris, LGDJ, 1998, p. 8. La formule est certes employée par l'auteur au sujet du principe de non-discrimination et non au sujet du droit de la non-discrimination. Il nous semble néanmoins qu'elle est également adaptée lorsqu'il est question de qualifier le droit de la non-discrimination.

¹⁶⁸⁹ CALVÈS, G., « Non-discrimination et égalité : de la fusion à la séparation ? », *op. cit.*, p. 10. Là aussi, la formule est utilisée pour qualifier le principe. Là encore, elle sied tout aussi bien au droit de la non-discrimination.

¹⁶⁹⁰ *Idem*, p. 9 et CALVÈS, G., « Discrimination », *op. cit.*, p. 281 et « Discriminations et inégalités socio-économiques », *op. cit.*, p. 329 (toujours au sujet du principe de non-discrimination ; v. les deux notes précédentes).

¹⁶⁹¹ En un sens proche, *in idem*, p. 14. Le principe – et non le droit – de la non-discrimination « [spécifie] les formes que peuvent prendre les ruptures d'égalité et [développe] les techniques juridiques qui permettent de les sanctionner ».

SECTION 2 : LA QUALIFICATION DE DISCRIMINATION, PROLONGEMENT DES EXIGENCES D'ÉGALITÉ

461. En fonction des critères mobilisés pour apprécier les justifications de comparaison et de proportion, le principe d'égalité est susceptible d'aboutir à des résultats hétérogènes. La variété et la mutabilité de ces critères particuliers, inhérents à son appréciation, font naître en son nom diverses exigences de traitements des situations individuelles¹⁶⁹². Les acteurs qui mobilisent l'égalité ont par ailleurs eu tendance à user de divers qualificatifs afin de la spécifier : arithmétique ou proportionnelle, en droit ou en fait, abstraite ou concrète. Ces dernières grilles de lecture, équivalentes, traduisent selon nous la primauté¹⁶⁹³ d'un point de vue particulier pour apprécier la justification au prisme de l'égalité, qu'il s'agisse respectivement de la comparaison *ex ante* des situations ou de la proportionnalité *ex post* du traitement. Nous retiendrons en conséquence *deux points de vue types* alternatifs sur l'égalité que reflètent les notions d'*égalité abstraite* et *concrète*¹⁶⁹⁴. L'analyse dialectique du principe révèle en complément qu'il s'est historiquement construit au gré d'un tiraillement entre *deux modes de réalisation*, l'identité et la différence de traitement, ce que de nombreuses et brillantes études ont déjà analysé en finesse¹⁶⁹⁵. Celles-ci mettent en lumière l'émergence de modes de réalisation pluriels, antithétiques mais néanmoins concomitants¹⁶⁹⁶ et

¹⁶⁹² « Cette plasticité lui permet de rester porteuse d'aspirations qui évoluent au cours du temps : le principe d'égalité est aujourd'hui en pleine mutation » (CALVÈS, G., « Égalité (Principe d') », *op. cit.*, p. 373). V. aussi PELLISSIER, G., *Le Principe d'égalité en droit public*, *op. cit.*, p. 24 : « le principe d'égalité n'est pas porteur d'un idéal mais de plusieurs ».

¹⁶⁹³ Il ne s'agit pas d'exclusivité. Les deux points de vue peuvent être mobilisés. Simplement, il nous semble que, dans tous les cas, l'un prime l'autre et possède un rôle prépondérant lors du contrôle de la justification. *Confer* développements *infra*.

¹⁶⁹⁴ Nous souscrivons aux remarques de Jérôme Porta – à qui nous emprunterons par ailleurs sa typologie de l'égalité concrète – lorsqu'il conclut à la nécessité de délaisser l'opposition entre égalité « en droit » et égalité « de fait » qui véhicule deux idées reçues selon lesquelles : « l'égalité en droit [...] échapperait aux besoins de concrétisation » et, surtout, « il y aurait s'agissant de l'égalité en fait, une mesure de l'égalisation sans référence normative, une mesure de l'égalité détachée de la norme juridique ». V. PORTA, J., « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2^e partie) », *loc. cit.*

¹⁶⁹⁵ *Inter alia* : FONDIMARE, E., *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.* ; ROSENFELD, M., « L'égalité et la tension dialectique entre l'identité et la différence », *Constitutions*, 2010, p. 177 et s. ; BUI-XUAN, O., *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *op. cit.* ; LOCHAK, D., *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, 2010 ; MÉLIN-SOUCRAMANIEN, F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Aix-en-Provence, PUAM, 1997 ; CAPORAL, S., *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française (1789-1799)*, Aix-en-Provence, PUAM, 1995 ; JOUANJAN, O., *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica, 1992 ; CHARRUAU, J., *La notion de non-discrimination en droit public français*, *op. cit.* ; EDEL, F., *Le Principe d'égalité dans la Convention européenne des droits de l'homme. Contribution à une théorie générale du principe d'égalité*, thèse dactylographiée, Université de Strasbourg, 2003 ; ROBIN-OLIVIER, S., *Le principe d'égalité en droit communautaire. Étude à partir des libertés économiques*, *op. cit.* Considérant la richesse de ces développements, l'objectif de la présente étude n'est en aucun cas de proposer une analyse rétrospective, encore moins exhaustive, de l'évolution historique du principe d'égalité considéré isolément.

¹⁶⁹⁶ EDEL, F., « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *op. cit.*, p. 214-215 : une difficulté essentielle « réside dans le fait que ce rapport d'égalité est un rapport qui, de la façon dont il fonctionne surtout dans la période contemporaine, est un rapport contradictoire, un rapport rigoureusement antithétique. [...] le principe pose, concomitamment, une chose et son contraire : le traitement identique, d'un côté ; le traitement différent, de l'autre ».

conciliables car hiérarchisés¹⁶⁹⁷. De ces deux niveaux de lecture (*i.e. points de vue et modes de réalisation*) résultent diverses exigences d'égalité. En complément des développements précédents qui envisageaient le sens du principe constitutionnel et ses relations avec le droit de la non-discrimination, il convient de s'interroger sur la place de la qualification juridique de discrimination au regard de ces différentes exigences. À cet égard, l'analyse force le constat d'une mutation symétrique des deux objets. Elle permet de poursuivre la démonstration du caractère inopportun d'une vision conflictuelle de l'égalité et de la non-discrimination.

462. Historiquement, l'emprise du principe d'égalité a d'abord été envisagée essentiellement – voire exclusivement – au regard de l'action du législateur considérée en tant que menace. Le principe impliquait d'endiguer la création d'inégalités résultant de l'édition des règles juridiques¹⁶⁹⁸. Il trouvait alors sa consécration avec la notion d'égalité « dans la loi »¹⁶⁹⁹ car l'exigence résidait dans

¹⁶⁹⁷ V. *idem*, p. 225 : l'auteur se réfère à un « double idéal régulateur, à la fois interne à l'égalité et hiérarchisé en son sein : celui de la similarité de tous d'abord, et de la singularité de chacun, ensuite ».

¹⁶⁹⁸ *Ibidem* : « Lorsque le résultat attendu est "l'égalité dans la loi", c'est alors le contenu des règles juridiques qui est visé. La règle peut distinguer les sujets de droit en fonction de catégories juridiques. C'est là une évidence : la règle peut distinguer entre enfant et adulte, travailleur et employeur, rompre l'uniformité abstraite des sujets de droit sans heurter l'égalité. Mais la construction de ces catégories doit être mise à l'épreuve de l'exigence d'égalité. L'égalité dans la loi implique de bannir certaines catégorisations, jugées illicites ».

¹⁶⁹⁹ De prime abord, il peut sembler curieux d'écarter l'égalité « devant la loi ». Cette dernière exigence consiste selon Hans Kelsen à poser « que les organes d'application du droit n'ont le droit de prendre en considération que les distinctions qui sont faites dans les lois à appliquer elles-mêmes, ce qui revient à affirmer tout simplement le principe de la régularité de l'application du droit en général » (KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., Dalloz, *op. cit.*, p. 190). Cette conception a été réaffirmée par de nombreux auteurs : Jean Rivero (RIVERO, J., « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », *Travaux de l'association Henri Capitant*, vol. 14, 1965, p. 349 : « Sous cet aspect [...] égalité devant la loi et subordination de la décision particulière à la règle générale ne font qu'un »), Charles Leben (LEBEN, C., « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *op. cit.*, p. 301-302 : « le principe s'analyse comme une conséquence de la généralité même de la norme. C'est pourquoi, une autre formulation en est que la norme générale doit être appliquée de façon conforme à ses propres dispositions. Il rejoint donc par là le principe de légalité » ; repris in LUCHAIRE, F., « Un Janus constitutionnel : l'égalité », *op. cit.*, p. 1232), Chaïm Perelman (PERELMAN, C., « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », in PERELMAN, C., (dir.), *L'Égalité*, Bruxelles, Bruylant, vol. VIII, 1982, p. 371 : « Le principe d'égalité devant la loi impose aux fonctionnaires, et particulièrement aux juges, une certaine uniformité dans l'application du droit »), Gilles Pellissier (PELLISSIER, G., *Le Principe d'égalité en droit public*, *op. cit.*, p. 25 : l'égalité devant la règle de droit est « une injonction faite aux organes d'application de la norme : elle leur impose de ne pas faire d'exception qui ne soit prévue dans la règle » et « se confond avec le principe de légalité »), Nicole Belloubet-Frier (BELLOUBET-FRIER, N., « Le principe d'égalité », *loc. cit.* : « L'égalité devant la règle de droit est une injonction donnée à ceux qui appliquent la règle de ne pas faire de distinction ou d'exception qui ne soit pas prévue par la règle [...]. Égalité formelle, ce principe est appelé à garantir une application identique des lois »), Gérard Gonzales (GONZALEZ, G., « La convergence des jurisprudences. Problèmes de définition et de contenu », in SUDRE, F. et SURREL, H. (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 227 : « l'égalité devant la loi : la règle doit être appliquée de façon identique à tous sans autres distinctions que celles prévues par la loi elle-même »). Certains ont en revanche émis un doute quant à la nécessité d'énoncer cette exigence, inhérente à tout système juridique (PORTA, J., « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2^e partie) », *loc. cit.* : « cette idée de l'égalité n'impose donc pas d'autres opérations pour son accomplissement que la régularité des applications singulières dans le droit national. La seule énonciation de ce principe – est-elle d'ailleurs même nécessaire – est tenue pour garantie suffisante de sa réalisation, puisqu'elle est inhérente au fonctionnement même du système juridique »). Plus frontalement, Olivier Jouanjan a battu en brèche cette acception de l'égalité « devant la loi », considérée comme « vide » et conduisant à déformer le sens des consécutions constitutionnelles de l'égalité afin de mieux favoriser « un repli général des droits fondamentaux [...] devant l'affirmation de la souveraineté absolue du législateur » (projet imputé par l'auteur au libéralisme classique, notamment Gehard Anschütz ; v. JOUANJAN, O., *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *op. cit.*, p. 12 ; v. aussi du même auteur « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *op. cit.*, not. p. 131-135). Au sujet de l'article 6

le contenu, dans la forme textuelle de la règle¹⁷⁰⁰. Situé en amont, avant que la mesure ne produise ses effets, le législateur a, dans un premier temps, privilégié un point de vue particulier pour apprécier l'égalité, à savoir la comparaison *ex ante* des situations. Le fait de prioriser ce point de vue au détriment de la proportionnalité du traitement fonde la conception de l'égalité abstraite. Celle-ci a marqué les premiers pas de la notion juridique de discrimination (I). En prolongement, une conception proactive implique désormais, tant pour le législateur que pour les juges, de penser l'égalité au regard des effets de la règle, ce qui impose une substitution du point de vue. L'égalité est alors appréciée *ex post* en termes de proportion – et non plus au regard du contenu de la mesure rapportée à une comparaison *ex ante* des situations. Par contraste à l'égalité abstraite, c'est la notion d'égalité concrète qui capte les évocations doctrinales. Cette nouvelle approche a, elle aussi, poussé la qualification de discrimination à évoluer (II).

I. L'influence de l'égalité abstraite et de la comparaison *ex ante* des situations comme point de vue privilégié

463. La doctrine fait état d'une polysémie de la notion d'égalité qui laisse transparaître l'évolution progressive de ses modes de réalisation. Elle signifie tantôt qu'aucune distinction n'est admise au regard de certains critères prédéterminés, et préconise l'indifférenciation, tantôt que sont prohibées les distinctions injustifiées, et tolère la différenciation sous conditions de différence de situations (*e.g.* catégorisation). Ces deux modes de réalisation correspondent historiquement à deux modèles développés par Frédéric Edél, à savoir le modèle d'isonomie et le modèle de relativité¹⁷⁰¹. Le premier a ancré l'isonomie (*i.e.* traitement identique de situations semblables) comme précepte fondamental du principe d'égalité, et se trouve à la source de la notion de discrimination directe (A). Le second modèle repose, lui, sur la tolérance auxiliaire du principe d'égalité à l'égard de la

de la DDHC : il s'agit dans les formulations constitutionnelles non pas d'une égalité devant la loi mais d'une considération égale par la loi (égalité « aux yeux » de la loi) des individus placés devant elle. Ce sont les individus qui sont devant la loi, et non l'égalité, qui, elle, la pénètre tout entière au nom d'un principe général opposable au législateur. Au sujet de l'article 1 de la Constitution de 1958 : Olivier Jouanjan souligne que cette conception de l'égalité devant la loi (*i.e.* la France « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ») correspond paradoxalement au sens que confère Hans Kelsen à l'égalité dans la loi (v. not. sur ces questions JOUANJAN, O., « Égalité », *op. cit.*, p. 586). À terme, pour l'auteur, l'égalité devant la loi doit « en principe s'imposer "directement" au législateur comme à l'administrateur, en conservant la même signification et la même portée » (JOUANJAN, O., *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *op. cit.*, p. 13). L'idée selon laquelle « l'égalité devant la loi ne peut être interprétée comme l'égalité dans la loi » se résume à un « lieu commun, trop rapidement admis » qui, sous couvert d'évidence, constitue une proposition « strictement fautive » (*idem*, p. 10-12). Tout en admettant le bien-fondé de la critique, continuer à mobiliser l'égalité « devant la loi » purgée de son acception dominante comme le fait Olivier Jouanjan, en lieu et place de l'égalité « dans la loi », nous semble cependant, dans la présente étude, être davantage source de confusion que gage de clarté.

¹⁷⁰⁰ En ce sens, v. JOUANJAN, O., « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *op. cit.*, p. 138.

¹⁷⁰¹ EDEL, F., « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination », *op. cit.*, p. 128. V. aussi p. 142.

différenciation. Apparu dans un second temps, il a notamment permis de relativiser l'emprise de la discrimination directe et a contribué à préparer l'émergence de la discrimination indirecte (B).

A. L'égalité par l'isonomie : fondement du sens originel de la discrimination et de la discrimination directe

464. Après analyse méthodique des mobilisations doctrinales de l'égalité « dans la loi », Frédéric Edel façonne un premier modèle dit « de l'isonomie universelle ». Comme tout modèle, il a pour fonction de servir de point de repère, notamment dans une approche diachronique¹⁷⁰². Il est constitué à partir d'une sélection des invocations de l'égalité qui rejoignent la signification suivante : « le principe d'égalité signifie l'interdiction générale de toute différenciation, de toute différence de traitement », et oblige à « un traitement universellement identique (uniforme, homogène, isonomique, *etc.*) de l'ensemble des individus »¹⁷⁰³. D'un point de vue historique, cette acception de l'égalité est rattachée aux révolutionnaires français de 1789¹⁷⁰⁴ qui « ont institutionnalisé un nouvel ordre basé sur la citoyenneté égalitaire en réaction à la hiérarchie de statuts [féodaux] multiples avec l'inégalité comme principe de référence »¹⁷⁰⁵. L'égalité repose dans ce schéma à la fois sur l'identité des droits (« Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits »¹⁷⁰⁶) et sur l'identité de la loi (la loi « doit être la même pour tous »¹⁷⁰⁷). D'un point de vue philosophique, ce modèle classique de réalisation de l'égalité conçoit l'identité du droit à partir de l'identité de la nature humaine¹⁷⁰⁸. En s'accommodant d'une exclusion juridique des différents (*e.g.* femmes, esclaves), placés en dehors de la citoyenneté égalitaire¹⁷⁰⁹, il s'est néanmoins révélé en pratique tant androcentrique

¹⁷⁰² CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 340-341 : « la construction de modèle peut être présentée comme un travail de sélection de certaines données volontairement simplifiées et généralisées afin de constituer des repères comparatifs ou évaluatifs » ; il s'agit d'une « reconstruction qui se veut exemplaire » notamment « d'un point de vue diachronique c'est-à-dire, en l'occurrence, au regard de l'histoire du droit ».

¹⁷⁰³ EDEL, F., « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination », *op. cit.*, p. 136.

¹⁷⁰⁴ Sur la conception d'une égalité plus concrète dès 1792 et 1793, notamment parmi les Girondins et les Montagnards, et en dépit d'une absence d'intégration durable de cette conception à l'ordre juridique, v., entre autres, CAFARELLI, F., « La traduction juridique de la notion d'égalité réelle », *AJDA*, 2018, p. 86 et s.

¹⁷⁰⁵ ROSENFELD, M., « L'égalité et la tension dialectique entre l'identité et la différence », *loc. cit.*

¹⁷⁰⁶ Art. 1 de la DDHC.

¹⁷⁰⁷ Art. 6 de la DDHC.

¹⁷⁰⁸ EDEL, F., « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *op. cit.*, p. 219 et p. 226.

¹⁷⁰⁹ V. aussi Conclusions de l'avocate générale Mme E. Sharpston, présentées le 22 mai 2008, aff. C-427/06, *Birgit Bartsch*, pt. 45 : « Lorsqu'on les examine un instant d'un point de vue historique, il apparaît qu'à l'analyse, les déclarations sur l'"égalité" visaient souvent l'"égalité de traitement, à certains égards, pour les membres du cercle magique" plutôt que l'"égalité de traitement à tout égard pertinent pour tout un chacun". Dans l'Athènes de Périclès, les citoyens de la cité avaient certes le droit à l'égalité de traitement en matière d'accès à la justice ou à la fonction publique, mais ni les métèques ni les esclaves ne pouvaient exiger d'être traités de la même manière que les citoyens de la cité dans ces domaines. À Sparte, le concept d'égalité suivait un modèle différent et excluait lui aussi les ilotes et les esclaves. Tant le modèle athénien que le modèle spartiate excluait (évidemment) les femmes. Plus près de nos jours, la déclaration d'indépendance des États-Unis d'Amérique a, certes, proclamé que "all men are created equal" ("tous les hommes sont créés égaux"), mais il a fallu la guerre civile et ses séquelles interminables avant qu'une égalité de traitement authentique commence à s'étendre aux descendants des esclaves noirs. Durant de longues périodes de l'histoire de l'Europe et du

qu'ethnocentrique¹⁷¹⁰. Il procède en quelque sorte à une double relégation de la différence, par idéologie, en la considérant comme une affaire privée, et par « complaisance »¹⁷¹¹, en reléguant les différents hors du droit¹⁷¹².

465. Cette exigence d'égalité qui repose sur l'interdiction de toute distinction entre individus¹⁷¹³ – du moins au sein du cercle des égaux – peut être associée à l'acception originelle de la notion de discrimination, entendue comme simple opération intellectuelle de dissociation. Comme le rappelle Danièle Lochak, « au sens le plus large, on pourrait qualifier de discrimination toute différence de traitement » dès lors que « discriminer, étymologiquement, ce n'est rien d'autre que faire une distinction, établir une séparation, une différenciation entre des objets »¹⁷¹⁴. Dès leurs prémices, égalité et discrimination semblent donc liées.

466. Cette conception de l'égalité « dans la loi » comme modèle de l'isonomie universelle, affiliée à la conception originelle et étymologique de la discrimination, n'est toutefois pas celle retenue par Hans Kelsen. Ce dernier considère que l'égalité dans la loi interdit « de fonder une différence de traitement sur certaines distinctions très déterminées telles que celles qui ont trait à la race, à la religion, à la classe sociale ou à la fortune »¹⁷¹⁵. Cette acception débouche pour Frédéric Edelman sur le modèle de l'isonomie sectorielle – et non plus universelle – dans lequel « le principe d'égalité signifie l'interdiction spéciale de certaines différenciations, précisément énumérées, fondées sur l'origine, la race, la religion, le sexe... et considérées comme injustifiées *a priori* »¹⁷¹⁶. L'impératif d'uniformité de traitement au nom de l'égalité, éprouvé par la catégorisation inhérente à l'activité juridique, est

bassin méditerranéen, la discrimination fondée sur la religion semblait parfaitement naturelle (puisqu'elle était censée répondre à un vœu divin) ».

¹⁷¹⁰ V. not. FONDIMARE, E., *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.*, p. 33-72 et HENNETTE-VAUCHEZ, S. et FONDIMARE, E., « Incompatibility between the 'French Republican Model' and Anti-Discrimination Law? Deconstructing a Familiar Trope of Narratives of French Law », *op. cit.*, p. 66-67.

¹⁷¹¹ Nous nous permettons ici de renvoyer à l'expression de « voile de complaisance » mobilisée dans le cadre d'un ouvrage relatif au droit des minorités en France et au républicanisme classique. V. MEDARD, R., *La République face au droit des minorités. Lire l'ordre juridique français à partir de la théorie libérale de Will Kymlicka*, Paris, L'Harmattan, p. 225 : « Voile de complaisance : référence au *voile d'ignorance* théorisé par John Rawls dans *Théorie de la Justice*, 1971. Le *voile d'ignorance* décrit une position de méconnaissance totale des conditions futures nécessaires à l'exercice des principes de justice. Celle-ci s'impose aux individus placés dans la position originelle et s'avère indispensable à la réduction des marges de dominations. Le *voile de complaisance* que nous évoquons serait une position, non pas de méconnaissance totale, mais de négligence volontaire des conditions nécessaires à l'exercice des principes de justice. Celle-là, cumulée à la connaissance réelle des inégalités concrètes, servirait *in fine* la préservation des marges de dominations. Le terme de *complaisance* est ici entendu comme "le sentiment dans lequel on se complait par faiblesse, vanité, contentement, délectation, autosatisfaction, orgueil" ».

¹⁷¹² EDELMAN, F., « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *op. cit.*, p. 219. Pour l'auteur, dans ce « moment classique de l'égalité (1789-1848) : l'identique exclut le différent ».

¹⁷¹³ V. aussi BORGETTO, M., « Égalité, différenciation et discrimination : ce que dit le droit », *Informations sociales*, n° 148, 2008/4, p. 8.

¹⁷¹⁴ LOCHAK, D., « La notion juridique de discrimination », *op. cit.*, p. 15. V. aussi LOCHAK, D., « Réflexions sur la notion de discrimination », *op. cit.*, p. 778.

¹⁷¹⁵ KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 190. Cette acception est, entre autres, reprise par Charles Leben. V. LEBEN, C., « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *op. cit.*, p. 314.

¹⁷¹⁶ EDELMAN, F., « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination », *op. cit.*, p. 136.

alors resserré au regard de certaines caractéristiques spécifiquement énumérées. En réaction à l'exclusion générée paradoxalement par le modèle de l'isonomie universelle, le modèle de l'isonomie sectorielle prohibe la prise en compte de certaines caractéristiques pour mieux asseoir l'inclusion et l'identité de traitement. Michel Rosenfeld en propose une illustration particulière lorsqu'il explique que, « pour dépasser les inconvénients qu'elles subissent, dans [le] premier stade » d'exclusion, les femmes doivent « contrer l'insistance excessive sur la différence avec un effort concerté pour attirer l'attention sur l'identité » et « demander un traitement égal en affirmant que, dans tous les domaines pertinents, elles sont essentiellement similaires aux hommes »¹⁷¹⁷. Ici, le sexe et les autres critères énoncés ne constituent pas des critères dont la prise en compte est légitime. Le droit à leur égard doit être frappé de cécité afin de donner sens à l'article 6 de la DDHC qui rend les citoyens « égaux à ses yeux ».

467. Ce modèle de l'isonomie sectorielle véhicule ainsi l'interdiction des traitements défavorables de personnes par rapport à d'autres qui reposent sur la prise en compte explicite de certaines caractéristiques dont l'énumération était initialement entendue comme nécessairement restreinte¹⁷¹⁸. Il se trouve aux origines de la discrimination directe, conception historiquement première et considérée par Danièle Lochak et Gwénaële Calvès comme le « sens fort »¹⁷¹⁹ de la discrimination en tant que notion juridique¹⁷²⁰. En dépit des mutations des exigences d'égalité, la discrimination maintient ainsi son attache. Au creux du modèle de réalisation de l'égalité par l'isonomie, d'abord universelle puis sectorielle, le lien de filiation conceptuelle entre égalité et

¹⁷¹⁷ ROSENFELD, M., « L'égalité et la tension dialectique entre l'identité et la différence », *loc. cit.* L'auteur ajoute « se concentrer sur l'identité est censé éloigner des affirmations différentialistes qui ont fini par connoter l'infériorité et donc par conférer une apparente justification à la subordination persistante » et à l'exclusion de la citoyenneté égalitaire. Sur ces questions, v. surtout FONDIMARE, E., *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.*

¹⁷¹⁸ E.g. alinéa 1 du Préambule de la Constitution de 1946 et article 1 de la Constitution de 1958.

¹⁷¹⁹ LOCHAK, D., « Réflexions sur la notion de discrimination », *op. cit.* p. 790 : « La discrimination au sens fort, c'est l'exclusion : l'exclusion de certaines personnes en tant qu'elles appartiennent à un groupe défini par des caractéristiques intrinsèques, naturelles, sur lesquelles les intéressés n'ont pas prise, telles que la race ou le sexe » ; CALVÈS, G., *L'Affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis*, *op. cit.*, p. 11 : « Entendu en son sens fort, le principe de non-discrimination a pour fonction de prohiber les distinctions qui en raison du critère de différenciation sur lequel elles reposent, sont *a priori* "arbitraires", "odieuses", "illégitimes". La structure même des dispositions constitutionnelles manifeste clairement le caractère spécifique ainsi institué : l'énoncé du principe d'égalité devant la loi est immédiatement suivi, corrigé ou précisé par la proclamation d'un principe d'égalité dans la loi. Ainsi compris, le principe de non-discrimination vise à frapper de nullité les différences de traitement qui seraient fondées sur la prise en compte de critères "arbitraires" – arbitraires non pas au regard de la finalité poursuivie mais arbitraires *a priori*, en tant que tels, par principe ». En italiques dans le texte.

¹⁷²⁰ Danièle Lochak qualifie dans un autre texte cette conception de « restrictive » – en opposition « au sens large » évoqué *supra* et correspondant au modèle de l'isonomie universelle. V. LOCHAK, D., « La notion juridique de discrimination », *op. cit.*, p. 16 : « dans une conception plus restrictive, on ne parlera de discrimination que pour désigner le traitement défavorable dont sont victimes des personnes particulièrement vulnérables en raison de leur appartenance à un groupe défini par une caractéristique particulière (le sexe, la race ou l'origine ethnique, le handicap, l'orientation sexuelle...) ».

discrimination demeure¹⁷²¹. Le principe d'égalité ne se réduit cependant pas à l'assimilation des situations en vue de l'uniformité de traitement. Il se veut plus relatif.

B. L'égalité par la relativité : première limite à la discrimination directe et amorce de la discrimination indirecte

468. De nombreux auteurs ont progressivement pris acte de la diversification des exigences du principe d'égalité, notamment de sa moindre intolérance à la différenciation. Il fut ainsi entendu comme érigeant simplement une limite à « la création par le législateur d'inégalités arbitraires et injustifiées »¹⁷²², ou comme imposant « à l'ensemble des actes législatifs et administratifs de ne pas établir de distinctions injustifiées »¹⁷²³. Ces justifications demeurent appréciées dans le cadre de l'égalité abstraite principalement au regard de la comparaison *ex ante* des situations. Contrairement au modèle de l'isonomie, la différence de traitement n'incarne plus à elle seule le critère de l'inégalité. Elle ne l'incarne que parce que et dans la mesure où cette différence est arbitraire et injustifiée. Cette acception de l'égalité est assimilée par Frédéric Edel au modèle de « relativité »¹⁷²⁴. Ici, l'exigence de réalisation de l'égalité passe, d'une part, par « l'interdiction des seules distinctions considérées comme injustifiées ou arbitraires »¹⁷²⁵ et, d'autre part, « n'interdit pas, sous certaines conditions (notamment de correspondre à une dissemblance de situation), les différenciations »¹⁷²⁶. Le modèle de relativité traduit l'apparition d'un mode complémentaire de réalisation de l'égalité (*i.e.* la relativité, entendue dans cette étude comme différenciation en cas de situations différentes¹⁷²⁷) dans un contexte d'affirmation des singularités en réaction au modèle de l'isonomie et à la « tyrannie » de l'indifférenciation¹⁷²⁸. La pluralisation du principe a finalement été actée avec le

¹⁷²¹ Une différence flagrante réside toutefois dans l'opposabilité des prescriptions juridiques. Le principe d'égalité, entendu comme prescrivant l'égalité « dans la loi », est cantonné à l'action du législateur quand la discrimination s'étend – en fonction du fondement juridique considéré (Constitution, conventions internationales, loi ordinaire) – aux acteurs privés, aux administrations, aux employeurs et au législateur, amorçant de ce fait une horizontalisation de l'exigence d'égalité. En ce sens, v. FONDIMARE, E., *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.*, p. 5-6.

¹⁷²² PERELMAN, C., « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », *op. cit.*, p. 371.

¹⁷²³ PELLISSIER, G., *Le Principe d'égalité en droit public*, *op. cit.*, p. 29.

¹⁷²⁴ EDEL, F., « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination », *op. cit.*, p. 128.

¹⁷²⁵ *Ibidem*. L'auteur ajoute : « toutes les distinctions ne sont pas interdites, seules certaines le sont d'une manière qui est relative ».

¹⁷²⁶ *Idem*, p. 136.

¹⁷²⁷ *Nota bene* : la relativité en tant que mode de réalisation de l'égalité peut être dissociée de la dérogation à l'isonomie, entendue comme le traitement différent de situations pourtant considérées comme semblables aux fins de rattrapage ou de correction des inégalités passées, qui se manifeste par les actions positives. V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, II, C et Section 3, II. Cette distinction explique le choix de ne pas mobiliser comme grille de lecture la seule distinction entre indifférenciation et différenciation comme mode de réalisation de l'égalité.

¹⁷²⁸ V. EDEL, F., « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *op. cit.*, p. 230-234. L'auteur évoque la « transition de l'indifférenciation vers la différenciation » et le « moment de la différence universelle : toutes les personnes sont différentes ». V. aussi p. 220-221 : « Les impasses du moment restrictif (1848-1920/1945 : l'identique débordé par le différent »).

passage de l'opposition à la conciliation de ces deux modes de réalisation¹⁷²⁹, permise par une articulation hiérarchique¹⁷³⁰. Celle-ci fait de la différence de traitement de situations différentes le complément utile et subsidiaire de l'isonomie¹⁷³¹. Largement admis par la doctrine (*e.g.* Nicole Belloubet-Frier¹⁷³², Michel Borgetto¹⁷³³, Gérard Gonzales¹⁷³⁴, Jean-Marc Sauvé¹⁷³⁵), cette articulation ressort également de la jurisprudence des cours françaises, en premier lieu du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État. Ces derniers considèrent en chœur que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur ou l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit¹⁷³⁶. Si la différenciation est possible, sa tolérance demeure néanmoins strictement conditionnée à sa justification.

469. Une telle mutation de l'exigence d'égalité possède une double influence sur la qualification juridique de discrimination. D'une part, en contribuant à relativiser le modèle de l'isonomie

¹⁷²⁹ *Idem*, p. 234 : « C'est parce qu'en son sein l'égalité reconnaît à la fois l'identique et le différent qu'ils se tempèrent aussi l'un l'autre ».

¹⁷³⁰ V. sur ce point DUBOUT, É., *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 400-401 : « l'uniformité de traitement bénéficierait d'une présomption de validité tandis que la différenciation serait nécessairement suspecte et devrait systématiquement être justifiée. Autrement dit, devant la difficulté de déterminer quelles sont les circonstances qui légitiment et imposent un traitement différent entre les individus, l'uniformité s'imposerait comme étant la règle et la différenciation l'exception dont il faudrait chaque fois démontrer le bien-fondé ».

¹⁷³¹ Frédéric Edel évoque « le tournant du moment contemporain : 1920/1945 à aujourd'hui : l'identique maîtrise le différent ». EDEL, F., « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *op. cit.*, p. 221-223, not. : « À partir du premier tiers du XXe siècle, s'ouvre donc la période contemporaine de l'interprétation du principe d'égalité, celle à partir de laquelle le concept d'égalité fait enfin pleinement droit à la notion de différence, qui jusque-là avait été réduite à sa plus faible dimension. Désormais, la clause d'égalité "... n'interdit pas toute distinction de traitement" ».

¹⁷³² BELLOUBET-FRIER, N., « Le principe d'égalité », *loc. cit.* : « Les différences de traitement ne sont autorisées que si elles sont justifiées par une différence de situation ».

¹⁷³³ BORGETTO, M., « Égalité, différenciation et discrimination : ce que dit le droit », *op. cit.*, p. 15-17 : « si le respect du principe d'égalité peut passer par la généralité de la règle, il peut aussi passer par une différenciation opérée entre individus ou entre groupes, en fonction notamment de la diversité des situations dans lesquelles ils se trouvent. Autre façon de dire que la différenciation peut constituer l'une des expressions les plus directes de l'égalité... ».

¹⁷³⁴ GONZALEZ, G., « La convergence des jurisprudences. Problèmes de définition et de contenu », *op. cit.*, p. 227 : « "l'égalité dans la loi : celui qui fait la loi ne doit pas violer le principe d'égalité. La généralité de la loi peut suffire à remplir cette condition. Les différences de traitement doivent être justifiées par une différence de situation ».

¹⁷³⁵ SAUVÉ, J.-M. (Vice-président du Conseil d'État), « Le principe d'égalité et le droit de la non-discrimination », *op. cit.*, p. 12 : l'égalité « voit ses conditions de mise en œuvre et son contenu juridique se transformer. Longtemps cherchée dans la seule généralité de la loi, l'égalité se développe désormais aussi par différenciation ».

¹⁷³⁶ CC, Décision n° 87-232 DC, 7 janvier 1988, cons. 10, par laquelle le Conseil constitutionnel s'est aligné sur la formule consacrée par le Conseil d'État. Auparavant : « si le principe d'égalité devant la loi implique qu'à situations semblables il soit fait application de solutions semblables, il n'en résulte pas que des situations différentes ne puissent faire l'objet de solutions différentes » (CC, Décision n° 79-107 du 12 juillet 1979, cons. 4). V. pour une application récente du considérant de principe par le Conseil d'État : CE, 4^{ème} ch., 28 mars 2018, n° 399097, inédit. Sa formule est par ailleurs complétée de l'appendice suivant : pourvu que la différence de traitement « ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des différences de situation susceptibles de la justifier ». V. pour de brefs commentaires : LEVADE, A., « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, n° 111, 2004/4, p. 61 ; BORGETTO, M., « Égalité, différenciation et discrimination : ce que dit le droit », *op. cit.*, p. 16 : « le juge constitutionnel invité à plusieurs reprises (en l'occurrence, à partir des années 1980) à se prononcer sur cette évolution, a adopté une position extrêmement compréhensive, confirmant par là que la différenciation pouvait constituer, dans certains cas, non pas la négation de l'égalité mais bien plutôt – en tant qu'elle réduit l'inégalité – son meilleur instrument de réalisation ».

sectorielle, elle tempère l'interdiction des différences de traitements directement fondées sur des motifs de discrimination. Celle-ci n'est plus absolue mais simplement de principe et s'accommode de justifications *numerus clausus*¹⁷³⁷ que le législateur a progressivement précisées au sein du droit de la non-discrimination. Ces dernières permettent alors de considérer que, malgré tout, la prise en compte du motif peut servir de critère pertinent – car non arbitraire – pour conclure à l'existence de situations différentes dans certains cas (*e.g.* handicap en cas d'inaptitude médicale constatée, sexe en cas d'exigence professionnelle essentielle et déterminante). D'autre part, en déplaçant le jugement d'égalité sur la justification des différences de traitement de situations différentes, tolérées sous conditions, elle ouvre la voie au contrôle par le juge des catégorisations qui n'entrent pas en confrontation avec le modèle de l'isonomie sectorielle car elles ne se fondent pas sur un motif énuméré. Les différences de traitement fondées sur des critères en apparence neutres mais qui aboutissent à un résultat similaire aux discriminations directes sont notamment concernées. Sous cet angle, il est possible de considérer que ce modèle a préparé l'organisation d'un contrôle de justification des discriminations indirectes *prima facie* au nom de l'égalité. En ce qu'elles engendrent après examen le même résultat que les discriminations directes, elles entrent en contradiction avec le modèle de relativité lorsqu'elles constituent des distinctions dénuées de justification suffisante qui créent un désavantage dans l'exercice ou la jouissance des droits. La mutation des exigences d'égalité est en conséquence, une fois de plus, suivie d'une mutation symétrique de la notion juridique de discrimination, désormais entendue, « dans une conception extensive », comme « toute différence de traitement qui n'est pas justifiée »¹⁷³⁸ au regard des motifs énumérés.

470. La notion de discrimination peut-elle pour autant être réduite à l'état de chose inerte, polymorphe du fait de sa pénétration par l'égalité mais entièrement dépendante d'elle et passive à son égard ? Rien n'est moins certain. Il serait envisageable de considérer cette notion comme un agent mutagène placé dans une position préférentielle, au cœur du processus de réalisation de l'égalité, accélérant à certains égards sa concrétisation. La rupture peut précisément être datée à partir de la consécration de la notion de discrimination indirecte. Celle-ci résulte d'abord de la signification normative conférée par les juridictions européennes à la qualification de discrimination. Elle s'est ensuite traduite dans les dispositions adoptées par les législateurs, européens puis nationaux. À compter de cette consécration, l'analyse des justifications des différences de traitement est déplacée principalement en aval, au regard des effets de la mesure – législative ou non – et de la jouissance des droits¹⁷³⁹. Elle introduit ainsi un bouleversement

¹⁷³⁷ V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, I, A, 2).

¹⁷³⁸ LOCHAK, D., « La notion juridique de discrimination », *op. cit.*, p. 16.

¹⁷³⁹ Comme le souligne Stéphanie Hennette-Vauchez, « le projet du droit de la lutte contre les discriminations peut s'énoncer dans la grammaire libérale, en tant qu'il entend simplement permettre *l'égal accès de tous à la jouissance et l'exercice*

considérable de l'analyse inhérente à toute assertion fondée sur l'égalité, que la non-discrimination a pour objet de réaliser. La justification de proportionnalité tend à devenir première et à primer la justification de comparaison.

471. Jusqu'à la consécration de la discrimination indirecte, l'analyse reposait sur une méthode déductive claire, influencée par l'égalité abstraite, lorsqu'il était question de statuer sur une distinction :

- Point de départ : évaluation *ex ante* de la comparabilité des situations sujettes à une différence de traitement (prise en compte explicite d'un motif de discrimination) à partir d'un point de vue particulier (dans le cadre ou en dehors des justifications *numerus clausus*) ;
- Hypothèse n° 1 : en cas de situations semblables (hors justifications *numerus clausus*), différence de traitement nécessairement disproportionnée (discrimination directe) et obligation de traitement identique (modèle de l'isonomie sectorielle) ;
- Hypothèse n° 2 : en cas de situations différentes (dans le cadre des justifications *numerus clausus*), différence de traitement suspecte (présomption de discrimination directe) mais possible sous réserve de proportionnalité (modèle de relativité) ;
- Conclusion n° 1 : en cas de proportionnalité, différence de traitement justifiée (présomption de discrimination directe justifiée) ;
- Conclusion n° 2 : en l'absence de proportionnalité, différence de traitement injustifiée (discrimination directe par disproportion).

472. La discrimination indirecte opère un renversement de l'analyse, qui n'est plus déductive mais inductive. Puisque la remise en cause de la distinction fondée sur un critère en apparence neutre procède de l'appréciation de ses effets, d'un point de vue méthodique, l'analyse en termes d'égalité est ainsi reformulée :

- Point de départ : évaluation *ex post* du désavantage qu'implique la différence de traitement (prise en compte d'un critère de distinction en apparence neutre) à partir d'un point de vue particulier (ses effets sont appréciés au regard d'un motif de discrimination)¹⁷⁴⁰ ;

de la liberté individuelle » (HENNETTE-VAUCHEZ, S. et VALENTIN, V., *L'affaire Baby Loup ou la nouvelle laïcité*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, p. 65 – nous soulignons).

¹⁷⁴⁰ Sur la nécessité de rechercher *ex post* ce rapport de proportion, v. Cass. soc., 30 septembre 2013, nos 12-14.752 et 12-14.964, *Bull.* V, n° 222 : « Qu'en se déterminant comme elle l'a fait, alors qu'il lui appartenait de rechercher si cette pratique de la caisse de retraite ne créait pas une discrimination indirecte *en désavantageant particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe* [...], la cour d'appel, qui s'est prononcée par un motif inopérant, a privé sa décision de base légale » (nous soulignons). V. encore Cass. soc., 14 novembre 2019, n° 18-15.682, *Bull.*

- Hypothèse n° 1 : en l'absence de désavantage particulier, différence de traitement non suspecte¹⁷⁴¹ ;
- Hypothèse n° 2 : en cas de désavantage particulier, différence de traitement suspecte (présomption de discrimination indirecte)¹⁷⁴² ;
- Sous-hypothèse n° 1 : en cas de proportionnalité du désavantage (but légitime et moyens nécessaires et appropriés), différence de traitement justifiée (présomption de discrimination indirecte justifiée) ;
- Sous-hypothèse n° 2 : en l'absence de proportionnalité du désavantage (absence de but légitime et de moyens nécessaires et appropriés), différence de traitement injustifiée (discrimination indirecte)¹⁷⁴³ ;
- Conclusion n° 1 : en cas de similitude des situations, nécessité d'un traitement identique¹⁷⁴⁴ ;
- Conclusion n° 2 : en cas de différence de situation, possibilité d'une autre différence de traitement, proportionnée cette fois¹⁷⁴⁵.

¹⁷⁴¹ Si elle n'engendre pas de désavantage particulier au regard d'un motif de discrimination, le juge ne contrôle pas l'opportunité de la catégorisation qui relève du pouvoir d'appréciation du législateur ou du pouvoir discrétionnaire de l'employeur/des autorités chargées du pouvoir réglementaire.

¹⁷⁴² Par exemple, v. Cass. soc., 3 juillet 2012, n° 10-23.013, *Bull.* V, n° 20 : attendu « qu'après avoir constaté que la condition prévue par l'article 21 des statuts de l'ORPESC, d'avoir été rémunéré au moins 200 heures par trimestre pendant quinze ans pour pouvoir bénéficier du régime de l'ARS, affectait les salariés à temps partiel, la cour d'appel a relevé d'une part, que parmi les sept entités relevant du régime de retraite complémentaire, seul le GIE PMH employait un nombre significatif de travailleurs à temps partiel, et d'autre part, qu'au sein de cette structure, la part des travailleurs féminins à temps partiel par rapport au total des travailleurs féminins (81,45 %) était plus élevée que celle des hommes à temps partiel par rapport au total des travailleurs masculins (40 %) ». V. encore Cass. civ. 2^e, 9 novembre 2017, n° 16-20.404.

¹⁷⁴³ Par exemple, v. toujours Cass. soc., 3 juillet 2012, n° 10-23.013, *Bull.* V, n° 20 : attendu « qu'ayant ainsi fait ressortir que parmi l'ensemble des travailleurs soumis à ladite réglementation, un pourcentage considérablement plus élevé de travailleurs féminins que masculins était affecté [en raison de leur emploi à temps partiel], elle en a exactement déduit [...] que l'article 21 de ses statuts constituait [en l'absence de justification] une violation du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins sous la forme d'une discrimination indirecte à l'encontre des femmes ».

¹⁷⁴⁴ Par exemple, CE, 4/6 SSR, 18 octobre 2002, *Spaggiari*, n° 224804, inédit : « qu'en particulier, lorsqu'à l'occasion du recrutement d'un fonctionnaire pour un emploi [...] les autorités administratives compétentes prennent en considération les activités professionnelles antérieures, exercées par les candidats au sein d'une administration publique, elles ne peuvent, à l'égard des ressortissants des États membres de l'Union européenne, opérer de distinction selon que ces activités ont été exercées dans une collectivité publique française ou dans celle d'un autre État membre » car « les stipulations précitées du traité instituant la Communauté européenne doivent être interprétées comme interdisant non seulement les discriminations fondées sur la nationalité, mais encore toutes les autres formes de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat » (nous soulignons).

¹⁷⁴⁵ V. Cass. civ. 2^e, 19 décembre 2019, n° 18-16.974, *Bull.* : « Le maintien, fût-ce à titre transitoire, du régime de la liquidation par anticipation des droits à pension avec entrée en jouissance immédiate qui résulte de ces dispositions, engendre une discrimination indirecte en matière de rémunération entre travailleurs féminins et travailleurs masculins [...] en ce que s'il poursuit un objectif légitime de politique sociale tendant à compenser les désavantages subis dans le déroulement de leur carrière par l'ensemble des travailleurs tant féminins que masculins ayant interrompu celle-ci durant un certain laps de temps afin de se consacrer à leurs enfants, les modalités retenues par le dispositif, favorisant une fin anticipée de la carrière professionnelle, ne sont pas de nature à compenser, avec la cohérence requise [certains] désavantages de carrière » (nous soulignons). Sur la discrimination par disproportion, v. le développement in Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, I, B, 2).

473. Ces inférences schématiques sont le plus souvent mêlées dans le raisonnement des magistrats. Un point de vue particulier semble en revanche toujours prévaloir, qu'il s'agisse de l'appréciation *ex ante* de la comparabilité des situations ou de l'évaluation *ex post* du désavantage particulier et de sa proportionnalité. L'une prime l'autre et c'est cet ordre qui a été inversé. À la source de cette bascule se trouve l'allégation du requérant, point de départ de l'analyse du juge. Dans la première configuration, le requérant allègue une similitude de situation – qui justifierait en principe une identité de traitement selon le modèle de l'isonomie sectorielle – et c'est la comparaison des situations qui amorce le raisonnement. Dans la seconde configuration, il allègue non pas une similitude des situations mais une disproportion de l'effet préjudiciable provoqué par la différence de traitement, et c'est alors la disproportion qui dicte l'analyse¹⁷⁴⁶. Dès lors que sont pris en compte les effets de la mesure pour apprécier la capacité à jouir des libertés (*i.e.* écart de liberté qui fonde le jugement de proportion), il n'est pas excessif de déceler derrière l'évolution méthodique – elle-même dictée par la simple mutation de la notion juridique de discrimination – une substitution du point de vue particulier à partir duquel est appréciée l'égalité. La justice commutative cède à la justice distributive et l'égalité passe d'abstraite à concrète.

474. C'est à la lumière de cette substitution – qui suit celle de la proportion à la comparaison¹⁷⁴⁷ – que peuvent être compris les propos de Xavier Bioy lorsqu'il affirme que « l'extension permanente du champ d'application de la non-discrimination révèle sans doute sa fonction même », à savoir la recherche de l'égalité concrète, « qui en est devenue le vrai moteur »¹⁷⁴⁸. Le droit de la non-discrimination peut-il se voir imputer, seul, la responsabilité d'une dénaturation de l'égalité après avoir lui-même toujours agi en son nom ? Sans doute convient-il de rappeler ici, avec Nicole Belloubet-Frier, que le simple « pouvoir donné au législateur de créer des distinctions » dans le cadre du modèle de relativité, qui amorce une tolérance du principe d'égalité vis-à-vis de la

¹⁷⁴⁶ Pour une nouvelle illustration de la primauté de la proportionnalité du traitement sur la comparaison des situations, v. Cass. soc., 6 juin 2012, n° 10-21.489, *Bull.* V, n° 168 : attendu qu'une discrimination indirecte « est caractérisée lorsque la mesure affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe ; Et attendu qu'ayant constaté un traitement défavorable, constitué par le refus d'affiliation à l'AGIRC, au détriment des fonctions d'assistants du service social, de délégués à la tutelle et de conseillers en économie sociale de la MSA, dont il n'est pas contesté qu'elles sont très majoritairement occupées par des femmes, par comparaison avec les fonctions de contrôleurs, inspecteurs, agents d'animation et techniciens conseils de prévention dépendant de la même convention collective, principalement occupées par des hommes, la cour d'appel a exactement décidé que l'AGIRC, qui se bornait à soutenir que le critère de comparaison avec des fonctions semblables dans des conventions collectives voisines était le seul qui permette d'atteindre l'objectif de stabilité, de cohérence et de pérennité du régime, ne justifiait pas du caractère nécessaire et approprié du refus d'affiliation des catégories essentiellement féminines d'assistant du service social, de délégué à la tutelle et de conseiller en économie sociale ».

¹⁷⁴⁷ À la lueur du constat esquissé, on peut se demander avec François Molins « si le contrôle de proportionnalité n'est pas une façon de faire renaître le jugement d'équité ». V. MOLINS, F. (Procureur général près la Cour de cassation), Discours d'ouverture, Conférence des chefs des Cours suprêmes des États membres du Conseil de l'Europe, *loc. cit.*.

¹⁷⁴⁸ BIOY, X., « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », *op. cit.*, p. 76.

différenciation, « constitue une certaine progression vers une égalité concrète »¹⁷⁴⁹. Surtout, la signification normative conférée à la qualification de discrimination – désormais indirecte – par les juridictions européennes, puis par les législateurs européen et nationaux, révèle, même si elle ne transparait pas explicitement, une volonté de traduire une exigence d'égalité concrète dans le droit de la non-discrimination. Ce processus de concrétisation ressort désormais de manière flagrante de l'action des autorités normatives – car ce sont bien ces dernières qui agissent *in fine*, peu importe l'outil auquel est attribuée la fonction – et permet de poursuivre le constat d'une mutation symétrique de l'égalité et de la non-discrimination

II. L'influence de l'égalité concrète ou la proportionnalité *ex post* du traitement comme point de vue privilégié

475. L'égalité concrète s'inscrit en prolongement du modèle de relativité lorsqu'elle s'appuie sur la différenciation¹⁷⁵⁰. Elle s'apprécie en termes de proportion au regard des effets *ex post* du traitement mis en cause plus qu'au regard de l'adéquation du contenu du traitement avec des situations comparées *ex ante*. Cette idée ressortait des écrits d'Olivier Jouanjan lorsqu'il affirmait que « l'égalité, c'est la qualité juridique reconnue aux individus "devant" la règle, c'est-à-dire en tant que *destinataires* de cette règle » et qu'elle « doit donc être jugée dans les *effets* des différences et identités de traitement instituées par la règle »¹⁷⁵¹. Afin de saisir cette conception moderne de l'égalité, il est possible de se référer à la typologie esquissée par Jérôme Porta. Ce dernier décline finement l'égalité concrète en trois sous-types (*i.e.* l'égalité « matérielle », l'égalité « substantielle » et l'égalité « réelle »), qui qualifient selon lui « trois conceptions différentes de l'effectivité de l'égalité »¹⁷⁵². Poursuivant l'approche généalogique de la notion de discrimination, chacune de ces trois conceptions peut être rattachée à une signification moderne de la qualification de discrimination qui les réalise. Sans surprise, l'égalité matérielle s'accorde avec la discrimination matérielle et restreint parallèlement la portée de la discrimination directe (A). L'égalité substantielle

¹⁷⁴⁹ BELLOUBET-FRIER, N., « Le principe d'égalité », *loc. cit.* : elle ajoute qu'il « s'agit d'une forme active du principe, d'une égalité substantielle qui n'interdit pas à l'État d'agir, mais qui ne contient pas d'obligations en ce sens ». V. aussi SEILLER, B., « Contribution à la résolution de quelques paradoxes de la formulation prétorienne du principe d'égalité », *op. cit.*, p. 980.

¹⁷⁵⁰ Soulignons que l'égalité concrète n'exclut pas l'isonomie, c'est-à-dire le traitement identique. Lorsqu'il constitue le mode de réalisation le plus à même de garantir la proportionnalité du traitement, il constitue le mode privilégié de l'égalité, y compris concrète, appréciée au regard des effets de la mesure (*e.g.* fixer, pour un enseignant en droit, une méthode d'évaluation commune de ses étudiants, sans distinction de sexe).

¹⁷⁵¹ JOUANJAN, O., « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *op. cit.*, p. 138. En italiques dans le texte.

¹⁷⁵² PORTA, J., « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2^e partie) », *loc. cit.* : « Matérielle, substantielle ou réelle, une autre égalité se dessine en contrepoint de l'égalité formelle. Quel sens donner à ces invitations à un approfondissement de l'égalité ? Elles ont toutes en commun de vouloir s'affranchir de l'abstraction du droit pour toucher à une concrétisation ». Pour l'auteur, ces trois conceptions « traduisent dans le discours juridique une géographie pluraliste des idéaux de justice sociale ».

aboutit à envisager la discrimination par refus d'aménagement raisonnable (B). Quant à l'égalité réelle, elle a engendré une énième restriction de la notion de discrimination directe en érigeant certaines actions positives en justifications légales des présomptions de discrimination (C). Perçues sous cet angle, égalité et discrimination semblent continuer à lier leur destin et à être les objets de mutations symétriques – laissant l'observateur dubitatif face aux affirmations du caractère conflictuel de leur relation.

A. L'égalité matérielle : deuxième limite à la discrimination directe et fondement de la discrimination matérielle

476. À l'instar de l'égalité substantielle et de l'égalité réelle, l'égalité matérielle repose sur le constat qu'un traitement identique est susceptible d'engendrer un désavantage particulier et injustifié pour certains individus par rapport à d'autres. Elle conduit à questionner la neutralité de la règle et à envisager qu'elle puisse produire – ou reproduire – des inégalités lorsque, interagissant avec les conditions d'existence des sujets de droit, « concrètement situés et abstraitement regroupés en catégories »¹⁷⁵³, elle débouche sur un désavantage considéré comme disproportionné. Selon Jérôme Porta, tel est notamment le cas « chaque fois qu'un sujet de droit échoue à remplir les conditions d'accès à un droit ou une protection du fait de la non prise en compte d'une qualité singularisée »¹⁷⁵⁴. L'égalité matérielle consiste face à ce constat à « compenser ce désavantage par l'allocation d'un droit spécifique »¹⁷⁵⁵ ou, pour reprendre les termes du Conseil d'État, à « rétablir une égalité des chances rompue par les aléas de la vie en créant des droits différenciés », ce qui « est conforme à la conception équitable de l'égalité »¹⁷⁵⁶. L'égalité matérielle part d'une appréciation – par prévision ou constat – des effets de la réglementation qui met en lumière un désavantage supporté par certains sujets de droit, spécifique à une particularité ou une vulnérabilité. Cette appréciation engendre en écho une volonté d'égalisation des capacités de jouissance des droits, et pousse à la prise en compte de la spécificité constatée afin d'établir une différence de traitement dans le but de compenser ledit désavantage. La prise en compte des faits et des effets du droit conduit en somme le législateur et les autorités disposant du pouvoir réglementaire à affiner les traitements juridiques

¹⁷⁵³ JOUANJAN, O., « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *op. cit.*, p. 138. En italiques dans le texte.

¹⁷⁵⁴ PORTA, J., « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2^e partie) », *loc. cit.*

¹⁷⁵⁵ *Ibidem.*

¹⁷⁵⁶ CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public de 1996. Sur le principe d'égalité*, *op. cit.*, p. 87.

par une précaution particulière manifestée au stade de la catégorisation. L'objectif est à terme d'offrir aux sujets de droit une « égale protection »¹⁷⁵⁷ de la loi¹⁷⁵⁸.

477. Les exemples sont nombreux, notamment en matière de politiques sociales relatives à l'emploi des plus jeunes ou des plus anciens ou encore en matière de politique de la ville par le biais de la territorialisation de l'action publique. L'article premier de la loi du 4 février 1995 est à cet égard évocateur. Après avoir qualifié la politique d'aménagement et de développement du territoire d'objectif d'intérêt général, il dispose que celle-ci « a pour but d'assurer, à chaque citoyen, l'égalité des chances sur l'ensemble du territoire » et, à cet effet, elle tient compte des « inégalités des conditions de vie des citoyens liées à la situation géographique et à ses conséquences » pour « compenser les handicaps territoriaux » et « [moduler] les charges imposées à chacun »¹⁷⁵⁹. À un tout autre niveau, une même logique de compensation est illustrée par la protection spéciale octroyée aux travailleuses enceintes qui vise à compenser, « c'est-à-dire équilibrer, contrebalancer, corriger [leur] situation [...] afin de la rendre équivalente à celle des autres travailleurs »¹⁷⁶⁰. Cette

¹⁷⁵⁷ La notion d'égalité protection se trouve d'ores et déjà consacrée dans plusieurs conventions internationales. L'article 7 de la DUDH, l'article 26 du PIDCP, l'article 24 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme ou encore le Préambule de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale garantissent tous en ce sens le droit « à une égale protection de la loi » ou à une « protection égale de la loi » (l'article 10 du PIDESC dispose quant à lui qu'une « protection spéciale doit être accordée aux mères pendant une période de temps raisonnable avant et après la naissance des enfants »). Il en va de même de certaines législations étrangères (l'article 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés dispose que « la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi » ; v. sur les implications de cette formule MORIN, A., *Le droit à l'égalité au Canada*, *op. cit.*, p. 43). L'égalité protection place la proportionnalité au cœur de l'analyse et fait porter le jugement sur « la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (art. 1, 1^o et 4^o, de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale – nous soulignons ; v. aussi art. 1 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ; v. encore, évidemment, la formulation de l'article 14 de la Convention EDH).

¹⁷⁵⁸ Cette conception de l'égalité protection de la loi correspond à l'égalité « devant la loi » telle qu'interprétée par Olivier Jouanjan. Pour une illustration récente, v. JOUANJAN, O., « Logiques de l'égalité », *loc. cit.* : « Ce faisant, on donne véritablement sa dimension universelle à l'égalité : "tous", indépendamment de leur appartenance à telle ou telle catégorie légale, sont, devant la loi, comme des égaux "équipondérés" : ils sont sur un pied d'égalité malgré leurs différences. Tel est le principe de l'égalité de tous devant la loi : il suppose d'être transcategoriel, sans cependant exiger l'identité de traitement de tous ».

¹⁷⁵⁹ Art. 1 de la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire.

¹⁷⁶⁰ PORTA, J., « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2^e partie) », *loc. cit.* : « Pareille faculté a été tôt ouverte par le législateur européen. Cette logique de compensation afin de remédier à des "inégalités de fait" a trouvé une traduction forte dans la directive 92/85 relative à la santé et à la sécurité des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail. Selon la directive, les travailleuses visées sont un "groupe à risques spécifiques" dont la "vulnérabilité justifie des mesures particulières". En particulier, les femmes enceintes ou accouchées se voient reconnaître une protection spéciale contre le licenciement pendant la période allant du début de la grossesse jusqu'à la fin du congé maternité ».

protection spéciale apparaît, entre autres, à la lecture des articles L. 1225-4¹⁷⁶¹, L. 1225-5¹⁷⁶², L. 1225-7¹⁷⁶³, L. 1225-9¹⁷⁶⁴ et L. 1225-12¹⁷⁶⁵ du Code du travail.

478. Le développement juridique de cette exigence d'égalité matérielle a, là encore, engendré en répercussion une évolution de la notion de discrimination. Afin d'échapper à la qualification de discriminations directes en tant que traitements différents de situations considérées comme similaires selon le modèle de l'isonomie sectorielle, ces mesures préférentielles introduites dans le droit de l'égalisation ont donné lieu à de nouvelles dispositions en droit de la non-discrimination. Si le fait de réserver le bénéfice d'une mesure à certains salariés en raison de leur sexe est prohibé devant les juridictions prud'homales, l'article L. 1142-1 du Code du travail précise toutefois que cette prohibition ne s'applique pas aux dispositions qui composent la protection spéciale susmentionnée des travailleuses¹⁷⁶⁶. Ont également été consacrées comme justifications légales aux discriminations directes *prima facie* les mesures « prises en faveur des personnes résidant dans certaines zones géographiques », « des personnes handicapées », « des femmes en raison de la grossesse ou la maternité », « des personnes vulnérables en raison de leur situation économique » lorsqu'elles visent « à favoriser l'égalité de traitement »¹⁷⁶⁷. De même, échappent à la qualification de discriminations directes les mesures prises « en vue d'assurer la protection des jeunes et des travailleurs âgés »¹⁷⁶⁸. L'exigence d'égalité matérielle possède ainsi une répercussion sur la notion de discrimination directe que les textes circonscrivent explicitement afin de placer certaines mesures préférentielles et compensatoires en dehors de son champ d'application.

¹⁷⁶¹ « Aucun employeur ne peut rompre le contrat de travail d'une salariée lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constaté, 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 ».

¹⁷⁶² « Le licenciement d'une salariée est annulé lorsque, dans un délai de quinze jours à compter de sa notification, l'intéressée envoie à son employeur, dans des conditions déterminées par voie réglementaire, un certificat médical justifiant qu'elle est enceinte ».

¹⁷⁶³ « La salariée enceinte peut être affectée temporairement dans un autre emploi, à son initiative ou à celle de l'employeur, si son état de santé médicalement constaté l'exige. [...] L'affectation dans un autre établissement est subordonnée à l'accord de l'intéressée. [...] Le changement d'affectation n'entraîne aucune diminution de rémunération ».

¹⁷⁶⁴ « La salariée en état de grossesse médicalement constaté ou ayant accouché, qui travaille de nuit [...] est affectée sur sa demande à un poste de jour pendant la durée de sa grossesse et pendant la période du congé postnatal ».

¹⁷⁶⁵ « L'employeur propose à la salariée qui occupe un poste de travail l'exposant à des risques déterminés par voie réglementaire un autre emploi compatible avec son état : 1° Lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constaté ; 2° Lorsqu'elle a accouché, compte tenu des répercussions sur sa santé ou sur l'allaitement, durant une période n'excédant pas un mois après son retour de congé postnatal ».

¹⁷⁶⁶ « Est nulle toute clause d'une convention ou d'un accord collectif de travail ou d'un contrat de travail qui réserve le bénéfice d'une mesure quelconque, à un ou des salariés, en considération du sexe. Toutefois, ces dispositions ne sont pas applicables lorsque cette clause a pour objet l'application des dispositions relatives : 1° A la protection de la grossesse et de la maternité [...] ; 2° A l'interdiction d'emploi prénatal et postnatal [...] ; 3° A l'allaitement [...] ; 4° A la démission de la salariée en état de grossesse médicalement constaté ».

¹⁷⁶⁷ Art. 2, 4° et 5° de la loi du 27 mai 2008 et art. L. 1133-4 à L. 1133-6 du Code du travail.

¹⁷⁶⁸ Art. L. 1132-2 du Code du travail.

479. La consécration de l'égalité matérielle n'est toutefois pas demeurée le privilège du législateur. Celui-ci peut la mettre en œuvre en amont par le biais d'une catégorisation qui tient compte des conditions d'existence nécessaire à la jouissance des droits. Il peut en ce sens prévoir qu'une « majoration de durée d'assurance de quatre trimestres est attribuée aux femmes assurées sociales, pour chacun de leurs enfants, au titre de l'incidence sur leur vie professionnelle de la maternité, notamment de la grossesse et de l'accouchement »¹⁷⁶⁹. En aval, le juge peut, quant à lui, être amené à constater la disproportion manifeste d'une catégorisation générale qui négligerait cette dimension et engendrerait, dans les faits, un effet défavorable disproportionné pour certains individus par rapport à d'autres au regard d'un motif de discrimination. Il en irait ainsi de la sanction par le juge de la pratique d'un employeur qui attribuerait indistinctement à tous ses salariés une prime calculée au prorata du temps de travail cumulé à l'année, sans tenir compte de son effet défavorable sur les femmes, majoritairement embauchées à temps partiel ou absentes pour congé maternité.

480. La CJCE a en effet permis, d'abord en matière de libre circulation, de faire émerger la notion de discrimination matérielle en reconnaissant que la qualification juridique de discrimination pouvait être apposée à une indistinction (*i.e.* un traitement identique de situations différentes)¹⁷⁷⁰. Ainsi désignée par opposition à la discrimination formelle qui procède d'une différence de traitement, la discrimination matérielle peut être juridiquement appréhendée par le biais de la qualification juridique de discrimination indirecte – car elle se présente sous les traits d'une mesure ou d'une pratique en apparence neutre¹⁷⁷¹. Cette conception de la discrimination rompt l'un des acquis de l'isonomie selon lequel un traitement identique est *nécessairement* proportionné¹⁷⁷². L'interprétation du principe d'égalité – ou « principe d'égalité de traitement » en droit de l'Union européenne –, dans cette perspective protectrice et compensatrice, tend une fois encore à faire évoluer la qualification juridique de discrimination, qui ne s'applique plus aux seules distinctions. La notion se voit conférer une signification normative qui aligne ses exigences sur celle de l'égalité matérielle. Il en va de même lorsqu'est considérée l'égalité substantielle.

¹⁷⁶⁹ Art. L. 351-4 du Code de la sécurité sociale.

¹⁷⁷⁰ CJCE, 17 juillet 1963, *Italie c. Commission*, aff. 13/63, rec. p. 341 et s., v. not. p. 360, point 4, a) : « que le traitement différent de situations non comparables ne permet pas de conclure automatiquement à l'existence d'une discrimination ; qu'une apparence de discrimination formelle peut donc correspondre, en fait, à une absence de discrimination matérielle ; que la discrimination matérielle aurait consisté à traiter soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes ».

¹⁷⁷¹ V. not. COUR EDH, 1^e sect., 30 juin 2016, *Taddenci et McCall c. Italie*, req. n° 51362/09, § 81 et 85. Sur l'ensemble de ces questions, voir ou revoir Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, I, A, 2). Cette discrimination indirecte, rarement constatée, repose sur l'appréciation des effets du traitement contesté, notamment de la disproportion (*i.e.* écart de liberté) engendrée au regard d'un motif de discrimination.

¹⁷⁷² Cette rupture n'intervient qu'en cas de disproportion manifeste et sectorielle (*i.e.* au regard d'un motif de discrimination). En conséquence, elle n'oblige nullement à traiter toutes les situations différentes de manière différente en proportion de leur différence.

B. L'égalité substantielle : fondement de la discrimination pour refus d'aménagement raisonnable

481. Proche de l'égalité matérielle, l'égalité substantielle repose, elle aussi, sur la volonté de compenser les défaveurs disproportionnées susceptibles de résulter d'une identité de traitement. Elle tend à justifier, elle aussi, dans certains cas, la nécessité d'une différence de traitement et aspire, elle aussi, à placer les individus dans des conditions d'égaies capacités de jouissance des droits ou d'égaies capacités d'accès aux biens, aux services, etc. Contrairement à l'égalité matérielle en revanche, le désavantage que l'on cherche à éviter n'est pas le fruit de l'application d'un traitement identique à des situations différentes qui exigerait un affinement des catégories. Il est plutôt produit par l'absence de considération spécifique de l'environnement. Dans son acception substantielle, « ce que requiert la concrétisation de l'égalité n'est alors rien de moins que l'aménagement de l'environnement social » afin qu'il soit en mesure « de garantir l'égale capacité des individus à accéder certains biens sociaux »¹⁷⁷³. Une autre distinction notable avec l'égalité matérielle réside dans le fait que les sujets de droit sont généralement – mais non nécessairement – considérés individuellement et non au prisme des catégories¹⁷⁷⁴. Il s'agit de la « "mise en capacité" d'un individu »¹⁷⁷⁵. Dans cette configuration, la prise en compte de l'environnement social met en lumière un désavantage spécifique à une particularité ou une vulnérabilité. Elle engendre en écho une volonté d'égalisation des capacités de jouissance des droits par la prise en compte de la spécificité constatée afin d'adapter cet environnement, dans un but de compensation dudit désavantage¹⁷⁷⁶.

¹⁷⁷³ PORTA, J., « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2^e partie) », *loc. cit.*

¹⁷⁷⁴ Il est toutefois possible de concevoir dans le cadre de l'égalité substantielle une obligation d'aménagement plus générale et non individualisée concernant les structures et le fonctionnement des entreprises, publiques et privées, afin de concilier vie professionnelle et vie familiale, qu'il s'agisse de parentalité ou de situation de proche aidant. Ces perspectives sont soulevées *in ibidem* en référence au considérant 11 de la directive 2006/54/CE. Tel est également le cas lorsque la loi prévoit la part de logements qui doivent être adaptés aux personnes handicapées dans les nouvelles constructions.

¹⁷⁷⁵ PORTA, J., « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2^e partie) », *loc. cit.* La citation fait référence aux travaux d'Amartya Sen, not. SEN, A., *L'idée de justice*, Paris, Flammarion, 2009, p. 284.

¹⁷⁷⁶ Cette dimension a parfois pu être vivement critiquée tant la logique d'aménagement ne permet pas de remettre en cause la « normalité » qui structure l'environnement ou la règle de droit dont l'application subsiste. Pour certains auteurs, il s'agit d'un palliatif qui permet de cadrer le différent au sein d'une normalité non remise en cause, en soi, et en ce qu'elle a d'excluant. V. not. DAY, S. et BRODSKY, G., « The Duty to Accommodate: Who Will Benefit? », *Revue du Barreau du Canada*, n° 75, 1996, p. 462 et s., tel que traduit et cité *in Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 RCS 3, par. 41 : « La difficulté que pose ce paradigme est qu'il ne met en question ni l'inégalité du rapport de force ni les discours de domination, comme le racisme, la prétention de la supériorité des personnes non handicapées, le sexisme, qui font qu'une société est bien conçue pour certains mais pas pour d'autres. Il permet à ceux qui se considèrent "normaux" de continuer à établir des institutions et des rapports à leur image, pourvu qu'ils "composent" avec ceux qui en contestent l'établissement. Sous cet angle, l'accommodement paraît ancré dans le modèle de l'égalité formelle. [...] L'accommodement ne touche pas le cœur de la question de l'égalité, le but de

482. Les aménagements raisonnables au bénéfice des personnes en situation de handicap en matière d'emploi incarnent l'exemple idoine de cette exigence d'égalité¹⁷⁷⁷. Il est question d'aménager le contexte de travail, qu'il s'agisse du poste ou des équipements, des horaires, du lieu ou des modalités de travail (e.g. télétravail), des consignes ou des objectifs fixés¹⁷⁷⁸. Les législateurs, français et européen, adoptent en ce sens diverses dispositions dans le droit de l'égalisation qui posent l'obligation d'aménagement raisonnable. Parmi elles figure l'article 5 de la directive 2000/78/CE, lequel dispose : « *Afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus. Cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée* »¹⁷⁷⁹. Cette disposition a été transposée en droit interne par les articles L. 5213-6 du Code du travail et 6 *sexies* de la loi Le Pors. À la différence de l'égalité réelle, n'est ici visée qu'une obligation de moyens et non de résultats. Les employeurs ont toujours la possibilité d'établir qu'une charge disproportionnée ou « *contrainte excessive* »¹⁷⁸⁰ rend l'aménagement impossible (e.g. coût

la transformation ni l'examen de la façon dont les institutions et les rapports doivent être modifiés pour les rendre disponibles, accessibles, significatifs et gratifiants pour la multitude de groupes qui composent notre société. L'accommodement semble signifier que nous ne modifions ni les procédures ni les services ; nous nous contentons de "composer" avec ceux qui ne cadrent pas tout à fait. Nous faisons certaines concessions à ceux qui sont "différents", plutôt que d'abandonner l'idée de la "normalité" et d'œuvrer à la véritable inclusion. De cette manière, l'accommodement semble permettre à l'égalité formelle d'être le paradigme dominant, pourvu que certaines adaptations puissent parfois être faites pour remédier à des effets inégaux. Sous cet angle, l'accommodement ne met pas en doute les croyances profondes relatives à la supériorité intrinsèque de caractéristiques comme la mobilité et la vue. Bref, l'accommodement favorise l'assimilation. Son objectif est de tenter de faire cadrer les personnes "différentes" dans les systèmes existants ».

¹⁷⁷⁷ Pour des développements relatifs à l'extension de l'obligation d'aménagement raisonnable au-delà du handicap, v. not. BRILLAT, M., *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, *op. cit.*, p. 254 et s., CJCE, 1^{er} ch., 27 octobre 1976, *Vivien Prajs*, aff. C-130/75, pt. 18, ou encore ROBIN-OLIVIER, S., « L'émergence de la notion de discrimination indirecte : évolution ou révolution ? », *op. cit.*, p. 33-34 (« Il est vrai que la mention spéciale de ces aménagements pour le cas particulier du handicap ne favorise pas une généralisation de cette interprétation de la notion de discrimination indirecte. Une telle interprétation ne peut cependant être écartée car, lorsqu'aucune distinction fondée sur un critère en apparence neutre n'existe, que l'on pourrait se contenter d'éliminer, l'élimination de la discrimination indirecte ne peut s'opérer qu'au moyen d'un aménagement spécifique de la règle, de la pratique ou de la mesure, pour tenir compte de la situation ou des besoins propres de ceux qui se trouvent, de fait, privés d'accès à certains biens ou avantages »). Au Canada, v. aussi *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 RCS 3, § 32 et s.

¹⁷⁷⁸ V. entre autres : JOLY, L., *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, thèse dactylographiée, Université Paris Ouest Nanterre la Défense, 2013, p. 283-397 ; GRÜNDLER, T. (dir.), *Aménagements raisonnables et non-discrimination*, rapport de recherche financé par l'Alliance de recherche sur les discriminations, 2016 ; SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 191-194.

¹⁷⁷⁹ Nous soulignons.

¹⁷⁸⁰ Telle est la notion employée en droit canadien. Sur la question des aménagements raisonnables en droit canadien, v. par exemple : *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Commission des droits de la personne)*, [1990] 2 RCS 489, p. 491 ; *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 RCS 970, p. 984-985 ; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 RCS 624, par. 87-94 ; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 RCS 650, par. 128 ; *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, [2008] 2 RCS 561, par. 14 à 19.

démessuré, impact de l'aménagement sur le fonctionnement de la structure, atteinte possible aux droits d'autrui).

483. Une fois intégrée au droit de l'égalisation, l'obligation d'aménagement raisonnable peut, le cas échéant, être réalisée par le biais du droit de la non-discrimination¹⁷⁸¹, après nouvelle extension de la qualification de discrimination. Si le refus d'aménagement raisonnable est généralement associé à la qualification juridique de discrimination indirecte¹⁷⁸², certains auteurs ont néanmoins considéré que ce manquement s'apparente à « un type de discrimination *sui generis*, qui ne nécessite pas de distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte »¹⁷⁸³. L'article 2 de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées de 2006, ratifiée par la France en 2010, précise indistinctement que « la discrimination fondée sur le handicap comprend toutes les formes de discrimination, y compris le refus d'aménagement raisonnable ». En France, l'article L. 5213-6 du Code du travail dispose à son tour que le refus de prendre des mesures constitutives d'un aménagement raisonnable « peut être constitutif d'une discrimination »¹⁷⁸⁴. La qualification juridique de discrimination évolue alors, à nouveau, pour s'étendre cette fois aux discriminations par refus d'aménagement raisonnable. Cette dynamique extensive du droit de la non-discrimination du fait des exigences nouvelles et mouvantes de l'égalité n'est pas seule à opérer. La conception de l'égalité réelle illustre, en contraste, une conception toujours plus circonscrite de la notion de discrimination directe.

C. L'égalité réelle : troisième limite à la discrimination directe

484. Troisième exigence d'égalité concrète selon Jérôme Porta, l'égalité réelle obéit à une logique de résultats et non de moyens. À l'inverse de l'égalité substantielle, c'est l'égale jouissance ou l'égal accès, strictement entendu, qui importe. Elle est sous-tendue par des mécanismes préférentiels appréciés quantitativement à l'aune d'une comparaison des situations fondée sur un « objectif chiffré » (*e.g. quotas, priorités d'accès*)¹⁷⁸⁵. En d'autres termes, l'égalité réelle repose généralement sur des « mesures de rattrapage instituées au profit de groupes qui ont été victimes, dans leur propre

¹⁷⁸¹ Sur la distinction entre droit de l'égalisation et droit de la non-discrimination, v. Introduction, I, B.

¹⁷⁸² Entre autres, ROBIN-OLIVIER, S., « L'émergence de la notion de discrimination indirecte : évolution ou révolution ? », *op. cit.*, p. 33-34 : on peut ranger ces mesures « dans la catégorie des mesures exigées par l'interdiction des discriminations indirectes, car elles exigent, en considération de la disproportion des effets des règles, l'adoption de mesures spécifiques ».

¹⁷⁸³ COMMISSION EUROPÉENNE (TOBLER, C.), *Limites et potentiels du concept de discrimination indirecte*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁷⁸⁴ Quant à la Cour EDH, elle considère que « de tels aménagements raisonnables permettent de corriger des inégalités factuelles qui, ne pouvant être justifiées, constituent une discrimination ». V. COUR EDH, 2^e sect., 23 février 2016, *Çam c. Turquie*, req. n° 51500/08, § 65.

¹⁷⁸⁵ PORTA, J., « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2^e partie) », *loc. cit.*

pays, d'une entreprise de marginalisation minutieusement organisée par le droit » et qui « aménage, au bénéfice de ces groupes, un accès préférentiel aux ressources »¹⁷⁸⁶ (e.g. emploi, capitaux, enseignement supérieur, propriété foncière, fonctions). Il n'est plus question de considérer que des traitements différents interviennent, à des fins de compensation, pour régir des situations considérées comme dissemblables du fait des conditions actuelles d'existence des sujets de droit – comme cela peut être le cas dans le cadre de l'égalité matérielle. Plus radicalement, des situations considérées comme fondamentalement semblables mais ne l'ayant pas été juridiquement par le passé sont traitées de manière distincte et préférentielle à des fins de correction, de rattrapage¹⁷⁸⁷.

485. De ce côté de l'Atlantique, où les programmes d'*affirmative actions* ont connu un succès moindre¹⁷⁸⁸, les actions positives en matière d'égalité entre les femmes et les hommes en constituent l'illustration la plus saillante. Ces dispositifs ressortent, entre autres, 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 de l'égalité professionnelle¹⁷⁸⁹ (loi « Copé-Zimmermann »), ou encore des articles 52 à 56 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 publique¹⁷⁹⁰ (loi « Sauvadet »). Le processus à l'œuvre est du reste le même que celui emprunté dans le cadre des mesures préférentielles en vue de l'égalité matérielle. Après que le droit de l'égalisation a intégré les dispositions juridiques propres à l'action positive en question, le droit de la non-discrimination est

¹⁷⁸⁶ CALVÈS, G., « Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », *Pouvoirs*, n° 111, 2004, p. 29 : « Dans la quasi-totalité des cas, ce n'est pas l'égalité des chances que le quota vise à garantir mais, ni plus ni moins, l'égalité de résultats ». V. encore CALVÈS, G., *La Discrimination positive*, Paris, PUF, 2004, p. 7-57. V. aussi BUI-XUAN, O., *Le droit public français, entre universalisme et différentialisme*, *op. cit.*, p. 213 qui se réfère à des « mesures juridiques qui ont d'une part pour sujet des groupes d'individus, lesquels ont été ou sont victimes de discriminations (négatives) de droit ou de fait ; elles visent en outre un certain résultat : soit l'égalité (de réussite de représentation, de participation...) avec le reste de la population, soit l'atteinte d'un certain seuil (*quota*) (de réussite, de représentation, de participation...) équivalent au pourcentage que représente le groupe dans la population totale ».

¹⁷⁸⁷ DUBOUT, É., *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 271.

¹⁷⁸⁸ CALVÈS, G., *L'Affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis*, *op. cit.* Sur le recul aux États-Unis des programmes d'*affirmative action*, v. récemment CALVÈS, G., « La Cour suprême des États-Unis et le démantèlement de l'affirmative action », *Titre VII*, n° 4, 2020. V. également sur la question THARAUD, D., *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, these dactylographiée, Université de Limoges, 2006.

¹⁷⁸⁹ L'art. 6 dispose par exemple : « La proportion des membres du conseil d'administration ou de surveillance de chaque sexe nommés par décret en application des 1° et 2° de l'article 5 et du dernier alinéa de l'article 6 ne peut être inférieure à 40 % ». Il a depuis été modifié par l'art. 66 de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes et dispose : « L'écart entre le nombre de femmes et le nombre d'hommes membres du conseil d'administration ou de surveillance nommés par décret en application des 1° et 2° de l'article 5 et du dernier alinéa de l'article 6 ne peut être supérieur à un ».

¹⁷⁹⁰ L'article 42 dispose par exemple : « La proportion de personnalités qualifiées de chaque sexe nommées en raison de leurs compétences, expériences ou connaissances administrateurs dans les conseils d'administration, les conseils de surveillance ou les organes équivalents des établissements publics non mentionnés à l'article 1er de la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public ne peut être inférieure à 40 % ».

subséquemment adapté afin de mettre à l'abri ces mesures vis-à-vis de la qualification de discrimination, en l'occurrence fondée sur le sexe, en les érigeant en justifications légales des discriminations directes *prima facie*. L'interdiction de la discrimination énoncée par la loi du 27 mai 2008 fait ainsi exception des mesures prises, dans un sens large, en faveur « de la promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes » quand le Code pénal excuse depuis 2008 les distinctions visant « la promotion de l'égalité des sexes »¹⁷⁹¹. Depuis 2001, la loi Le Pors autorise quant à elle plus spécifiquement les distinctions fondées sur le sexe ayant pour objectif de « concourir à une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes » au sein des jurys et comités de sélection¹⁷⁹². Le Code du travail, enfin, place hors de la sphère de la discrimination directe les actions positives, y compris celles adoptées par voie réglementaire ou conventionnelle¹⁷⁹³. L'article L. 6112-2 dispose encore que « le principe de non-discrimination [...] ne fait pas obstacle à l'intervention, à titre transitoire, par voie réglementaire ou conventionnelle, de mesures prises au seul bénéfice des femmes en vue d'établir l'égalité des chances [...] en matière de formation » car « ces mesures sont destinées notamment à corriger les déséquilibres constatés [...] dans la répartition des femmes et des hommes dans les actions de formation ». L'adoption de ces dispositifs contribue ainsi à circonscrire la qualification juridique de discrimination directe, celle-ci s'adaptant, encore et toujours, au gré de l'évolution des exigences d'égalité. Avec Sophie Robin-Olivier, il pourrait en conséquence être affirmé que « l'interdiction de la discrimination correspond alors à une certaine conception de l'égalité, non à une notion distincte »¹⁷⁹⁴.

¹⁷⁹¹ Art. 2 de la loi du 27 mai 2008 et art. 225-3 du Code pénal.

¹⁷⁹² Art. 6 *bis*, al. 4, de la loi Le Pors. Plus précisément : « des distinctions peuvent être faites entre les femmes et les hommes en vue de la désignation, par l'administration des présidents et, des membres des jurys et des comités de sélection constitués pour le recrutement et l'avancement des fonctionnaires et de ses représentants au sein des organismes consultés sur les décisions individuelles relatives à la carrière des fonctionnaires et sur les questions relatives à l'organisation et au fonctionnement des services, afin de concourir à une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes dans ces organes ».

¹⁷⁹³ Art. L. 1142-4 du Code du travail : « Les dispositions des articles L. 1142-1 ["nul ne peut : 1° Mentionner ou faire mentionner dans une offre d'emploi le sexe [...] 3° Prendre en considération du sexe ou de la grossesse toute mesure"] et L. 1142-3 ["Est nulle toute clause d'une convention ou d'un accord collectif de travail ou d'un contrat de travail qui réserve le bénéfice d'une mesure quelconque, à un ou des salariés, en considération du sexe"] 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. Ces mesures résultent : 1° Soit de dispositions réglementaires prises dans les domaines du recrutement, de la formation, de la promotion, de l'organisation et des conditions de travail ; 2° Soit de stipulations de conventions de branches étendues ou d'accords collectifs étendus ; 3° Soit de l'application du plan pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes » (nous soulignons). V. sur cette disposition SWEENEY, M., « Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination », *RDT*, 2012, p. 87 et s. : « le Code du travail autorise des mesures d'action positive prises soit par voie réglementaire, conventionnelle ou de plan pour l'égalité professionnelle. Ce dispositif habilite donc d'autres acteurs que le législateur à prendre des actions positives en raison du sexe. Il est remarquable que cette disposition n'autorise que les actions positives en faveur des femmes et non des hommes ».

¹⁷⁹⁴ ROBIN-OLIVIER, S., *Le principe d'égalité en droit communautaire. Étude à partir des libertés économiques*, op. cit. p. 19. Le terme « distincte » est ici à entendre au sens de « divergente ».

SECTION 3 : LE CONCEPT DE NON-DISCRIMINATION, SUPPORT THÉORIQUE AU CLOISONNEMENT DES NOTIONS

486. Considérant, d'une part, la complémentarité du droit de la non-discrimination et du principe d'égalité, et, d'autre part, l'imbrication des exigences d'égalité et de la qualification de discrimination, les perceptions conflictuelles des notions d'égalité et de non-discrimination ont de quoi surprendre. Ces dernières notions sont, il est vrai, plurielles et complexes car elles ont fait l'objet d'interprétations évolutives qui se sont agrégées. Leurs diverses traductions nous semblent cependant être alignées. À ce stade, les perceptions conflictuelles de l'égalité et de la non-discrimination ne peuvent trouver leur fondement. Il nous faut pourtant saisir ce fondement afin de comprendre pourquoi la volonté de préserver un « modèle républicain français d'égalité »¹⁷⁹⁵ conduirait certains magistrats à freiner la réalisation du droit de la non-discrimination au moment de son application. Ne pouvant trouver l'assise d'éventuelles divergences ni dans le droit de la non-discrimination ni dans la qualification juridique, ce sont généralement le principe, le concept ou la notion de non-discrimination, plus perméables, qui fournissent alors une clef de compréhension.

487. Pour certains auteurs, le principe de non-discrimination se confond avec celui d'égalité. Ils s'accordent ainsi avec la CJUE qui se réfère au « principe général d'égalité et de non-discrimination »¹⁷⁹⁶ et pour qui le principe d'égalité de traitement et le principe de non-discrimination sont simplement « deux désignations d'un même principe général du droit communautaire »¹⁷⁹⁷. Dans cette hypothèse, principe d'égalité et principe de non-discrimination sont « rigoureusement interchangeables »¹⁷⁹⁸. Pour d'autres, ces principes sont distincts en raison d'un champ d'application variable. Une partie de la doctrine considère notamment que le principe de non-discrimination¹⁷⁹⁹ est plus restrictif car il se borne à l'interdiction des différences de traitement – ou, plus largement, des traitements – arbitraires, entre individus, au regard de certains

¹⁷⁹⁵ V. toujours HENNETTE-VAUCHEZ, S. et FONDIMARE, E., « Incompatibility between the 'French Republican Model' and Anti-Discrimination Law? Deconstructing a Familiar Trope of Narratives of French Law », *op. cit.*, p. 57-58.

¹⁷⁹⁶ CJCE, 6^e ch., 13 avril 2000, *Kjell Karlsson e.a.*, aff. C-292/97, pt. 38.

¹⁷⁹⁷ CJCE, 1^e ch., 27 janvier 2005, *Europe Chemi-Com*, aff. C-422/02 P, pt. 33. En ce sens, v. entre autres : DUBOUT, É., *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, not. p. 20 ; ROBIN-OLIVIER, S., *Le principe d'égalité en droit communautaire. Étude à partir des libertés économiques*, *op. cit.* p. 17-19 ; BENOIT-ROHMER, F. « L'égalité dans la typologie des droits », in BRIBOSIA, E., et HENNEBEL, H. (dir.), *Classer les droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 134-152 ; EDEL, F. « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *op. cit.*, not. p. 216 (l'auteur se réfère à un « principe d'égalité ou de non-discrimination »).

¹⁷⁹⁸ EDEL, F., « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination », *op. cit.*, p. 139.

¹⁷⁹⁹ Sur la dimension essentiellement doctrinale d'un tel principe dépourvue de consécration juridique explicite, v. SWEENEY, M., *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, *op. cit.*, p. 19-24.

motifs seulement¹⁸⁰⁰. En ce sens Lucie Cluzel-Métayer considère qu'il « s'agit bien d'un principe, mais contrairement au principe d'égalité, d'un principe sectoriel, fonction de critères déterminés »¹⁸⁰¹. Il doit néanmoins être dissocié des « principes sectoriels d'égalité qui spécifient le champ d'application matériel du principe [général] (devant l'impôt, les services publics, les charges publiques, le suffrage, etc.) »¹⁸⁰². Le principe de non-discrimination serait en somme un principe sectoriel « personnel »¹⁸⁰³, et non matériel, qui permet une autre « spécification du principe d'égalité »¹⁸⁰⁴. Aucune de ces interprétations n'allègue, en soi, d'incompatibilité ou de concurrence de l'égalité et de la non-discrimination propre à remettre en cause leur coexistence non conflictuelle.

488. Un tel point de vue constitue en revanche l'implicite de divers positionnements doctrinaux selon lesquels le principe de non-discrimination, indépendamment de son étendue plus restreinte en tant que principe sectoriel, est plus exigeant en ce qu'il impliquerait la recherche de « l'égalité substantielle ou égalité de fait »¹⁸⁰⁵, perspective qui serait en revanche étrangère au principe

¹⁸⁰⁰ KOUBI, G., « Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ? », in KOUBI, G. et GUGLIELMI, G. J. (dir.), *L'Égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, not. p. 70-73 : « L'articulation du principe d'égalité et du principe de non-discrimination prétend alors concilier deux séquences : l'égalité prohibe toute forme de distinction en tous domaines, pour toutes situations ; [la non-discrimination] oblige les pouvoirs publics à interdire certaines formes de différenciation relatives à quelques traits que la personne n'a pas choisis librement et délibérément ».

¹⁸⁰¹ CLUZEL-MÉTAYER, L., « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation », *loc. cit.* Pour une analyse de la position du Conseil d'État, v. CLUZEL-MÉTAYER, L. et MERCAT-BRUNS, M., *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 17-18 : « Pour le Conseil d'État, la non-discrimination n'est finalement qu'une exigence qui découle du principe d'égalité. En définitive, en raison du maniement familier du principe d'égalité, la Haute juridiction administrative n'a au départ pas conçu le droit des discriminations comme un enrichissement mais comme une redondance ».

¹⁸⁰² JOUANJAN, O., « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *loc. cit.*

¹⁸⁰³ *Ibidem*. V. aussi JOUANJAN, O., « Égalité », in ALLAND, D. et RIALS, S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 588 : selon l'auteur, les uns « posent une règle spéciale d'égalité dans un domaine objectif déterminé » et les autres « prohibent, en principe, la prise en considération par le législateur de certains critères liés à la personnalité des individus concernés (le sexe, la race, la langue, l'origine, etc.) ». Plus récemment, v. JOUANJAN, O., « Logiques de l'égalité », *loc. cit.* L'auteur évoque dans cet article des « égalités spéciales » parmi lesquelles on peut distinguer des égalités sectorielles ou objectives qui spécifient l'égalité dans certains domaines (l'impôt, le suffrage, l'accès aux emplois publics, etc.) et des égalités subjectives qui reposent sur des critères attachés à la personne (le sexe, la couleur de peau, la religion, l'orientation sexuelle, le handicap, etc.) ».

¹⁸⁰⁴ CALVÈS, G., « Discriminations et inégalités socio-économiques », *op. cit.*, p.334 et CALVÈS, G., « Non-discrimination et égalité : de la fusion à la séparation ? », *op. cit.*, p. 9. La formule se rapproche ici de la décision CJCE, 19 octobre 1977, *SA Moulin et Huileries de Pont-à-Mousson*, aff. jointes 124/76 et 20/77, pt. 16 : « l'interdiction de discrimination énoncée à la disposition citée n'est que l'expression spécifique du principe général d'égalité qui appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire ».

¹⁸⁰⁵ En ce sens, v. not. LEMAIRE, F., « La notion de non-discrimination en droit public français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *loc. cit.* : « La notion de non-discrimination [...] se charge d'un contenu supplétif en procédant d'un dépassement de l'égalité formelle dans la recherche d'une égalité substantielle ou égalité de fait ». V. en continuité CHARRUAU, J., *La notion de non-discrimination en droit public français*, *op. cit.*, not. p. 177 : le droit public français « peine à franchir le cap pour envisager le principe d'égalité sous une forme plus agissante, autorisant des actions positives. De là naît la distinction française – qu'une partie de la doctrine veut salubre – entre l'égalité et la non-discrimination » qui, elle, permettrait une telle forme agissante.

d'égalité¹⁸⁰⁶. Dans cette hypothèse¹⁸⁰⁷, surprenante, « la non-discrimination apparaît comme un élément plus concret puisqu'elle dépasse le principe d'égalité en cherchant à atteindre l'égalité par la loi »¹⁸⁰⁸. Même sans souscrire à cette interprétation, force est de constater que les discours qui l'admettent pour prémisses méritent une attention particulière. Ils fournissent l'occasion de deux clarifications complémentaires relatives aux modalités de coexistence entre non-discrimination et égalité.

489. Premièrement, une partie de la doctrine considère que cette exigence de concrétisation de l'égalité dont serait porteur le concept de non-discrimination le conduirait à entrer en tension avec le principe d'égalité. Leur cloisonnement s'apparenterait à un moyen de protection du principe d'égalité, nécessaire afin d'éviter sa dénaturation. L'analyse des arguments formulés conduit cependant à requalifier la critique. Cette dernière repose sur une désapprobation du rôle confié au juge par le droit de la non-discrimination mais n'est pas en mesure de démontrer une incompatibilité substantielle des principes ou notions. La tradition juridique à défendre contre la non-discrimination repose en conséquence moins sur une certaine conception de l'égalité que sur une conception traditionnelle de l'office du juge (I).

490. Deuxièmement, une autre partie de la doctrine plaide enfin pour une disjonction des notions mais la justifie par un objectif radicalement différent. Il ne s'agit plus de déplorer les mécanismes de différenciation, qui dénatureraient l'égalité, mais de les favoriser. Partant d'une prémisses selon laquelle les actions positives ne seraient que des dérogations au principe d'égalité qui peine à s'accorder avec elles¹⁸⁰⁹, c'est la consécration constitutionnelle d'un principe ou d'une notion de non-discrimination, distinct, et plus favorable à la différenciation, qui serait à même de leur offrir le fondement solide tant espéré. Sans chercher à statuer sur l'opportunité de cette préconisation, l'allégation d'une supposée incapacité du principe d'égalité à fonder des actions positives invite à une clarification supplémentaire. La considération de ces actions positives sous l'angle de la « dérogation » n'atteste pas de leur incompatibilité avec le principe d'égalité, lequel serait

¹⁸⁰⁶ V. récemment BARROIS DE SARIGNY, C., « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *Titre VII*, n° 4, 2020 : « Pour le juge de Luxembourg par exemple, le principe de non-discrimination impose à la fois "que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale". L'égalité est ainsi appréciée sous le prisme premier de la jouissance effective des droits *ce qui conduit à retenir un double volet pour le principe d'égalité : l'égalité de droit et le droit à la non-discrimination* » (nous soulignons).

¹⁸⁰⁷ *A contrario*, certains considèrent que le principe de non-discrimination est plus restrictif que le principe d'égalité en ce qu'il n'implique pas la recherche d'une « égalité réelle », d'une « égalité de fait ». En ce sens, v. not. BELLOUBET-FRIER, N., « Le principe d'égalité », *loc. cit.* : « La non-discrimination porte la marque d'une égalité passive là même où c'est une égalité active qui est attendue ».

¹⁸⁰⁸ PAULIAT, H., « Égalité et non-discrimination en droit administratif français », *op. cit.*, p. 55.

¹⁸⁰⁹ En ce sens, v. aussi SEILLER, B., « Contribution à la résolution de quelques paradoxes de la formulation prétorienne du principe d'égalité », *op. cit.*, p. 979-1000.

intégralement hostile à la différenciation aux fins de correction des situations. Plus sûrement, elle sert à préserver la hiérarchie interne au principe et s'avère en cela un vernis sémantique absolument indispensable à sa cohérence propre (II).

491. En définitive, il nous est possible d'affirmer, d'une part, que la non-discrimination ne dénature pas l'égalité bien que le droit de la non-discrimination bouleverse l'office classique du juge et, d'autre part, que le principe d'égalité masque derrière la « dérogation » une acceptation, certes toujours prudente, des actions positives. Considérant ces deux nuances, les appels à la dissociation des notions d'égalité et de non-discrimination ne semblent pas en mesure de remettre en cause leur attachement fondamental et non conflictuel.

I. Derrière l'allégation d'une dénaturation de l'égalité par la non-discrimination, une conception traditionnelle de l'office du juge

492. Alors que la conciliation entre les modes de réalisation d'égalité repose sur leur hiérarchisation et la place subalterne octroyée à la différenciation, l'« affirmation d'une égalité tournée vers la différence »¹⁸¹⁰ tend à rééquilibrer le rapport de force. La dimension contradictoire de ces modes de réalisation réapparaît et laisse craindre à certains une possible inversion de la hiérarchie structurante du principe d'égalité¹⁸¹¹. Dans cette dynamique, l'égalité est de plus en plus conçue « comme un moyen de garantir une certaine diversité, et non plus seulement [...] d'assurer l'universalisme »¹⁸¹². La place rehaussée de la singularité des individus dans l'argumentaire de l'égalité, cumulée à l'action distributive des pouvoirs publics instituant des mécanismes compensatoires, amorce, selon Rémy Hernu, un passage « de l'égalité de traitement à l'égalité des situations »¹⁸¹³. C'est précisément la responsabilité de ce passage qui est parfois imputée au principe ou au concept de non-discrimination. Le caractère intrinsèquement lié de la non-discrimination et de l'égalité aboutirait, *in fine*, à penser le principe d'égalité contre lui-même, et à ainsi le dénaturer.

¹⁸¹⁰ ROSENFELD, M., « L'égalité et la tension dialectique entre l'identité et la différence », *loc. cit.* : « La construction dialectique du principe d'égalité a conduit, au-delà de la revendication d'identité de statut, à l'affirmation d'une égalité tournée vers la différence ».

¹⁸¹¹ À nouveau, soulignons que l'égalité concrète n'exclut pas l'isonomie, c'est-à-dire le traitement identique. Lorsqu'il constitue le mode de réalisation le plus à même de garantir la proportionnalité du traitement, il constitue le mode privilégié de l'égalité, y compris concrète, appréciée au regard des effets de la mesure.

¹⁸¹² DUBOUT, É., *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 672.

¹⁸¹³ HERNU, R., « Égalité et non-discrimination », *op. cit.*, p. 284. L'auteur conçoit une évolution en trois temps : « L'évolution est tangible à partir de 1945 dans tous les systèmes démocratiques. Elle se caractérise par un triple mouvement » (p. 284) ; « Tout d'abord, la reconnaissance d'un principe de singularité représente un élément marquant du processus de transformation du paradigme égalitaire », « on le constate par exemple avec [...] la conception matérielle de la discrimination » (p. 284) ; « L'évolution se caractérise ensuite par la prise en considération de considérations de justice distributive et notamment par le développement de politique d'inégalités compensatoires » (p. 284-285) ; enfin, la « lutte contre les discriminations déguisées » constitue le troisième temps (p. 285).

493. Une telle imputation repose sur la présentation du concept de non-discrimination comme fondement de ce qui pourrait être désigné de « droit à la différence »¹⁸¹⁴. Cette présentation serait le résultat d'un glissement progressif qu'il est possible de synthétiser. Initialement, « la non-discrimination implique de rester indifférent à l'identité de la personne »¹⁸¹⁵ (en application du modèle de l'isonomie sectorielle de l'égalité). Une évolution ultérieure (retracée ci-dessus et qui est avant tout celle des interprétations du principe d'égalité) aboutit cependant à ce que, désormais, elle « *n'interdit pas* de distinguer en droit pourvu qu'en fait l'inégalité régresse »¹⁸¹⁶. La non-discrimination « n'impose donc pas l'uniformité et accepte, voire suscite un traitement différencié à la condition d'être favorable à la catégorie défavorisée »¹⁸¹⁷. Elle passe ainsi « de différenciations catégorielles, en distinctions officielles, d'indifférences en différences nécessaires »¹⁸¹⁸. En résumé, le concept de non-discrimination « était trompeur depuis le début »¹⁸¹⁹. Là où il « signifiait autrefois la négation des différences, il doit signifier à présent la reconnaissance de l'altérité »¹⁸²⁰. De telle sorte que « la non-discrimination de fait a engendré le droit de discriminer »¹⁸²¹. L'oxymore que constitue la notion de « discrimination positive »¹⁸²² synthétise à lui seul le glissement¹⁸²³.

¹⁸¹⁴ BIOY, X., « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », *op. cit.*, p. 81 : « La non-discrimination consolide la différence et concrétise un "droit à la différence" qui s'autonomise ». V. aussi SAUVÉ, J.-M., « Le principe d'égalité et le droit de la non-discrimination », *op. cit.*, p. 12 : « le principe d'égalité ne va pas, chez nous du moins, jusqu'à consacrer un droit à la différence ».

¹⁸¹⁵ *Idem*, p. 61.

¹⁸¹⁶ *Idem*, p. 55 (nous soulignons). Cette tolérance (*i.e.* « n'interdit pas ») résulte de la prise en compte des mesures préférentielles adoptée sur le fondement de l'égalité comme justifications admises aux discriminations directes *prima facie*.

¹⁸¹⁷ *Idem*, p. 56.

¹⁸¹⁸ *Idem*, p. 55.

¹⁸¹⁹ *Ibidem*.

¹⁸²⁰ *Idem*, p. 82.

¹⁸²¹ *Idem*, p. 60. V. aussi p. 80 : « Le principe de non-discrimination trouverait son apogée avec les politiques de discriminations positives » ; « en somme, la discrimination ne serait que l'implication ultime de la non-discrimination ». L'auteur précise toutefois en amont, p. 58 : « on serait tenté d'adopter une position normative et d'affirmer que ces dispositifs tendant à l'égalité de fait n'ont plus grand-chose à voir avec la non-discrimination, laquelle doit se cantonner à une définition strictement négative et formelle. L'avantage serait la clarté, mais l'inconvénient serait de ne pas tenter de comprendre l'évolution du droit positif vers un usage "positif" de la non-discrimination ». Nous adhérons à cette position normative qu'évoque le professeur Bioy considérant que : 1/ le fondement de ces dispositifs n'a en effet pas grand-chose à voir avec le droit ou le principe de non-discrimination mais est à rechercher dans le droit de l'égalisation ; 2/ que ces dispositifs ne sont toutefois pas étrangers au droit de la non-discrimination dès lors que le législateur les érige en continuité du droit de l'égalisation en justifications des discriminations *prima facie* ; 3/ que cette explication permet néanmoins de comprendre l'évolution du droit positif vers un usage « positif » de la non-discrimination. V. Section 2 du présent Chapitre.

¹⁸²² En ce sens, v. récemment JOUANJAN, O., « Logiques de l'égalité », *loc. cit.* : « On peut avoir du goût littéraire pour les formulations oxymoriques, mais elles clarifient peu le discours juridique. En effet, s'il s'agit de compenser par certains dispositifs juridiques des situations objectives d'inégalité sociale, le principe général d'égalité peut suffire, renforcé en tant que de besoin par certains objectifs de valeur constitutionnelle (dignité, État ou République sociale). Nul n'est besoin du concept de discrimination positive à cette fin ».

¹⁸²³ Soit il s'agit d'un traitement différent et préférentiel visant l'égalité réelle, qui s'appuie sur le droit de l'égalisation et que le droit de la non-discrimination place parmi les justifications de la discrimination directe *prima facie* (*e.g.* parité) – auquel cas, la qualification de discrimination est peu judicieuse d'un point de vue juridique ; soit il s'agit d'un traitement différent et préférentiel qui tout au plus prétend viser l'égalité réelle mais ne dispose pas de fondement dans le droit de l'égalisation et n'est pas considéré comme un traitement justifié dans le droit de la non-discrimination (*e.g.* recrutement fondé sur des statistiques ethniques en entreprise ; rappelons notamment que la loi du 27 mai 2008 considère que la

494. Dans une première hypothèse, il serait possible de considérer que derrière la menace que charrie le concept de non-discrimination, c'est la conception concrète de l'égalité qui est fondamentalement contestée. Celle-ci peut préconiser le recours à la différenciation comme mode de réalisation de l'égalité, appréciée principalement au regard des effets *ex post* du traitement. L'hypothèse ne s'avère toutefois guère résistante. Cette critique doctrinale, qui tend à cibler la non-discrimination, ne se manifeste pas lorsque sont envisagées les diverses mesures adoptées en droit de l'égalisation par le législateur, qu'il soit national ou européen. Le droit primaire et le droit dérivé de l'Union européenne regorgent en ce sens de dispositions qui ouvrent la voie à la mise en place de mesures d'égalité concrète (matérielle, substantielle ou réelle) par les législateurs des États membres. Elles mobilisent le plus souvent comme fondement non pas la non-discrimination mais « le principe d'égalité »¹⁸²⁴, « l'égalité des chances »¹⁸²⁵ ou « la pleine égalité »¹⁸²⁶. Les nombreuses mesures adoptées en droit interne qui développent l'exigence d'égalité concrète¹⁸²⁷ semblent, elles aussi, largement épargnées par la critique et ne se voient pas imputer la responsabilité d'une dénaturation du principe d'égalité. Le législateur mène seulement dans ce cas une « politique active

clause commune de justification des discriminations directes *prima facie* n'est opportunément « pas applicable aux différences de traitement fondées sur l'origine, le patronyme ou l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une prétendue race » – auquel cas, il s'agit juridiquement d'une discrimination, qui se pare certes d'une rhétorique « positive », sans que cela n'ait la moindre incidence sur sa prohibition.

¹⁸²⁴ L'article 23 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose notamment que « le principe de l'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté » (nous soulignons). Au sujet du contre-argument consistant à rejeter l'inférence d'un fondement de ces mesures dans le principe d'égalité alors que celui-ci se borne à les tolérer en ce qu'il ne les « empêche pas », v. le développement *infra in* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 3, II. V. au sujet de cet article CALVÈS, G., « La discrimination statistique devant la Cour de justice de l'Union européenne », *RDSJ*, 2011, p. 645 et s. : « ici, ce n'est pas une interdiction qui est énoncée, mais une obligation de dépasser une approche purement négative du principe de non-discrimination. Les pouvoirs publics doivent agir pour rendre effective (« assurer ») l'égalité entre les hommes et les femmes. C'est ce que confirme le second alinéa de l'article 23, qui autorise le maintien ou l'adoption de mesures de discrimination positive, c'est-à-dire l'octroi d'"avantages spécifiques" destinés à résorber les inégalités de fait entre les deux groupes ». L'article 157 du TFUE énonce quant à lui que : « Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle ».

¹⁸²⁵ Not. art. 2 § 4 de la directive 76/207 : « La présente directive ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines visés à l'article 1er paragraphe 1 ». V. encore l'art. 8 du TFUE (« Pour toutes ses actions, l'Union cherche à éliminer les inégalités, et à promouvoir l'égalité, entre les hommes et les femmes ») et art. 153 (« En vue de réaliser les objectifs visés à l'article 151, l'Union soutient et complète l'action des États membres dans les domaines suivants : [...] i) l'égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne leurs chances sur le marché du travail et le traitement dans le travail »).

¹⁸²⁶ Art. 5 de la directive 2000/43/CE et art. 7, 1., de la directive 2000/78/CE : « Pour assurer la pleine égalité dans la pratique [ou 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 » aux motifs de discrimination. V. encore art. 3 de la directive 2006/54/CE : « Les États membres peuvent maintenir ou adopter des mesures au sens de l'article 141, paragraphe 4, du traité, pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle » (nous soulignons). Le point 3 du même article se réfère aux « mesures visant à assurer l'application du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes ».

¹⁸²⁷ Nous renvoyons aux mesures déjà évoquées *supra*, à l'instar de la protection spéciale des travailleuses. Pour une énumération fournie bien que non exhaustive de ces mesures, v., entre autres, CHARRUAU, J., *La notion de non-discrimination en droit public français, op. cit.*, p. 175.

prenant acte de l'insuffisance de l'application de l'égalité comme indifférenciation » et use simplement de « sa marge de manœuvre pour "concrétiser" l'égalité des droits »¹⁸²⁸. Il est alors parfaitement normal que, « pour tendre vers cette égalité de fait à travers une égalité de droits, le législateur [ait] parfois volontairement établi des règles [...] différentes »¹⁸²⁹. Si l'égalité concrète se retrouve au sein de deux corpus juridiques qu'il importe de dissocier, le droit de l'égalisation (par lequel le législateur organise par exemple l'octroi d'avantages spécifiques à des fins de compensation) et le droit de la non-discrimination (par lequel il confère par exemple une immunité à ces dispositifs pour éviter leur sanction), paradoxalement, seule la non-discrimination mettrait en péril le principe d'égalité. Puisque la critique ne conteste pas cette exigence d'égalité concrète, en soi, peut-être cible-t-elle le caractère obligatoire de la différenciation qui, lui, serait seulement le fait de la non-discrimination. Cette deuxième hypothèse mérite d'être éprouvée.

495. La non-discrimination, et plus particulièrement la discrimination matérielle, a fréquemment été conçue par la doctrine comme le point de bascule vers l'égalité « par » la loi (la non-discrimination « dépasse le principe d'égalité en cherchant à atteindre l'égalité par la loi »¹⁸³⁰). Celle-ci s'ajoute à la traditionnelle dyade composée de l'égalité « devant » et « dans » la loi¹⁸³¹, désormais considérée comme réductrice et insuffisante¹⁸³². Quelques auteurs¹⁸³³ relèvent, sans admettre son emprise en France, que « l'égalité par la loi *oblige* à traiter autrement des situations différentes » dans le cadre d'une « égalité positive », d'une « *obligation* d'agir »¹⁸³⁴ qui « *impose* de prendre en

¹⁸²⁸ FONDIMARE, E., *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.*, p. 4.

¹⁸²⁹ MÉLIN-SOUCRAMANIEN, F., « Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires », *RFDA*, 1997, p. 906. Quant aux mesures adoptées par le constituant (article 1 et 74 de la Constitution), elles ont poussé la doctrine à « s'interroger sur une éventuelle mutation du principe d'égalité » (LEVADE, A., « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *op. cit.*, p. 66. v. encore p. 69).

¹⁸³⁰ E.g. PAULIAT, H., « Égalité et non-discrimination en droit administratif français », *op. cit.*, p. 55 : « la non-discrimination apparaît comme un élément plus concret puisqu'elle dépasse le principe d'égalité en cherchant à atteindre l'égalité par la loi ».

¹⁸³¹ Non sans humour, Jean-Pierre Marguénaud a pu appeler à un prolongement de cette mutation. V. MARGUÉNAUD, J.-P., « Conclusions », *op. cit.*, p. 454 : « nous avons aussi eu droit à de passionnantes distinctions entre l'égalité devant la loi, l'égalité dans la loi et l'égalité par la loi [...]. Sur cette lancée, on aurait pu s'attendre à trouver de l'égalité derrière la loi, sous la loi ou même hors la loi... ».

¹⁸³² V. not. EDEL, F., « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination », *op. cit.*, p. 126-129

¹⁸³³ V. not. BORGETTO, M., « Égalité, différenciation et discrimination : ce que dit le droit », *op. cit.*, p. 16 : l'égalité « peut aussi être pensée, à l'occasion, comme une égalité résolument agissante et interventionniste, au service d'une politique de réduction plus ou moins forte des inégalités (égalité *par la règle de droit*) » (nous soulignons) ; LUCHAIRE, F., « Un janus constitutionnel : l'égalité », *op. cit.*, p. 1231 : « Les deux faces de l'égalité sont donc contradictoires : l'une est d'ordre formel ; elle impose l'égalité *dans* la loi ; l'autre est matérielle, elle conduit à se rapprocher de *l'égalité par la loi* » (en italiques dans le texte) ; « porter atteinte à l'égalité formelle pour se rapprocher de l'égalité réelle c'est aussi servir l'égalité ».

¹⁸³⁴ Il est possible de retrouver des variantes de cette idée, purgée de la référence à l'égalité « par la loi », dans les écrits Hans Kelsen. Ce dernier considérerait notamment que « le principe selon lequel un traitement égal [entendre identique, NDLR] doit être appliqué à des hommes égaux, ne peut valoir qu'en relation avec le principe selon lequel un traitement différent doit être appliqué à des hommes inégaux » (KELSEN, H., « Justice et droit naturel », in *Annales de philosophie politique*, vol. 3, *Le droit naturel*, Paris, PUF, 1959, p. 51). De même, l'idée ressort des écrits d'Aristote, du juge Tanaka ou encore de Herbert Lionel Hart. Sur ce point v. les citations relevées in DUBOUT, É., *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 400. Respectivement : la juste égalité consiste à « traiter

considération des situations de fait, concrètes pour y adapter la règle »¹⁸³⁵. C'est ici la notion de discrimination matérielle qui est ciblée en ce qu'elle paraît « *imposer l'obligation* d'établir l'égalité »¹⁸³⁶ par le recours à la différenciation. Plus justement, il est possible de considérer que l'interdiction de la discrimination matérielle engendre simplement « l'obligation pour l'auteur de la norme de prendre en considération, dans le contenu de l'acte, les situations de fait »¹⁸³⁷, sans contraindre à la différenciation. Elle ne constitue en aucun cas une obligation de traiter différemment toutes les situations différentes en proportion de leur différence. Elle permet plus simplement de sanctionner, occasionnellement, l'application d'un traitement identique de situations différentes, *manifestement disproportionné* au regard d'un motif de discrimination et des effets défavorables qu'il engendre pour une catégorie de personnes. Comme l'affirme Morgan Sweeney, cette sanction possède « un caractère exceptionnel » et « l'application de cette "face" du principe d'égalité » – car c'est bien en effet du principe d'égalité dont il s'agit au fond¹⁸³⁸ bien que son interprétation se cristallise par la signification normative conférée à la qualification de discrimination – « n'est pas systématique : il ne suffit pas de constater le traitement identique de situations différentes »¹⁸³⁹. Non seulement la sanction du traitement identique est doublement conditionnée, par la disproportion manifeste et par les motifs de discrimination, mais elle demeure très occasionnelle. Il semble en conséquence plus correct d'évoquer l'égalité « par » la loi et la discrimination matérielle comme des instruments qui sont mobilisés « avec toute la prudence nécessaire »¹⁸⁴⁰. Avec Gérard Gonzalez, une formulation plus édulcorée de l'égalité « par » la règle de droit pourrait être retenue : « pas de traitement différent pour des situations identiques *mais pas forcément*, non plus, de traitement

semblablement les choses qui sont semblables, mais aussi à traiter des choses dissemblables de manière dissemblable en proportion de leur dissemblance » (ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Paris, Flammarion, 1992, V, III, not. p. 142) ; « le principe est que ce qui est égal doit être traité également et que ce qui est différent doit être traité différemment » (opinion dissidente du juge Tanaka sous l'arrêt de la CIJ, 18 juillet 1966, *Statut international du Sud Ouest Africain*, rec. not. p. 142) ; le principe directeur de justice « est souvent formulé en ces termes "Traitez des cas semblables de la même manière". Il est toutefois indispensable d'ajouter : "et traitez des cas différents de manière différente" » (HART, H. L. A., *Le concept de droit*, *op. cit.*, not. p. 193-194).

¹⁸³⁵ BELLOUBET-FRIER, N., « Le principe d'égalité », *loc. cit.* (nous soulignons). V. encore LEVADE, A., « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *op. cit.*, p. 66. V. encore p. 69-70 : « Le contexte des dix dernières années, tant social que juridique, a conduit à repenser l'égalité » ; désormais, « La loi doit non seulement s'abstenir de remettre en cause l'égalité, mais encore la favoriser en la garantissant, au besoin par des mesures positives ».

¹⁸³⁶ *Ibidem* (nous soulignons) : « Alors même que le juge français part de l'homme abstrait et n'oblige pas l'administration à traiter différemment des individus se trouvant dans des situations différentes (v. plus haut), la Cour de justice des Communautés européennes, qui part de l'homme concret, situé, semble imposer l'obligation d'établir l'égalité ».

¹⁸³⁷ PELLISSIER, G., *Le Principe d'égalité en droit public*, *op. cit.*, p. 30. En ce sens, v. aussi DUBOUT, É., *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 380.

¹⁸³⁸ En ce sens, v. LUCHAIRE, F., « Un Janus constitutionnel : l'égalité », *op. cit.*, p. 1274, au sujet de l'égalité formelle et de l'égalité matérielle : « De ces deux mouvements, l'un est conservateur d'un certain ordre juridique, l'autre tend à le faire progresser. Ils ont pourtant leur source dans le même principe d'égalité » (nous soulignons).

¹⁸³⁹ SWEENEY, M., *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, *op. cit.*, p. 400. V. aussi p. 231.

¹⁸⁴⁰ LUCHAIRE, F., « Un Janus constitutionnel : l'égalité », *op. cit.*, p. 1274 : l'égalité par la loi « s'efforce de corriger avec toute la prudence nécessaire ce qu'il y a de plus choquant dans l'inégalité des conditions humaines ».

identique pour des situations différentes »¹⁸⁴¹. Si la proportionnalité du traitement identique n'est plus systématiquement admise, elle n'est pour autant ni intégralement ni systématiquement mise en cause.

496. Puisque la critique doctrinale envisagée ci-dessus ne conteste pas la conception différentialiste de l'égalité concrète, en soi (première hypothèse), pas plus qu'elle ne peut se prévaloir d'une obligation de différenciation systématique et généralisée imposée par la discrimination matérielle (deuxième hypothèse), quelle spécificité contraignante de la non-discrimination justifie qu'elle en soit la cible ? Une troisième hypothèse conduit à envisager que la critique repose, plus sérieusement, sur le principe même de l'injonction par le juge et de la remise en cause des catégories qui n'entrent pourtant pas en confrontation directe avec le modèle de l'isonomie sectorielle (*i.e.* prise en compte explicite d'une caractéristique protégée).

497. C'est ce qu'illustre le propos de Nicole Belloubet-Frier lorsque, au sujet de la discrimination matérielle, elle précise qu'« aucune des juridictions françaises n'admet à ce jour l'égalité par la loi¹⁸⁴² car cela supposerait des injonctions données au Parlement ou à l'administration en contradiction avec nos traditions juridiques »¹⁸⁴³. La menace de la non-discrimination n'est alors pas liée à la remise en cause de l'interprétation du principe d'égalité, qu'elle reflète plus qu'elle ne rompt, mais bien à la conception d'un pouvoir judiciaire qui prononce sans interroger les paroles de la loi¹⁸⁴⁴. En cas de discrimination matérielle, le juge estime, en effet, que le traitement identique est disproportionné¹⁸⁴⁵, et que les situations doivent être regardées, en conséquence (*i.e. ex post*), comme différentes afin de justifier la mise en œuvre d'un traitement différent, plus proportionné. Il enjoint ce faisant à l'autorité normative ayant établi le traitement initial de réviser sa décision. L'attention accordée à la proportion et aux effets du traitement dans le cadre d'un point de vue concret sur l'égalité érige inévitablement en handicap la position de l'auteur de la règle situé en amont, et en avantage celle du juge situé en aval. C'est donc dans cette substitution des appréciations des acteurs que résiderait la rupture vis-à-vis de « nos traditions juridiques », du fait de la non-discrimination. Et c'est bien cela que semble craindre Bertrand Seiller lorsqu'il affirme que « le juge risque de substituer sa propre subjectivité à celle de l'autorité contrôlée »¹⁸⁴⁶. Cette substitution est en effet

¹⁸⁴¹ GONZALEZ, G., « La convergence des jurisprudences. Problèmes de définition et de contenu », *op. cit.*, p. 227 (nous soulignons).

¹⁸⁴² *Ibidem* : « Peu de juridictions sont parvenues à ce niveau ».

¹⁸⁴³ BELLOUBET-FRIER, N., « Le principe d'égalité », *loc. cit.*

¹⁸⁴⁴ MONTESQUIEU (DE SECONDAT, C.-L.), *De l'esprit des lois*, Paris, Flammarion, 2019, v. Chapitre VI.

¹⁸⁴⁵ En somme : la comparaison se fait ici « avec les individus qui sont visés comme lui par la catégorie dans laquelle il a été rangé » et débouche « sur le constat que son enfermement dans la catégorie légale en question a pour effet de nier une particularité ou dissimilitude de situation vis-à-vis de ceux-ci » (EDEL, F., « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination », *op. cit.* p. 131).

¹⁸⁴⁶ SEILLER, B., « Contribution à la résolution de quelques paradoxes de la formulation prétorienne du principe d'égalité », *op. cit.*, p. 991. V. aussi p. 990. *A contrario*, v. JOUANJAN, O., « Logiques de l'égalité », *loc. cit.* : « Le contrôle

inhérente à la reconnaissance d'une discrimination indirecte, y compris matérielle – mais pas seulement –, en application de l'égalité concrète, appréciée principalement au regard des effets du traitement.

498. L'analyse de la jurisprudence judiciaire indique néanmoins que le point de rupture a déjà été dépassé. La seule sanction des discriminations indirectes, même lorsqu'elles reposent sur une différenciation fondée sur un critère en apparence neutre, exige une substitution de l'appréciation du juge à celle de l'auteur de la mesure contestée. Par ce biais, le premier conteste la pertinence de la catégorisation opérée par le second. En embrassant désormais la sanction des discriminations indirectes, le juge judiciaire désavoue régulièrement son justiciable lorsque ce dernier établit des catégories qui engendrent des effets défavorables discriminatoires¹⁸⁴⁷. Cette dimension se vérifie même lorsqu'il n'est pas explicitement question de discrimination matérielle. Par ailleurs, comme nous avons pu le relever *supra*, les distinctions entre les types de discrimination sont extrêmement poreuses et les manifestations d'une discrimination matérielle peuvent, dans certains cas, être assez proches de ce que serait une discrimination indirecte par différenciation¹⁸⁴⁸. La Cour EDH considère par exemple dans l'affaire *Tadducci et McCall* qu'une législation qui érige la qualité d'« époux » en condition d'octroi d'un permis de séjour constitue un traitement identique de situations différentes car elle est appliquée indistinctement¹⁸⁴⁹. Elle peut être sanctionnée à ce titre. Dans l'affaire *Frédéric Hay*, la Cour de cassation sanctionne de manière proche une convention collective qui érige la qualité d'« époux » en condition d'octroi d'une prime et de congés spéciaux pour les salariés. Elle retient en revanche que la mesure constitue un traitement différent de situations semblables¹⁸⁵⁰. Peu importe le point de vue d'appréciation, respectivement intracatégoriel (*i.e.* mesure en apparence neutre qui s'applique uniformément à tous les demandeurs) ou extracatégoriel (*i.e.* mesure en apparence neutre qui repose sur un critère de distinction qui présente un caractère excluant)¹⁸⁵¹, la finalité est la remise en cause de la catégorie établie. Sans conteste, le juge judiciaire assume désormais pleinement cette répercussion de son contrôle. Indépendamment

d'égalité évalue la qualité de cette catégorisation et doit donc refaire une même opération de simplification, indépendante toutefois de celle qu'a déjà effectuée le législateur. Il s'agit dès lors d'évaluer les critères du législateur pour, le cas échéant, lui opposer d'autres critères ».

¹⁸⁴⁷ V. par exemple Cass. soc., 3 juillet 2012, n° 10-23.013, *Bull.* V, n° 20, Cass. civ. 2^e, 9 novembre 2017, n° 16-20.404 ou encore Cass. civ. 2^e, 19 décembre 2019, n° 18-16.974, *Bull.*

¹⁸⁴⁸ V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, I, B, 1). Par exemple, v. CJCE, 30 juin 1998, *Mary Brown*, aff. C-394/96.

¹⁸⁴⁹ COUR EDH, 1^e sect., 30 juin 2016, *Tadducci et McCall c. Italie*, req. n° 51362/09, § 85 : « les requérants, un couple homosexuel, ont été traités, en ce qui concerne l'octroi d'un permis de séjour pour raison familiale, de la même façon que des personnes se trouvant dans une situation sensiblement différente de la leur – à savoir des partenaires hétérosexuels ayant décidé de ne pas régulariser leur situation » (nous soulignons).

¹⁸⁵⁰ D'abord sous la forme d'une discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle dans sa première décision débouchant sur la transmission d'une question préjudicielle à la CJUE (Cass. soc., 23 mai 2012, n° 10-18.341, *Bull.* V, n° 161), puis sous la forme d'une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle dans sa seconde décision, qui formule un écho à la décision de la CJUE (Cass. soc., 9 juillet 2014, n° 10-18.341, *Bull.* V, n° 194).

¹⁸⁵¹ Cette perception correspond à la vision de la Cour de cassation dans sa décision de 2012. V. note *supra*.

de la reconnaissance explicite de la discrimination matérielle¹⁸⁵², la franche remise en cause du pouvoir de catégorisation de l'employeur au titre du droit de la non-discrimination est désormais actée devant les juridictions prud'homales. Elle n'a par ailleurs guère provoqué de tollé. Tout au plus a-t-il été relevé que cette approche « invite fortement les partenaires sociaux à revisiter les accords conclus pour les expurger de toute clause "susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes" [...] au regard de l'état de santé mais également des autres motifs » de discrimination car, « à défaut, les accords conclus sont exposés à leur remise en cause, au regard de leurs effets »¹⁸⁵³.

499. Quant au Conseil constitutionnel, il a d'ores et déjà admis de sanctionner l'absence de différenciation à laquelle aurait dû procéder le législateur. Il l'a admis tout d'abord en 1984 au nom de l'indépendance des professeurs et enseignants-chercheurs ayant une autre qualité. L'article 39, alinéa 2, de la loi Savary fut déclaré inconstitutionnel en ce que le traitement identique de situations différentes ne permettait pas une représentation authentique des deux catégories, qui auraient dû être clairement distinguées par le législateur¹⁸⁵⁴. Il l'a admis encore en 1994, au nom du principe d'égalité cette fois. L'article 2 de la loi Falloux fut déclaré contraire à la Constitution en ce qu'il prévoyait un traitement identique des établissements publics et privés d'enseignement, en l'occurrence l'attribution de subvention par les collectivités territoriales. Pour le Conseil constitutionnel, les charges spécifiquement supportées par les premiers justifiaient qu'au regard du principe d'égalité, les établissements soient considérés comme étant dans des situations différentes. Cela exigeait qu'un traitement distinct soit adopté afin de ne pas créer, par l'application d'un régime identique, d'effets défavorables au détriment des établissements publics¹⁸⁵⁵. Cette dernière décision a parfois été conçue comme un début d'alignement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel

¹⁸⁵² Un arrêt de la chambre sociale du 9 janvier 2007 a, cela dit, parfois été rapproché de la discrimination matérielle. Cass. soc., 9 janvier 2007, n° 05-43.962, *Bull.* V, n° 1, p. 1. La Cour de cassation était en l'occurrence amenée à statuer sur un mode de calcul des heures dues par l'employeur aux salariés ayant bénéficié d'un congé maladie. Ce calcul dépendait de l'évaluation du temps de travail hebdomadaire pendant la période d'absence des salariés. Or, l'employeur évalua ce temps de travail en se fondant sur le temps de travail hebdomadaire « lissé » et apprécié à l'année (35 heures) alors que l'entreprise avait conclu un accord de modulation permettant de s'adapter aux périodes d'activité les plus intenses (entre 21 heures et 44 heures). Ayant été absente pendant une période de haute activité, la requérante s'estimait lésée. La chambre sociale conclut en l'espèce à une discrimination indirecte fondée sur l'état de santé (« 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 de calcul constituant, *malgré son caractère apparemment neutre, une mesure discriminatoire indirecte en raison de l'état de santé du salarié* » – nous soulignons). Marie-Thérèse Lanquetin considère que cette jurisprudence entérine la conception selon laquelle l'auteur de l'accord « aurait dû envisager les effets défavorables pour une personne *à laquelle on applique une mesure alors qu'elle est dans une situation différente* » (LANQUETIN, M.-T., « Discrimination », *op. cit.*, § 253, nous soulignons ; v. aussi § 72).

¹⁸⁵³ MINÉ, M., « Consécration jurisprudentielle de la notion "discrimination indirecte" », *RDT*, 2007, p. 245.

¹⁸⁵⁴ CC, Décision n° 83-165 DC, 20 janvier 1984, cons. 15, 27 et 28.

¹⁸⁵⁵ CC, Décision n° 93-329 DC, 13 janvier 1994, cons. 24 et 28 à 31.

sur celle de la CJCE, intégrant une conception concrète de l'égalité, en l'occurrence matérielle, qui n'a pas été confirmé par la suite¹⁸⁵⁶. Il est plutôt possible d'y voir non pas une tentative d'harmonisation avortée mais un coup d'éclat demeuré jusqu'alors relativement isolé. Il possède toutefois un mérite immense, celui de démontrer que le Conseil constitutionnel peut parfaitement intégrer, et a déjà intégré, même ponctuellement, une conception concrète de l'égalité qui l'amène à remettre en cause l'absence de catégorisation plus fine de la part du législateur. Sa doctrine d'autolimitation le conduira sans doute fréquemment à souligner son absence de pouvoir d'appréciation similaire à celui du législateur¹⁸⁵⁷, alors même que le renouvellement du contrôle de constitutionnalité dans le cadre de la QPC offre l'occasion parfaite d'un remplacement de la question de l'égalité et de la discrimination sur les effets de la règle¹⁸⁵⁸ par le biais du contrôle de proportionnalité opéré *a posteriori*¹⁸⁵⁹. Quoi qu'il en soit, l'affirmation d'une herméticité des juridictions de droit public à l'approche concrète de l'égalité¹⁸⁶⁰ semble pour partie devoir être nuancée.

500. Cette herméticité demeure en revanche vigoureuse au regard de la position du juge administratif qui se refuse à intégrer pleinement une approche concrète de l'égalité. Il refuse d'abord de prendre en compte les effets d'une mesure pour enjoindre à l'autorité administrative d'instaurer différentes catégories en lieu et place d'un traitement unique (*i.e.* refus de l'égalité et de la discrimination matérielles). Le Conseil d'État a clairement énoncé que le principe d'égalité n'implique pas que des entreprises¹⁸⁶¹, des personnes¹⁸⁶² ou – plus spécifiquement – des abonnés à un service public¹⁸⁶³ se trouvant dans des situations différentes doivent être soumis à des régimes différents. Pour rappel, l'égalité matérielle n'emporte en aucun cas cette obligation, générale et

¹⁸⁵⁶ En ce sens, v. DUBOUT, É., *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 339.

¹⁸⁵⁷ PELLISSIER, G., *Le Principe d'égalité en droit public*, *op. cit.*, p. 32-33 : « Le juge est ainsi amené à dire à la fois quand et comment le législateur doit agir. La conscience qu'il a de sa fonction le dissuade le plus souvent d'entrer dans de telles considérations », cependant « une évolution n'est pas absolument exclue ».

¹⁸⁵⁸ Sur les implications de la QPC sur le renouvellement de la question de l'égalité devant le Conseil constitutionnel, v. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, F., « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *loc. cit.*

¹⁸⁵⁹ En ce sens, v. récemment JOUANJAN, O., « Logiques de l'égalité », *loc. cit.* : « Pour simplifier : un contrôle *a priori* (ou très proche du moment de l'édition du texte) ne peut procéder qu'à un *pronostic* quant aux effets possibles ou probables de la norme contrôlée ; un contrôle effectué après une certaine durée d'application de la loi, peut en revanche, et devrait établir un *diagnostic* des effets éventuellement discriminatoires. Mais cela suppose que, par ses méthodes d'instruction, le juge de la loi assume d'être un véritable juge du fait ».

¹⁸⁶⁰ SWEENEY, M., *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, *op. cit.*, p. 470. V. aussi p. 394.

¹⁸⁶¹ CE, Ass., 28 mars 1997, *Sté Baxter*, n^{os} 179049, 179050 et 179054 : « le principe d'égalité n'implique pas que des entreprises se trouvant dans des situations différentes doivent être soumises à des régimes différents ».

¹⁸⁶² CE, 1/6 SSR, 20 avril 2005, *Union des familles en Europe*, n^o 266572 : « en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes ».

¹⁸⁶³ CE 14 oct. 2009, *Commune de Saint Jean d'Aulps*, n^o 300608 : « le principe d'égalité n'implique pas que des abonnés à un service public se trouvant dans des situations différentes soient soumis à des tarifs différents ».

systématique, mais permet une reconnaissance ponctuelle d'une possible disproportion, engendrée par le traitement identique de situations différentes. Il refuse ensuite de s'engager pleinement dans la reconnaissance des discriminations indirectes, en général, oscillant entre une « incontestable retenue » et une « franche hostilité », en passant par la « grande pudeur » et le « malaise patent »¹⁸⁶⁴. Cette réticence à sanctionner les effets disproportionnés d'une catégorie qui n'entre pas en confrontation directe avec le modèle de l'isonomie sectorielle (*i.e.* prise en compte explicite d'une caractéristique protégée) révèle surtout une déférence du juge à l'égard du pouvoir exécutif ainsi que la crainte « d'être taxé de "gouvernement des juges" »¹⁸⁶⁵. Plus qu'une conception figée et sacralisée du principe d'égalité – que désavoue sa traduction concrétisée dans le droit de l'égalisation –, c'est surtout la conception traditionnelle du juge de l'administration qui semble défendue et menacée par la non-discrimination. En conduisant le juge à remettre en cause les catégorisations établies par l'administration, même occasionnellement en cas d'effet disproportionné et discriminatoire¹⁸⁶⁶, la discrimination indirecte, y compris matérielle, alimente en effet « un véritable bouleversement des relations entre l'administration et son juge »¹⁸⁶⁷.

501. Il serait même envisageable de relever un double bouleversement de la relation du juge à son justiciable du fait de la non-discrimination. Parce que le contrôle repose sur la remise en cause des catégories, elle restreint d'abord le pouvoir discrétionnaire que le justiciable peut soustraire au juge. En contentieux administratif, elle aboutit de la sorte à scinder le lien, même de plus en plus distendu, entre une administration et son juge¹⁸⁶⁸. Cet attachement, inexistant pour le juge judiciaire vis-à-vis de son justiciable, est susceptible d'expliquer une inhibition moindre face à la discrimination indirecte. Quant au Conseil constitutionnel, il s'affirme progressivement et prudemment vis-à-vis du législateur. Apparaît néanmoins un second bouleversement complémentaire. Parce que la sanction potentielle engendre l'injonction d'établir de nouvelles

¹⁸⁶⁴ SOUVIGNET, X, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *loc. cit.* L'auteur ajoute : « Force est de le reconnaître » cette jurisprudence « semble avoir pour le moment étouffé toute potentialité » au développement de la discrimination indirecte en droit administratif, « comme si ne pas dire le mot permettait d'ignorer la chose ».

¹⁸⁶⁵ SWEENEY, M., *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, *op. cit.*, p. 394-395.

¹⁸⁶⁶ Sur l'évolution du contrôle opéré par le Conseil d'État et l'intégration d'une appréciation de la proportionnalité, v. toutefois BARROIS DE SARIGNY, C., « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *loc. cit.* : « Auparavant décrit comme un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, le choix du pouvoir réglementaire d'instituer une différence de traitement est examiné depuis 2002 et la décision Villemain sous l'angle de la disproportion manifeste. Par l'emploi du terme manifeste, la jurisprudence porte toujours le sceau du contrôle restreint mais par la référence à la proportionnalité, elle exprime également le souci du juge de porter un regard non plus seulement sur le principe d'une différence de traitement mais aussi sur son ampleur. Le juge est tenu, le cas échéant, de s'interroger d'office sur ce point ».

¹⁸⁶⁷ SOUVIGNET, X, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *loc. cit.* Le bouleversement résulte ainsi de l'exigence de ce contrôle (v. note *supra*) et de l'extension de l'appréciation de la proportionnalité, dans le contrôle du juge administratif, en cas de traitement identique.

¹⁸⁶⁸ Ainsi, « Ce n'est pas le principe d'égalité qui est en lui-même limité, mais l'application qui en est faite » (CLUZEL-MÉTAYER, L. et MERCAT-BRUNS, M., *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 25).

catégories, proportionnées cette fois, la non-discrimination force l'opération de substitution du point de vue du juge à celui de l'auteur du traitement. Le point de vue particulier à partir duquel il envisage les justifications de comparaison des situations et de proportion du traitement est de ce fait érigé en point de vue normatif de référence. C'est alors la contestation de la place conférée à l'axiologie du juge qui ressort de la critique doctrinale envisagée, en transparence ou explicitement¹⁸⁶⁹.

502. Une perspective plus globale pourrait aboutir à mettre cette critique de la non-discrimination en relation avec l'émergence d'un « modèle normatif de l'axiologie constitutionnelle » où les droits fondamentaux « n'imposent plus seulement des obligations négatives, mais sont dorénavant aussi source d'obligations positives, d'obligations d'action » pour les pouvoirs publics¹⁸⁷⁰. Ces derniers sont progressivement amenés à « respecter les droits, à ne pas les transgresser, à les sauvegarder, mais aussi à faire en sorte qu'ils soient efficaces, (...) à les renforcer, "à les optimiser" »¹⁸⁷¹. Avec l'évolution des modalités de garantie des droits, le contrôle exercé par les juges, et avec lui, l'aspect déterminant de leur axiologie tendent à se renforcer¹⁸⁷². Il n'est dès lors guère surprenant de constater, d'une part, qu'avec la mutation du principe d'égalité et l'aspiration à plus d'égalité concrète, « l'objectif même de la règle de droit tend à se transformer : on attend d'elle qu'elle contribue, dans les faits, à la réduction des inégalités »¹⁸⁷³, notamment par des principes d'actions positives. Une autre évolution semble, d'autre part, tout aussi conjoncturelle. Celle de l'accent placé par le droit de la non-discrimination sur le contrôle juridictionnel qui tend à renforcer l'implication proactive des juges¹⁸⁷⁴. En clair, le problème n'est pas tant de recourir à la différenciation comme

¹⁸⁶⁹ SOUVIGNET, X, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *loc. cit.* : « Les discriminations indirectes n'impliquent donc pas seulement une extension du contrôle du juge ; elles en changent la figure et le sens : gardien du droit, le juge devient "ingénieur social", ou pour reprendre la langue de la Cour européenne des droits de l'homme, grand horloger de la "société démocratique" ». V. aussi de manière plus édulcorée BIOY, X., « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », *op. cit.*, p. 68 : « parmi les mains qui écrivent ce nouveau roman de la non-discrimination, celles des juges, ne restent pas inactives ».

¹⁸⁷⁰ CHAMPEIL-DESPLATS, V., « La théorie générale de l'État est aussi une théorie des libertés fondamentales », *Juspoliticum*, n° 8, 2012.

¹⁸⁷¹ ANGELES AHUMADA, M. « Neoconstitucionalismo y constitucionalismo », in COMANDUCCI, P., ANGELES AHUMADA, M. et GONZALES LAGIER, D., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación coloquio jurídico europeo, 2009, p. 151, tel que cité *in ibidem*.

¹⁸⁷² *Ibidem.* : « le lieu de la garantie des droits et libertés se trouve ainsi déplacé, d'un point de vue normatif, de la loi à la constitution, et d'un point de vue organique, du législateur vers les juges exerçant un contrôle de constitutionnalité » ; « La démocratie se confond alors plus que jamais avec le concept matériel et contemporain d'État de droit qui devient, sous cet angle, l'État de la morale des juges – morale plus ou moins favorable aux droits et libertés ».

¹⁸⁷³ CALVÈS, G., « Égalité (Principe d) », *op. cit.* p. 380-381.

¹⁸⁷⁴ LOCHAK, D., « Réflexions sur la notion de discrimination », *op. cit.*, p. 785 : « il n'est pas faux de dire, comme le fait François Luchaire (*op. cit.*, p. 1261), que la jurisprudence du Conseil constitutionnel "conduit à remplacer l'arbitraire du Parlement par celui du juge constitutionnel". Mais peut-il en être autrement à partir du moment où l'on a quitté le terrain sûr, mais impraticable, de l'égalité juridique abstraite, assimilée à la règle uniforme pour tous ? ». V. LUCHAIRE, F., « Un Janus constitutionnel : l'égalité », *op. cit.*, p. 1261, *in extenso* : « le Conseil apprécie librement l'opportunité d'apprécier, également librement, l'opportunité de la décision du législateur ; sa jurisprudence conduit à remplacer l'arbitraire du Parlement par celui du juge constitutionnel ».

mode de réalisation de l'égalité, ou de déterminer les critères sur lesquels elle s'appuie lorsqu'elle est mobilisée, mais toute la question repose sur l'admission de la légitimité de celui qui détermine ces deux éléments. À terme, la critique de la non-discrimination comme menace à « nos traditions juridiques »¹⁸⁷⁵ est concluante lorsqu'elle s'attache à défendre une certaine conception de l'office du juge. Elle n'est en revanche guère probante pour attester d'une incompatibilité substantielle de l'égalité et de la non-discrimination.

II. Derrière le fondement de l'égalité réelle dans la non-discrimination, la négligence de la structure interne du principe d'égalité

503. Un second point de vue doctrinal envisage une dissociation instrumentale de l'égalité et de la non-discrimination, non pas afin de protéger une conception traditionnelle de l'office du juge, mais en vue de favoriser le recours à des différences de traitement à des fins correctrices. À la question de savoir qui de l'égalité ou de la non-discrimination est susceptible de favoriser l'adoption d'*actions positives*¹⁸⁷⁶, certains répondent par le choix de la seconde notion. Pour retenir une telle réponse, un premier postulat érige, là encore, la non-discrimination en instrument par excellence de différenciation¹⁸⁷⁷ qui lui permettrait d'être le support de la « discrimination positive »¹⁸⁷⁸.

¹⁸⁷⁵ Bien que ces traditions semblent de moins en moins prégnantes.

¹⁸⁷⁶ Pour rappel, dans cette étude, les notions de « mesures préférentielles » et d'« actions positives » seront distinguées en continuité des travaux d'Olivia Bui-Xuan (BUI-XUAN, O., *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Économica, 2004, not. p. 66, 96 et 103), de Danièle Lochak (LOCHAK, D., *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, *op. cit.*, not. p. 91-93) ou encore d'Elsa Fondimare (FONDIMARE, E., *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.*, not. p. 256-257). Les mesures préférentielles consistent à traiter différemment et plus favorablement des catégories d'individus, généralement en raison d'un état contingent (*e.g.* grossesse, maternité), pour compenser des difficultés particulières liées aux conditions matérielles d'existence (*e.g.* article L. 1225-9 du Code du travail : « La salariée en état de grossesse médicalement constaté ou ayant accouché, qui travaille de nuit [...] est affectée sur sa demande à un poste de jour pendant la durée de sa grossesse »). Elles relèvent pour Olivia Bui-Xuan d'un différencialisme « compensatoire ». Les actions positives consistent à traiter différemment et plus favorablement des catégories d'individus, non plus en raison d'un état contingent mais d'une caractéristique permanente ou durable (*e.g.* le sexe), pour corriger des inégalités de fait par la détermination d'objectifs chiffrés (*e.g.* article 1 de la loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 : « 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 »). Elles relèvent pour Olivia Bui-Xuan d'un différencialisme « correcteur ».

¹⁸⁷⁷ CHARRUAU, J., *La notion de non-discrimination en droit public français*, *op. cit.*, not. p. 42 (« La non-discrimination intègre également dans son principe une logique différencialiste en raison de la relation singulière qu'elle entretient avec les faits »), p. 47 (« la non-discrimination renvoie tout à la fois à l'interdiction des discriminations et à la promotion de la différenciation ») et p. 48 (au sujet de l'article 1 de la DDHC : « La référence à l'"utilité commune" offre une assise juridique aux traitements différencialistes *qu'implique* la non-discrimination » – nous soulignons).

¹⁸⁷⁸ *Idem*, p. 35 (« l'un des enjeux de la non-discrimination est de permettre aux "discriminations positives" d'être plus facilement acceptées au sein de notre ordonnancement juridique, alors qu'elles apparaissent aujourd'hui comme des ruptures trop franches faites au principe d'égalité »), p. 42 (« les mesures positives ne sont plus envisagées en tant que "dérogations" au principe d'égalité mais en tant qu'applications du principe de non-discrimination. Ceci pourrait bien faciliter leur acceptation dans notre droit ») et p. 196 (« Plus encore, parce qu'elle invite à remédier à toute situation durable de discrimination, la non-discrimination implique d'avoir recours à la discrimination positive »).

504. Il importe une fois de plus de considérer, en contraste, que la mention des actions positives au sein du droit de la non-discrimination s'explique par la nécessité de les ériger comme des justifications aux présomptions de discrimination directe¹⁸⁷⁹. La non-discrimination s'y oppose par principe¹⁸⁸⁰. En tant que dispositif juridique visant l'organisation d'un contrôle opérationnel et prioritaire de certaines inégalités apparentes de traitement dans le cadre contentieux, le droit de la non-discrimination n'en constitue pas le fondement positif. Il les intègre seulement pour les tolérer lorsque le législateur estime opportun d'envisager ces dispositifs au nom d'une conception de l'égalité réelle. En droit de l'Union européenne, les actions positives, fondées sur le « principe d'égalité », la « pleine égalité » ou l'« égalité des chances », sont ainsi considérées de jurisprudence constante comme des mesures « discriminatoires selon leurs apparences »¹⁸⁸¹. Omettre ces considérations fondamentales peut aboutir à l'affirmation selon laquelle « l'égalité se lit avant tout comme une égalité formelle, la non-discrimination se chargeant de la mise en œuvre de l'égalité réelle »¹⁸⁸².

505. Tout en admettant qu'elle est en conséquence « avant tout l'œuvre de la doctrine française qui en aurait ressenti le besoin pour redonner à l'égalité sa cohérence qu'elle pensait perdue »¹⁸⁸³, « la dissociation de l'égalité et de la non-discrimination »¹⁸⁸⁴ est apparue salutaire afin de placer en quarantaine, hors du principe d'égalité, le fondement des actions positives. La dissociation de

¹⁸⁷⁹ SWEENEY, M., « Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination », *loc. cit.* : « Ainsi, les mesures d'action positive permettent-elles à celui qui détient le pouvoir de décision de se fonder directement sur un critère discriminatoire, à condition toutefois d'avoir l'intention de prévenir ou de compenser » une inégalité.

¹⁸⁸⁰ *Ibidem* : « Les "actions positives" (parfois dénommées aussi "discriminations positives") sont des règles qui dérogent aux règles prohibant les discriminations en utilisant un critère normalement prohibé afin de compenser ou prévenir la situation subie dans l'emploi par des groupes déterminés » ; les « actions positives reposent sur une stéréotypie que les règles de non-discrimination visent à combattre ».

¹⁸⁸¹ V. not. CJCE, 25 octobre 1988, *Commission c. France*, aff. C-312/86, pt. 15, CJCE, 17 octobre 1995, *Eckhard Kalanke*, aff. C-450/93, pt. 18 ou encore, plus récemment, CJUE, Grande ch., 22 janvier 2019, *Cresco Investigation GmbH*, aff. C-193/17, pt. 64.

¹⁸⁸² CHARRUAU, J., *La notion de non-discrimination en droit public français*, *op. cit.*, p. 198. V. aussi p. 47 : « Le raisonnement mené à partir du principe d'égalité conduit à envisager les traitements différencialistes – certes acceptés, mais non sans une suspicion de principe et un aléa dans le contrôle juridictionnel – en tant que "dérogations" au principe d'égalité. Recourir à un principe de non-discrimination, dont on a déjà évoqué l'ancrage dans les faits, permettrait d'envisager ces mesures en tant qu'applications (et non dérogations) de ce nouveau principe ». V. encore p. 48 : « les limites inhérentes à ce même principe [d'égalité] rendent compte de l'utilité de se saisir d'un principe général de non-discrimination ».

¹⁸⁸³ *Idem*, p. 203. V. aussi p. 42 (« La non-discrimination évite par conséquent la marginalisation des discriminations positives en mettant fin à cette logique dérogatoire ») et p. 46 (« La non-discrimination peut en ce sens apporter au droit public français [...] un apaisement par la mise en retrait du recours aux dérogations quand il s'agit de promouvoir des traitements différencialistes »). V. au préalable SEILLER, B., « Contribution à la résolution de quelques paradoxes de la formulation prétorienne du principe d'égalité », *op. cit.*, p. 992 qui, par une tentative de clarification doctrinale des formulations prétoriennes, souhaite resserrer l'égalité sur le modèle de l'isonomie « pour rendre au principe d'égalité son prestige et sa vigueur passés ».

¹⁸⁸⁴ *Idem*, p. 203. V. aussi p. 41 : « les juristes semblent se replier sur le principe juridique d'égalité pour expliquer la mise en œuvre de l'interdiction des discriminations. La tradition juridique française, et avec elle la doctrine, seraient-elles si imprégnées par le principe d'égalité (et par une conception avant tout formelle de celui-ci), qu'elles peineraient à admettre que ce principe ne peut tout résoudre ? N'y aurait-il pas un obstacle conceptuel qui mériterait d'être franchi en pensant, puis en formalisant, un véritable principe de non-discrimination ? ».

l'égalité et de la non-discrimination s'apparente en somme à une spécificité doctrinale française, non consensuelle¹⁸⁸⁵. Comme le résume Jimmy Charruau : « Alors qu'en France la notion sert à mieux justifier le recours aux discriminations positives pour, sur un plan théorique, rendre à l'égalité toute son "intégrité scientifique" », ailleurs, « la non-discrimination renvoie davantage à son versant négatif en tant qu'elle prohibe les discriminations, et c'est l'égalité qui permet de justifier le recours aux mesures positives »¹⁸⁸⁶. Il semblerait toutefois que ce point de vue soit largement surfait tant l'artifice consistant à opposer de manière instrumentale les notions afin de donner au principe d'égalité sa pleine cohérence n'apparaît pas nécessaire. La perspective selon laquelle la non-discrimination s'apparente au versant négatif de l'égalité qui, elle, est susceptible de fonder – sans intermédiaire – les actions positives, n'est en effet pas complètement fermée.

506. Ouvrir cette voie implique en revanche de s'attacher à une formulation classique du droit public français : « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur [ou l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle] de façon différente des situations différentes ni à ce qu'[ils dérogent] 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 avec l'objet de la [norme] qui l'établit »¹⁸⁸⁷. En complément du principe fondateur d'isonomie (*i.e.* traitement identique de situations semblables), sont ainsi admis deux autres modes de réalisation, à savoir, par tolérance, les différenciations fondées sur des situations différentes (*i.e.* relativité) et, par dérogation, les différenciations fondées sur l'intérêt général. Si la compréhension de la formule peut paraître obscure¹⁸⁸⁸, envisager les actions positives conduit sans hésitation à se reporter à la troisième configuration. N'est donc pas sujet à débat le fait de relever que « le recours aux discriminations positives est strictement dérogatoire »¹⁸⁸⁹ et que « des textes spécifiques doivent avoir été adoptés pour justifier la dérogation »¹⁸⁹⁰. À l'instar des

¹⁸⁸⁵ Pour le professeur Bioy, cette spécificité serait néanmoins majoritaire sur le plan doctrinal : « Cantonner la non-discrimination à un noyau d'interdits, cela correspond bien aux formulations le plus souvent retenues par le droit positif, mais cela s'éloigne aussi autant des politiques publiques et jurisprudentielles que de la majeure partie des conceptions doctrinales » (BIOY, X., « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », *op. cit.*, p. 68).

¹⁸⁸⁶ CHARRUAU, J., *La notion de non-discrimination en droit public français*, *op. cit.*, p. 198.

¹⁸⁸⁷ CC, Décision n° 87-232 DC, 7 janvier 1988, cons. 10 ; CE, 10/9 SSR, 15 mai 2000, *Barroux*, n° 200903, Lebon. V. pour une application récente du considérant de principe par le Conseil d'État : CE, 4^{ème} ch., 28 mars 2018, *Mme B. c. ministre de l'Éducation nationale*, n° 399097, inédit. Sa formule est par ailleurs complétée de l'appendice suivant : pourvu que la différence de traitement « ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des différences de situation susceptibles de la justifier ».

¹⁸⁸⁸ EDEL, F., « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination », *op. cit.*, p. 120. V. aussi SEILLER, B., « Contribution à la résolution de quelques paradoxes de la formulation prétorienne du principe d'égalité », *op. cit.*, p. 988 : « Malgré l'indéniable logique interne du raisonnement, il ne semble pas malséant d'en déplorer l'excessive subtilité ».

¹⁸⁸⁹ LEMAIRE, F., « La notion de non-discrimination en droit public français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *loc. cit.* L'auteur se réfère ainsi à « L'encadrement strict des "mesures positives" ou le retour au général et à "l'utilité commune" ».

¹⁸⁹⁰ *Ibidem*. L'auteur ajoute que « les dispositions prises ne peuvent avoir qu'un caractère temporaire ». Pour Michel Rosenfeld, ce caractère temporaire traduit la position du législateur qui « parie sur le fait que de tels aménagements vont permettre la transition vers la troisième étape de l'égalité [de réconciliation avec la différence] sans sérieusement

juridictions françaises, la CJUE considère que les actions positives sont adoptées en tant que dérogation au principe de l'égalité de traitement¹⁸⁹¹.

507. Partant de ce constat, les auteurs qui plaident en faveur d'une dissociation de l'égalité et de la non-discrimination aux fins de développement des actions positives procèdent à un double glissement dont chacun des mouvements est contestable. D'une part, le fait de placer les différenciations soutenues par l'intérêt général à la marge du principe d'égalité, en ce qu'elles constituent des « dérogations », débouche sur l'affirmation de leur incompatibilité avec le principe¹⁸⁹². La formule prétorienne susmentionnée peut alors s'apparenter à une « incohérence »¹⁸⁹³ à la limite de « l'anti-droit »¹⁸⁹⁴. D'autre part, la nature du lien tissé entre actions positives et non-discrimination emporte, par contamination, une incompatibilité de celle-ci avec l'égalité. C'est cette perception qui conduit au passage certains auteurs à blâmer indûment la non-discrimination quand la conception de l'égalité, qui fonde de tels dispositifs, pourrait, plus sagement, être frontalement débattue. Sans insister sur le second glissement, qui a déjà été envisagé, le premier mérite une attention plus poussée. Il révèle une mécompréhension du statut dérogatoire et de sa fonction cruciale, à savoir maintenir une cohérence interne au principe d'égalité.

508. Jean-Marc Sauvé porte un premier coup d'estoc à cette considération doctrinale lorsqu'il souligne que « notre principe d'égalité n'exclut d'ores et déjà ni la prise en compte des situations concrètes de discrimination, ni l'usage d'outils de prévention, de correction ou de compensation de leurs effets »¹⁸⁹⁵. Au regard du principe d'égalité, le Conseil constitutionnel a notamment admis la constitutionnalité des dispositions du droit de l'égalisation qui permettent « au législateur de

risquer de retomber dans une société à statut multiple ». V. ROSENFELD, M., « L'égalité et la tension dialectique entre l'identité et la différence », *loc. cit.*

¹⁸⁹¹ Sur ce point, v. not. CALVÈS, G., « Deux décennies mouvementées pour les politiques françaises de discrimination positive en faveur des femmes (1988-2009) », *RDSJ*, 2009, p. 991 et s.

¹⁸⁹² CHARRUAU, J., *La notion de non-discrimination en droit public français*, *op. cit.*, p. 182 : « S'ils dérogent, pourquoi garder l'égalité en tant que base du raisonnement ? Ne serait-il pas plus simple, si ces traitements sont au final acceptés, de trouver un autre fondement pour asseoir davantage l'analyse et ne pas donner l'impression d'une altération de l'égalité, voire d'une promotion d'un "anti-droit" ? L'attachement à l'égalité semble trop fort. Le malaise intellectuel est néanmoins total ». Retenir l'égalité comme fondement relèverait alors de l'« obstination malaisée » (p. 181).

¹⁸⁹³ Sur ce point, v. l'indignation de Bertrand Seiller qui fustige la formulation du Conseil d'État lorsque ce dernier laisse entendre, « comble » de l'incohérence, que « déroger à un principe, c'est encore le mettre en œuvre ! » (SEILLER, B., « Contribution à la résolution de quelques paradoxes de la formulation prétorienne du principe d'égalité », *op. cit.*, p. 988).

¹⁸⁹⁴ Parmi les affirmations les plus tranchées, v. AUTIN, J.-L., « Les discriminations compensatoires, entre principe d'égalité et droit à la différence. Une contradiction de normes ? », in DE DECCKER, P. et FABERON, J.-Y. (dir.), *L'État pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 108-109 : « Méconnaissant le principe d'égalité [les « discriminations compensatoires » – *i.e.* mesures préférentielles et actions positives, NDLR] s'apparentent à de l'anti-droit ; se définissant essentiellement par leur substance et non par leur appellation officielle, elles participent aussi du non-droit ».

¹⁸⁹⁵ SAUVÉ, J.-M., « Le principe d'égalité et le droit de la non-discrimination », *op. cit.*, p. 14. V. aussi récemment JOUANJAN, O., « Logiques de l'égalité », *loc. cit.*, au sujet des actions positives : « il s'agit d'un problème très spécifique, qui sans doute pose une difficulté particulièrement aiguë aux systèmes égalitaires de nos constitutions, mais qui - telle est la thèse ici soutenue - n'échappe pas à la logique générale de l'égalité ».

prendre des mesures propres à venir en aide à des catégories de personnes défavorisées »¹⁸⁹⁶ ou « rencontrant des difficultés particulières »¹⁸⁹⁷, par exemple « par l'octroi d'avantages fiscaux » ou « des mesures d'incitation »¹⁸⁹⁸, quitte « à prendre en compte des inégalités de fait »¹⁸⁹⁹, dès lors que ces mesures répondent à l'intérêt général¹⁹⁰⁰. Anne Levaide affirme en complément que « l'égalité "à la française" n'exclut pas aussi clairement qu'on a pu le dire le recours à la méthodologie de la discrimination positive », et évoque « les différenciations légitimes » comme une « mise en œuvre du principe d'égalité »¹⁹⁰¹. Cette dernière formule n'est pas sans rappeler l'arrêt *Syndicat national unitaire et indépendant des officiers de police* rendu par le Conseil d'État le 9 février 2005¹⁹⁰². De même, pour Bruno Lasserre, « des pistes existent pour accroître l'égalité réelle tout en respectant notre cadre constitutionnel »¹⁹⁰³.

509. Même placées à la marge sous les traits de la dérogation, les actions positives ne sont en effet pas complètement « exclues »¹⁹⁰⁴. Incluses et admises – par la négative – par le principe général

¹⁸⁹⁶ CC, Décision n° 86-207 DC, 26 juin 1986, cons. 31 ou CC, Décision n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, cons. 17.

¹⁸⁹⁷ CC, Décision n° 2005-521 DC, 22 juillet 2005, cons. 13.

¹⁸⁹⁸ CC, Décision n° 94-358 DC, 26 janvier 1995, cons. 34.

¹⁸⁹⁹ CC, Décision n° 2003-483 DC, 14 août 2003, cons. 25.

¹⁹⁰⁰ V. encore : CC, Décision n° 89-257, 25 juillet 1989, cons. 12 ; CC, Décision n° 94-350 DC, 20 décembre 1994, cons. 4 ; CC, Décision n° 94-357 DC, 25 janvier 1995, cons. 12.

¹⁹⁰¹ LEVAIDE, A., « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *op. cit.*, p. 61.

¹⁹⁰² CE, 5/4 SSR, 9 février 2005, *Syndicat national unitaire et indépendant des officiers de police*, n° 229547, Lebon : « Considérant que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que dans l'un comme dans l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit ; que ces modalités de mise en œuvre du principe d'égalité sont applicables à l'édiction de normes régissant la situation des fonctionnaires » (nous soulignons).

¹⁹⁰³ LASSERRE, B. (Vice-président du Conseil d'État), « L'Égalité des citoyens dans la République », *loc. cit.*

¹⁹⁰⁴ Si le principe d'égalité s'oppose à certaines actions positives, il s'agit des seules mesures qui fixent un objectif de résultat strict ou qui accorde une priorité automatique à compétence égale. Les décisions du Conseil constitutionnel illustrent ainsi une opposition non pas aux actions positives en soi, mais aux quotas fixes, qui permettent une préférence à compétences inégales. V. not. pour une tolérance à ces mesures CC, Décision n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, cons. 115 (considérant que les dispositions envisagées « ne fixent qu'un objectif de représentation équilibrée entre les femmes et les hommes ; qu'ils n'ont pas pour objet et ne sauraient avoir pour effet de faire prévaloir, lors de la constitution de ces jurys, la considération du genre sur celle des compétences, des aptitudes et des qualifications ; que, sous cette réserve, les articles 134 et 137 n'appellent aucune critique quant à leur conformité à la Constitution »). Par contraste, v. CC, Décision n° 2006-533 DC, 16 mars 2006, cons. 15 et 16 (« Considérant que, si la recherche d'un accès équilibré des femmes et des hommes aux responsabilités autres que les fonctions politiques électives n'est pas contraire aux exigences constitutionnelles rappelées ci-dessus, elle ne saurait, sans les méconnaître, faire prévaloir la considération du sexe sur celle des capacités et de l'utilité commune » ; « qu'il s'ensuit qu'en imposant le respect de proportions déterminées entre les femmes et les hommes [...], les dispositions du titre III de la loi déferée sont contraires au principe d'égalité »). La CJUE ne dit pas autre chose lorsqu'elle affirme dans son arrêt CJCE, 17 octobre 1995, *Eckhard Kalanke*, *op. cit.*, pt. 25, que le droit communautaire « 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 ». Un assouplissement de sa jurisprudence admet toutefois par la suite, avec la décision CJCE, 11 novembre 1997, *Hellmut Marshall*, aff. C-409/95, pt. 35, une priorité, à compétence égale, à la condition qu'elle ne soit pas automatique (le droit communautaire « ne s'oppose pas à une règle nationale qui oblige, à qualifications égales des candidats de sexe différent quant à leur aptitude, à leur compétence et à leurs prestations professionnelles, à promouvoir prioritairement les candidats féminins dans les secteurs d'activité du service public où les femmes sont moins nombreuses que les hommes au niveau de poste considéré, à moins que des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin ne fassent pencher la balance en sa faveur, à condition que : elle garantisse, dans chaque cas individuel, aux candidats masculins ayant une

d'égalité, c'est moins à son égard qu'elles sont considérées comme dérogatoires qu'au regard de son mode de réalisation préférentiel, à savoir l'isonomie¹⁹⁰⁵. Plus que des dérogations au principe d'égalité, elles peuvent être considérées comme des dérogations au principe du principe, et leur statut s'explique par la nécessité de maintenir une hiérarchie des exigences d'égalité.

510. Frédéric Edel soulignait avec une immense justesse au sujet de l'inévitable tension entre isonomie et relativité que « le dépassement de la contradiction n'est envisageable que s'il existe une priorité lexicale entre les deux postulats initiaux »¹⁹⁰⁶. Il poursuivait en précisant que « l'antinomie n'est surmontée que s'ils ne se situent chronologiquement ou axiologiquement pas sur un même niveau. À l'intérieur du principe d'égalité, l'impératif d'identité prime celui de différence. L'identique et le singulier n'ont, au sein de l'égalité, pas le même poids axiologique : l'un est supposé premier par rapport à l'autre. Cette idée [est] absolument fondamentale »¹⁹⁰⁷.

511. Nous souscrivons pleinement à ces propos, bien qu'il convienne d'ajouter une troisième dimension à cette tension binaire. En somme, la gradation à trois niveaux qui ressort de la formule du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel pose, *prioritairement*, le précepte fondamental du principe, à savoir l'isonomie comme mode de réalisation privilégié de l'égalité par le biais d'un traitement identique. Elle pose ensuite, *subsidiairement*, la tolérance auxiliaire de l'isonomie, à savoir la possible différenciation sous réserve de différence objective de situation et de justification. Elle pose enfin, *exceptionnellement*, la dérogation à l'isonomie, à savoir la différenciation fondée sur l'intérêt général (*e.g.* la lutte contre les inégalités¹⁹⁰⁸). Les actions positives constituent sous cet angle, pour reprendre les termes du Conseil d'État, « des exceptions qui n'infirmant pas le principe »

qualification égale à celle des candidats féminins que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte de tous les critères relatifs à la personne des candidats et écarte la priorité accordée aux candidats féminins, lorsqu'un ou plusieurs de ces critères font pencher la balance en faveur du candidat masculin ». Quant à la position de la Cour EDH, elle semble similaire. V. COUR EDH, *Avis consultatif du 12 février 2008 sur certaines questions juridiques relatives aux listes de candidats présentées en vue de l'élection des juges à la Cour européenne des droits de l'homme*, § 49 et 51. Sur ces questions, v. not. GESLOT, C., « Égalité devant la loi sociale et discriminations positives », *AJDA*, 2006, p. 1961 et s. et CALVÈS, G., « Deux décennies mouvementées pour les politiques françaises de discrimination positive en faveur des femmes (1988-2009) », *loc. cit.*

¹⁹⁰⁵ En ce sens, v. FONDIMARE, E., *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.*, p. 4 : « La persistance du paradigme de l'égalité formelle a ainsi conduit à considérer les mesures positives différencialistes comme des dérogations à celui-ci ». V. surtout p. 282-292.

¹⁹⁰⁶ EDEL, F., « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *op. cit.*, p. 234. V. aussi *idem*, p. 285.

¹⁹⁰⁷ *Ibidem*. Pour une illustration des implications, v. FONDIMARE, E., « 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 ? », *RevDH*, n° 11, 2017.

¹⁹⁰⁸ CC, Décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003, cons. 24 et 25.

d'égalité¹⁹⁰⁹. La « rupture »¹⁹¹⁰ n'est dès lors qu'apparente. Parce qu'elles demeurent consignées au moyen d'un statut dérogoire, subalterne, ces mesures n'ont pas pour effet d'inverser la hiérarchie structurante du principe.

512. Considérant que le statut dérogoire révèle non pas une incompatibilité du principe d'égalité à l'égard des actions positives mais une hiérarchie de ses modes de réalisation, indispensable à la cohérence interne du principe, nul besoin n'impose dès lors de prétendre à une tension entre égalité et non-discrimination. Certains auteurs pourront estimer que ce statut dérogoire est insuffisant tant les interprètes apparaissent parfois résistants¹⁹¹¹ à la logique de « progrès social »¹⁹¹² que soutend l'égalité réelle. Il permet néanmoins de ne mobiliser la différenciation en cas de situations semblables qu'« avec toute la prudence nécessaire »¹⁹¹³. La formulation classique du principe d'égalité autour de ces trois piliers, qui est souvent décriée¹⁹¹⁴ et mérite sans doute d'être légèrement révisée¹⁹¹⁵, permet toutefois d'atteindre un équilibre délicat, cher à Jean Rivero et plébiscité par

¹⁹⁰⁹ CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public de 1996. Sur le principe d'égalité*, *op. cit.*, p. 42 : « l'acception réaliste (du principe d'égalité) ne va pas, en général (*il existe donc quelques exceptions qui n'infirmant pas le principe*) jusqu'à exiger de l'auteur de la règle que des situations différentes soient traitées différemment » (nous soulignons).

¹⁹¹⁰ SEILLER, B., « Contribution à la résolution de quelques paradoxes de la formulation prétorienne du principe d'égalité », *op. cit.*, p. 983 : « La rupture réside dans l'usage du verbe "déroger" pour présenter l'effet sur le principe d'égalité des aménagements de régime fondés sur des considérations d'intérêt général ».

¹⁹¹¹ FONDIMARE, E., *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.*, p. 4 : « Les résistances des interprètes de l'égalité – en particulier du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État – à accepter d'envisager des différences de traitement visant à réaliser l'égalité réelle, telles que les mesures en faveur de la parité, permettent de mesurer la difficulté pour ces autorités d'admettre la légitimité de ce type de mesures ». V. surtout, p. 298-318. V. aussi FONDIMARE, E., « 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 ? », *loc. cit.*

¹⁹¹² LUCHAIRE, F., « Un Janus constitutionnel : l'égalité », *op. cit.*, p. 1274, au sujet de l'égalité formelle et de l'égalité matérielle : « De ces deux mouvements, l'un est conservateur d'un certain ordre juridique, l'autre tend à le faire progresser. Ils ont pourtant leur source dans le même principe d'égalité qui apparaît ainsi à la fois comme une protection contre l'arbitraire et un mythe pour le progrès social ».

¹⁹¹³ *Ibidem.*

¹⁹¹⁴ Olivier Jouanjan a notamment formulé une critique élaborée de cette formulation. V. JOUANJAN, O., « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *loc. cit.* : « le Conseil constitutionnel s'est par là aligné sur la jurisprudence du Conseil d'État et la mise au point que celle-ci a faite du principe d'égalité dans son arrêt célèbre *Denoyez et Chorques* de 1974. Qu'on me permette de dire que ce n'est pas ce qu'il a fait de mieux ». Sa critique est à saisir à la lueur d'un point de vue particulier. Il considère que la gradation à trois niveaux de la formule traduit un modèle procédural de raisonnement des juges : « les raisons d'intérêt général sont susceptibles de sauver encore la différence de traitement qui n'aurait pas passé avec succès le premier test (la justification par la différence de situations en rapport avec l'objet de la loi). Telle devrait être la logique formelle de cette alternative entre justification par la différence de situations et justification par les raisons d'intérêt général. Or, ce n'est pas ainsi que les choses se passent ». Il constate que, dans certains cas, au lieu de procéder étape par étape, « on va, au lieu de cela, directement à la deuxième branche, celle du "but d'intérêt général" ». Peut-être cette gradation devrait-elle en effet se traduire dans le cadre d'un contrôle par palier. Mais là n'est pas son objet premier. Il est possible de considérer que la logique de la gradation n'est pas nécessairement de formuler un contrôle par étapes du juge. Il s'agit plus sûrement d'un vêtement linguistique qui permet de conserver une cohérence idéologique au principe d'égalité. De ce point de vue, elle semble parfaitement justifiée et nécessaire.

¹⁹¹⁵ Par exemple : « Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur [ou l'autorité investie du pouvoir réglementaire] [réglent] de façon différente des situations différentes ni à ce qu'[ils dérogent] à [*l'isonomie*] 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 avec l'objet de la [norme] qui l'établit » (nous soulignons).

Jean-Marc Sauvé¹⁹¹⁶. Ce point d'équilibre permet également de satisfaire la préoccupation de Bruno Lasserre, Vice-président du Conseil d'État, qui assurait en novembre 2018 que la haute-juridiction « entend prendre toute sa part » dans la mise en œuvre des dispositifs juridiques qui permettent d'apporter une réponse à « la nécessité pressante de faire émerger du principe d'égalité une égalité plus réelle et concrète, sans toutefois que cet impératif ne conduise à remettre en question les principes constitutionnels »¹⁹¹⁷.

513. **Conclusion du chapitre 2.** La perception doctrinale émergente selon laquelle égalité et non-discrimination entreraient en tension possède incontestablement des répercussions considérables du point de vue de la cohérence du cadre normatif. À défaut de fondements constitutionnels solides et complets, le droit de la non-discrimination, principalement façonné par des dispositions législatives, ne gagne rien à entrer dans un rapport de contrariété avec le principe constitutionnel d'égalité. Afin de concevoir – et préserver – une réalisation non conflictuelle, il semble en conséquence utile d'envisager leurs relations sous l'angle de la cohérence et de la complémentarité. Envisager, d'une part, le droit de la non-discrimination comme complément technique du principe d'égalité, et, d'autre part, les différents types de discrimination comme les reflets de ses diverses exigences, permet de tracer le sillon au creux duquel germe une telle cohérence. L'allégation d'une tension justifiant le cloisonnement de l'égalité et de la non-discrimination se cristallise cependant à la marge, par la mobilisation du principe ou du concept de non-discrimination. Avancées tantôt pour préserver l'égalité d'une dénaturation tantôt pour favoriser les mécanismes correcteurs, ces lectures critiques semblent néanmoins pouvoir être requalifiées ou neutralisées. De telle sorte qu'il est possible de relativiser l'affirmation selon laquelle la non-discrimination sortirait nécessairement « du champ du principe d'égalité » pour « s'isoler de lui et chercher à construire ses fondements en dehors, voire à l'encontre, de celui-ci »¹⁹¹⁸. Son application dans les prétoires ne semble dès lors pas, en soi, constituer une menace au principe républicain qui justifierait de freiner son élan.

¹⁹¹⁶ Jean Rivero estimait qu'il ne faut ni « perdre de vue la permanence de la personne humaine à travers tous les accidents » ni, à l'inverse, « se confiner dans la seule contemplation de l'essentielle égalité naturelle ». Ces propos sont repris et cités *in* SAUVÉ, J.-M. (Vice-président du Conseil d'État), « Le principe d'égalité et le droit de la non-discrimination », *op. cit.*, p. 14. V. en un sens proche ROBIN-OLIVIER, S., *Le principe d'égalité en droit communautaire. Étude à partir des libertés économiques*, *op. cit.* p. 26.

¹⁹¹⁷ LASSERRE, B. (Vice-président du Conseil d'État), « L'Égalité des citoyens dans la République », *loc. cit.* Le Vice-président poursuit son propos en vantant les bienfaits de l'égalité des chances et les réflexions d'Amartya Sen axées sur les « capacités ». V. aussi BARROIS DE SARIGNY, C., « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *loc. cit.* : « Conseil constitutionnel et Conseil d'État accompagnent les mutations d'un principe, devenu plus complexe dans ses acceptions et ses implications ».

¹⁹¹⁸ SOUVIGNET, X., « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *loc. cit.* Le constat de l'auteur selon lequel il existe une dynamique « qui tend à construire un véritable droit de la non-discrimination autonome qu'un principe général d'égalité a de plus en plus de mal à intégrer et à gouverner » peut semblablement être relativisé.

CONCLUSION DU TITRE 2

514. Si la réalisation du droit est, dans certains cas, favorisée par la cohérence du cadre normatif, notamment lorsqu'elle facilite la mobilisation du droit par les victimes, par leurs conseils, ou lorsqu'elle normalise l'application du droit de la non-discrimination par les juges, alors une deuxième explication à l'ineffectivité du droit de la non-discrimination peut être avancée, en complément de ses piètres qualités légistiques.

515. L'enrichissement par strates successives du droit de la non-discrimination a progressivement érodé la clarté de la qualification juridique. À la prohibition de la discrimination directe, en principe injustifiable, se sont ajoutées diverses dispositions adoptées par le législateur ayant vocation à poser en amont les justifications exceptionnellement admissibles dans le cadre d'un système fermé (*i.e. numerus clausus*). Le caractère limitatif de ce système de justification des présomptions de discrimination directe débouche sur une profusion et une confusion normatives. À la profusion et à la confusion s'ajoute l'incohérence en raison de deux phénomènes cumulatifs. D'une part, en confrontation avec le système fermé initial, de nouvelles dispositions ont progressivement introduit un système semi-ouvert, puis ouvert, de justification des discriminations directes *prima facie*. D'autre part, le régime de justification des discriminations indirectes *prima facie* diffère, quand bien même la *summa divisio* directe/indirecte se révèle extrêmement poreuse, faillible et pour partie obsolète. En complément des carences rédactionnelles déjà envisagées du point de vue de la légistique formelle, le manque de clarté et l'incohérence de la qualification de discrimination contribuent encore à complexifier la réception, la compréhension, l'appropriation et la mobilisation du droit de la non-discrimination, pour les victimes comme pour les conseils et les magistrats (*e.g.* concours de qualification).

516. À cela, s'ajoutent plusieurs critiques doctrinales qui façonnent – dans le cadre d'interprétations non authentiques – les oppositions substantielles des principes d'égalité et de non-discrimination. Ces critiques esquissent – sans réelle nécessité – une nouvelle source d'incohérence du cadre normatif. Cette incohérence se révèle d'autant plus problématique que les liens du principe d'égalité et du droit de la non-discrimination sont caractérisés par un rapport hiérarchique qui conditionne la validité du second en raison de sa nature principalement législative¹⁹¹⁹. Elles sont

¹⁹¹⁹ La cohérence normative aurait encore pu être envisagée dans le cadre d'une analyse de la conformité matérielle des dispositions législatives nationales aux dispositions antidiscriminatoires, de droit interne ou de droit international. Julien Betaille précise en ce sens que, « pour être cohérent, l'ordre juridique doit nécessairement organiser la purge des normes non valides » (BETAÏLE, J., *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne*, *op. cit.*, p. 68), ce qui implique d'être en mesure d'identifier les dispositions législatives nationales susceptibles d'entrer en contradiction avec

susceptibles de renforcer un certain récit républicain¹⁹²⁰ qui érige l'isonomie en unique horizon du principe d'égalité et favorise la méfiance du juge à l'égard de la non-discrimination. Une telle perception, lorsqu'elle guide la main des autorités normatives, et en particulier du juge, *a fortiori* administratif, contribue à renforcer une forme de réticence à l'application du droit de la non-discrimination, qu'il peine à s'approprier. Ces critiques doctrinales peuvent toutefois être désamorçées par l'explicitation des modalités d'interaction des deux objets pour mieux réaffirmer leur coexistence pérenne – sans nécessairement taire en parallèle les débats légitimes sur les frontières de l'exigence de concrétisation de l'égalité. Ces clarifications érigent la perception conflictuelle de l'égalité et de la non-discrimination en prétexte. En même temps, elles dévoilent un enjeu plus sérieux, celui de l'office du juge, qui explique certains freins à l'application du droit de la non-discrimination. La réalisation de ce droit dépend notamment de la capacité du Conseil constitutionnel et du juge administratif à s'affirmer par un contrôle de proportionnalité plus poussé des catégorisations établies, au moins lorsque celles-ci engendrent un effet manifestement disproportionné au regard d'une caractéristique protégée.

517. Tirant les conclusions de ces considérations, la réalisation du droit de la non-discrimination pourrait être favorisée par la réorganisation de certaines de ses qualités normatives. Si une éventuelle loi de consolidation était amenée à renouveler l'assertion de la loi du 27 mai 2008 selon laquelle les dispositions antidiscriminatoires constituent des « règles assurant le respect du principe d'égalité », il conviendrait de ne pas perdre de vue la double lecture que la formule implique. Non seulement le droit de la non-discrimination complète et réalise le principe d'égalité, mais les différents types de discrimination prolongent les différentes exigences d'égalité qu'englobe désormais le principe. Cette loi de consolidation pourrait surtout fournir l'occasion d'élaborer une qualification générique, axée autour de l'effet défavorable du traitement¹⁹²¹, apprécié au regard d'un

les normes supra-législatives posant l'interdiction de la discrimination. Auraient ici pu être envisagée, par exemple, la législation applicable en matière de régime fiscal au regard de la situation de famille, la législation applicable en matière de neutralité religieuse au sein de l'entreprise au regard des exigences des instruments antidiscriminatoires interprétés par les comités onusiens, ou encore l'article 2, 6° de la loi du 27 mai 2008 selon lequel les dispositions antidiscriminatoires des articles 1 et 2 « ne font pas obstacle aux différences de traitement prévues et autorisées par les lois et règlements en vigueur à la date de publication de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle ». Cette démarche aurait toutefois été factice en raison d'une dimension nécessairement illustrative, non exhaustive, prospective et subjective.

¹⁹²⁰ Là encore, v. entre autres : HENNETTE-VAUCHEZ, S. et FONDIMARE, E., « Incompatibility between the 'French Republican Model' and Anti-Discrimination Law? Deconstructing a Familiar Trope of Narratives of French Law », *op. cit.*, not. p. 57-58 ; CLUZEL-MÉTAYER, L. et MERCAT-BRUNS, M., *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, *op. cit.*, not. p. 14 ; CHAPPE, V.-A., *L'égalité en procès : sociologie politique du recours au droit contre les discriminations au travail*, *op. cit.*, p. 37-39.

¹⁹²¹ V. ici KHAITAN T. et COLLINS, H., « Indirect Discrimination Law : Controversies and Critical Questions », *op. cit.*, p. 21 : « This emphasis on adverse effects may support an interpretation of the aims of the law that perceives a unity of purpose between the two branches of the law » (i.e. prohibition de la discrimination directe et de la discrimination indirecte) ; « This line of argument has the potential to diminish the distinction between direct and indirect discrimination to vanishing point ». Comme le souligne également Sandra Fredman, la cohérence du droit de la non-discrimination passe en partie par l'unification et la

motif de discrimination, et déclinant les différents types de discrimination à titre indicatif. La restructuration des modalités de justification des discriminations *prima facie* pourrait également participer au renforcement de la clarté et du caractère opérationnel du droit de la non-discrimination (*e.g.* généralisation de la clause de justification de l'article 2, 3° de la loi du 27 mai 2008, maintien à titre indicatif des justifications indiquées par le législateur¹⁹²², clause excluant la justification pour certains motifs¹⁹²³). À terme, ces trois procédés permettraient de soigner la cohérence normative au sein du droit de la non-discrimination et de favoriser sa réception, sa compréhension, son appropriation et sa mobilisation.

relégation à un plan secondaire de la distinction entre discriminations directes et indirectes. V. FREDMAN, S., « Direct and Indirect Discrimination: Is There Still a Divide? », in KHAITAN T. et COLLINS, H. (edit.), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, *op. cit.*, p. 51-55.

¹⁹²² Soulignons ici l'intérêt de maintenir dans les lois de consolidation, en France comme à l'étranger, des dispositions interprétatives et indicatives envisagées par le législateur pour guider la main des juges. Cet intérêt résulte de la fonction du droit de la non-discrimination, à savoir formuler un cadre de justifications pour préciser les sens de l'égalité.

¹⁹²³ À l'instar de l'art. 2, 3° de la loi du 27 mai 2008, qui prolonge de manière plus radicale la modulation du contrôle opéré par la Cour EDH lorsque sont en cause certains motifs (*e.g.* race, ethnicité).

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

518. L'analyse des qualités normatives du droit de la non-discrimination a permis de révéler plusieurs malfaçons dans la conception des éléments juridiques qui le structurent (*e.g.* définitions de la discrimination, modalités de prohibition, qualification juridique, intelligibilité des textes...). Ces malfaçons permettent de mettre en évidence sa dimension – parfois inutilement – complexe, voire son incohérence. Celle-ci résulte d'une stratification progressive de dispositions qui ont considérablement modifié le corpus du droit de la non-discrimination, sans que ce processus ne soit jamais accompagné d'un travail de rationalisation. Or, en ce que le droit de la non-discrimination organise une technique de contrôle prioritaire de certaines inégalités apparentes de traitement, sa réalisation est en grande partie contingente, fonction de sa réception, de sa compréhension et de son appropriation par les sujets de droit. Considérant que son ineffectivité, constatée en aval, est régulièrement imputée à une imparfaite connaissance et à une insuffisante mobilisation du droit par les acteurs, que la complexité et l'incohérence ne contribuent pas à renforcer, sa rationalisation – entendue dans une perspective dogmatique comme simplification et mise en cohérence – s'avère d'autant plus essentielle. Elle constituerait un premier pas visant à promouvoir sa réception sociale et à parfaire son caractère opérationnel en vue de l'action.

519. Une fois appréhendé par les victimes, le droit de la non-discrimination se réalise par l'action. Si l'ordre juridique « règle lui-même [...] sa propre application » par « des lois de droit formel ou lois de procédure [qui] règlent l'application des lois de droit matériel par les tribunaux et par les autorités administratives »¹⁹²⁴, le droit de la non-discrimination prévoit certaines modalités propres de mise en œuvre. Qu'elle s'appuie sur des modalités classiques ou spécifiques, la revendication du droit à la non-discrimination repose sur divers facteurs juridiques (*e.g.* conditions de recevabilité, mécanismes de soutien à l'action, efficacité des procédures contentieuses). L'analyse qui consiste à envisager les chances de réalisation à partir des qualités normatives mérite ainsi d'être poursuivie, envisageant pour ce faire les facteurs juridiques qui favorisent ou entravent le processus de revendication du droit à la non-discrimination.

¹⁹²⁴ Kelsen, H., *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 78.

PARTIE 2 : LA RÉALISATION PAR LA REVENDICATION DU DROIT À LA NON-DISCRIMINATION

« Le droit [que l'individu] a de se défendre, n'est en effet qu'une autorisation qu'il tient de la loi, de combattre pour elle, à l'occasion de son propre intérêt [...] et quel que soit le mobile qui le fasse agir, l'intérêt ou le sentiment légal, il n'en contribue pas moins à travailler à la réalisation de l'idée du droit »¹⁹²⁵

520. S'assurer de la qualité des énoncés juridiques qui structurent le droit de la non-discrimination permet d'établir un contexte propice à sa réception, à sa compréhension, à son appropriation et à sa mobilisation. Pour se réaliser pleinement, encore faut-il néanmoins que le droit de la non-discrimination s'appuie sur des voies d'action susceptibles de revendiquer la cessation du dommage et la réparation du préjudice subi du fait de la discrimination. Dominique Baudis, alors Défenseur des droits, soulignait en ce sens qu'« une fois les droits reconnus, le long combat pour que les citoyens puissent en bénéficier commence », car c'est surtout « la capacité à exercer ses droits [qui] conditionne leur effectivité »¹⁹²⁶. Cédric Roulhac ne dit pas autre chose lorsqu'il relève que la problématique de la réalisation est « liée de façon étroite aux caractéristiques des garanties juridictionnelles »¹⁹²⁷. Quant à Henri Motulsky, il a largement contribué à ancrer le contrôle du juge au cœur de l'ambition de réalisation du droit¹⁹²⁸. Dès lors, notre étude peut à présent changer d'objet, et l'intérêt de la recherche se déplace, passant de la qualité des dispositions de droit substantiel à l'efficacité des procédures qui permettent de revendiquer le droit à la non-discrimination¹⁹²⁹ (*i.e.* capacité à contester devant les autorités d'application du droit une pratique ou mesure estimée contraire à l'interdiction de la discrimination et, le cas échéant, à obtenir réparation).

521. En tant que corpus juridique qui vise la réalisation du principe d'égalité et du droit à la non-discrimination par l'organisation d'un contrôle prioritaire de certaines inégalités apparentes de traitement, le droit de la non-discrimination dépend avec une prégnance particulière du contrôle juridictionnel. Pour que l'entreprise de revendication du droit ne soit pas vaine et illusoire, les voies

¹⁹²⁵ MEYDIEU, A. F., Préface de JHERING, R., *Le combat pour le droit*, *op. cit.*, p. V-VI.

¹⁹²⁶ BAUDIS, D., « Préambule », in DÉFENSEUR DES DROITS, *L'accès aux droits : construire l'égalité*, Paris, Défenseur des droits, 2013, p. 5.

¹⁹²⁷ ROULHAC, C., *L'opposabilité des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 341, note 1398.

¹⁹²⁸ MOTULSKY, H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, *op. cit.*

¹⁹²⁹ V. en ce sens JHERING, R., *Le combat pour le droit*, *op. cit.* : « il est dans la nature du droit qu'il se réalise pratiquement », ce qui intervient « si les individus font valoir leur droit » (p. 28). Pour Jhering, il en va de « la protection du droit contre l'arbitraire », de l'intérêt de la société tout entière (p. 31) : « La liberté d'action est pour le sentiment légal, ce que l'air est pour la flamme ; si vous la gênez, si vous la paralysez, vous tuez le sentiment » (p. 43). V. note 88.

d'action et les modalités du recours au juge doivent être efficaces¹⁹³⁰. C'est pourquoi, au vu des difficultés spécifiques de ce contentieux, ces modalités ont fait l'objet de plusieurs adaptations dans un « souci de réalisme »¹⁹³¹, notamment afin « de sortir les victimes de leur isolement et de les accompagner si elles font le choix d'emprunter le chemin du procès »¹⁹³². Il s'agit alors de « mettre le plaideur en capacité d'agir en justice »¹⁹³³ à travers plusieurs procédés techniques¹⁹³⁴ (e.g. modalités de saisine, garantie du recours effectif, charge et modes de preuve). Cette mise en capacité du justiciable à faire valoir son droit à la non-discrimination repose, dans un premier temps, sur l'accès au juge et, plus largement, aux autorités d'application du droit, qui conditionne le déclenchement de la réalisation par la revendication¹⁹³⁵. Mais ce premier mouvement ne serait rien ou presque s'il ne pouvait s'appuyer ensuite sur l'efficacité des mécanismes de règlement des litiges, desquels dépend également la réalisation par le biais contentieux. Insister, au gré de l'analyse, sur les réponses imparfaites qu'apporte le droit face aux difficultés rencontrées par le requérant au cours du

¹⁹³⁰ DONIER, V. et ICARD, P., « Propos introductifs », in DONIER, V. et LAPÉROU-SCHENEIDER, B., (dir.), *L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 21-22 : « l'accès au juge n'a donc pas d'intérêt en tant que tel, c'est parce qu'il exerce une fonction de passerelle [entre le droit et les faits] qu'il occupe une place incontournable, mais aussi spécifique ».

¹⁹³¹ CALVÈS, G., « Non-discrimination et égalité : de la fusion à la séparation ? », *op. cit.*, p. 14, au sujet de l'aménagement de la charge de la preuve.

¹⁹³² FERRÉ, N., « La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme », *op. cit.*, p. 49.

¹⁹³³ PORTA, J., « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2^e partie) », *loc. cit.* : « abandonnant la fiction d'un sujet de droit abstrait et naturellement capable d'invoquer ses droits, la recherche de pleine application de l'égalité de traitement s'est incarnée dans une série de dispositions visant à mettre le plaideur en capacité d'agir en justice ».

¹⁹³⁴ Les directives communautaires mentionnent à ce titre la nécessité de reconnaître aux victimes de discrimination des « moyens de protection juridique adéquats ». V. cons. 19 et art. 7 de la directive 2000/43/CE, cons. 29 et art. 9 de la directive 2000/78/CE ou encore cons. 20 et art. 6 de la directive 2002/73/CE. V. not. sur ce point LANQUETIN, M.-T., « Discrimination », *op. cit.*, § 171. L'art. 6 de la directive 76/207/CEE évoquait quant à lui l'obligation pour les États membres de mettre en place « les mesures nécessaires pour permettre à toute personne qui s'estime lésée par la non-application à son égard du principe d'égalité de traitement [...] de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle ».

¹⁹³⁵ *Nota bene* : dans la mesure où nous concevons le droit à la non-discrimination comme la faculté conférée, par le droit de la non-discrimination, à contester devant les autorités d'application du droit une pratique ou mesure estimée contraire à l'interdiction de la discrimination et, le cas échéant, à obtenir réparation, nous ne considérerons pas, dans la présente étude, les actes qui consistent à se prévaloir du droit de la non-discrimination devant d'autres acteurs que les autorités d'application du droit. Ces dernières sont entendues, ici, comme les autorités qui bénéficient d'une habilitation juridique pour trancher un litige ou fédérer sa résolution. Elles englobent : principalement, les juridictions qui statuent dans le cadre contentieux ; accessoirement, les magistrats, médiateurs et conciliateurs qui officient dans le cadre de la médiation conventionnelle ou judiciaire et de la conciliation judiciaire ; incidemment, le Défenseur des droits, qui procède à des médiations ou conciliations (i.e. bons offices) extrajudiciaires. Les victimes de discrimination sont pourtant susceptibles de se prévaloir du droit de la non-discrimination, entre autres, devant leur employeur, leur bailleur, leur cocontractant, leur supérieur hiérarchique. Il s'agit manifestement, dans ces configurations, d'un acte de mobilisation du droit qui suppose sa réception, sa compréhension et son appropriation. Mais il ne s'agit pas, selon nous, de l'exercice du droit à la non-discrimination tel que défini ci-dessus. Deux normes peuvent être invoquées dans le cadre de rapports de pouvoir entre sujets de droit (i.e. l'interdiction de la non-discrimination et le droit à la non-discrimination). Cela peut déboucher sur une situation de mise en conformité des comportements avec le sens de la norme, en l'occurrence l'interdiction de la discrimination. Ces actes participent alors à la réalisation du droit. Toutefois, parce qu'à défaut de compétences, nous bornons notre analyse aux seuls facteurs juridiques de réalisation du droit, et parce que nous entendons ces derniers comme ceux qui sont susceptibles d'être envisagés à partir de la seule analyse des normes ou des pratiques des autorités d'application du droit (v. Introduction, III, B), les facteurs de réalisation mentionnés ci-dessus échappent à l'emprise de cette étude. Ils gagnent, indiscutablement, à être saisis. Nous ne pouvons, cependant, nous proposer de remplir cette tâche.

processus de revendication, qu'il s'agisse de l'accès aux juridictions (Titre 1) ou du règlement des litiges (Titre 2), permet d'avancer des pistes explicatives complémentaires – partielles – à l'état d'ineffectivité du droit de la non-discrimination.

Titre 1 : L'accessibilité des autorités d'application du droit

Titre 2 : L'efficacité des mécanismes de règlement des litiges

TITRE 1 : L'ACCESSIBILITÉ DES AUTORITÉS D'APPLICATION DU DROIT

522. Dans sa thèse de doctorat, Julien Betaille a largement contribué à ériger en facteur de réalisation la réception de la norme par les sujets de droit en vue d'une revendication contentieuse¹⁹³⁶. Il relève à la suite que : « lorsqu'ils y trouvent un intérêt, les destinataires de la norme ont une tendance naturelle à "revendiquer" son effectivité (*sic*)¹⁹³⁷. Si cette revendication s'effectue potentiellement dans le cadre de l'ensemble des relations sociales, c'est la mobilisation de la norme devant le juge qui est le plus directement l'objet de l'analyse »¹⁹³⁸ car, compte tenu « de l'autorité qui s'attache à ses décisions, c'est devant le juge que la mobilisation de la norme par ses destinataires a le plus grand potentiel sur le plan de son effectivité »¹⁹³⁹. S'appuyant sur les travaux de Jürgen Habermas¹⁹⁴⁰, il insiste en conséquence sur la place centrale de l'accès au juge dans le processus de réalisation du droit¹⁹⁴¹. Le déclenchement du contentieux antidiscriminatoire ne saurait ici faire exception. Dès lors, « s'intéresser aux recours judiciaires et [dans une moindre mesure] extra-judiciaires contre les discriminations renvoie [bien] au problème plus général de la réalisation et de l'effectivité du droit, ici, du droit à ne pas être discriminé »¹⁹⁴².

523. Œuvrer par le droit à la réalisation tout en reconnaissant que celle-ci est tributaire de l'accessibilité des juridictions pour les victimes impose, *a minima*, de limiter les entraves juridiques à une telle entreprise. Dans une conception plus « active » du vecteur juridique comme « moyen de

¹⁹³⁶ Sur l'importance de la réception sociale du droit en préalable à l'action contentieuse, v. entre autres BLANKENBURG, E., « La recherche de l'efficacité de la loi. Réflexions sur l'étude de la mise en œuvre (Le concept d'"implementation") », *op. cit.*, p. 65 : « Il y a de nombreuses barrières à franchir [dans le recours au droit] : l'individu doit connaître son droit en tant que tel, il doit savoir à quelles institutions s'adresser, quel langage et quelle procédure employer pour faire appel à la justice, il doit être motivé pour agir dans ce sens ».

¹⁹³⁷ Qu'il nous soit permis de considérablement relativiser cette tendance « naturelle » à la revendication en matière de non-discrimination tant les facteurs de non-recours au droit possèdent une emprise manifeste (*e.g.* résignation, évitement de la sphère judiciaire considérée comme violente, dénuement, crainte des représailles). Outre les baromètres annuels du Défenseur des droits, v. là encore, entre autres, BUMILLER, K., « Victimes dans l'ombre de la loi. Une critique du modèle de la protection juridique », *op. cit.*, p. 131-152.

¹⁹³⁸ BETAÏLLE, J., *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne*, *op. cit.*, p. 509-510.

¹⁹³⁹ *Idem*, p. 511.

¹⁹⁴⁰ HABERMAS, J. *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. R. Rochlitz et C. Bouchindomme, Paris, Gallimard, 1997, p. 142, tel que cité *in ibidem* : « les personnes juridiques ne peuvent mobiliser leurs prérogatives à la contrainte, attachée à leurs droits, sous la forme d'une prérogative à porter plainte que s'ils ont librement accès à des tribunaux indépendants et fonctionnant efficacement, qui, dans le cadre de la loi, tranchent les litiges d'autorité et de manière impartiale ».

¹⁹⁴¹ BETAÏLLE, J., *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne*, *op. cit.*, p. 511 : « Cependant, le juge ne peut mettre en œuvre ses pouvoirs sans être préalablement saisi. L'accès à la justice des destinataires de la norme revêt alors une place capitale ». V. en un sens similaire BLANKENBURG, E., « La recherche de l'efficacité de la loi. Réflexions sur l'étude de la mise en œuvre (Le concept d'"implementation") », *op. cit.*, p. 65 : « les conditions d'accès aux tribunaux et aux conseils juridiques sont déterminantes quant à la réalisation sociale des droits légaux ».

¹⁹⁴² LAULOM, S., « Les recours judiciaires et extra-judiciaires contre les discriminations », *RDT*, 2015, p. 91 et s.

réalisation de l'exigence de non-discrimination»¹⁹⁴³, cela requiert de faciliter, par le droit, l'accessibilité des juridictions¹⁹⁴⁴. Deux leviers principaux peuvent alors être actionnés. Si ces leviers contribuent déjà à la réalisation du droit de la non-discrimination, des obstacles persistent et des améliorations demeurent envisageables. D'une part, la volonté de faciliter l'accessibilité des juridictions compétentes peut conduire à ouvrir les voies de saisine et à en élargir l'accès aux organismes désirant soutenir la victime dans sa quête de revendication du droit (Chapitre 1). D'autre part, une garantie rehaussée du droit à un recours effectif implique de limiter les difficultés rencontrées dans la conduite de l'action pour que l'accessibilité des juridictions ne soit pas simplement « théorique ou illusoire mais concrète et effective »¹⁹⁴⁵ (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Les limites des différentes voies d'action

Chapitre 2 : Les difficultés relatives à la conduite de l'action

¹⁹⁴³ CHEVALLIER, J., « Lutte contre les discriminations et État-providence », *op. cit.*, p. 40.

¹⁹⁴⁴ LÖHRER, D., « La fonction d'aide à l'accès au juge du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 193-194 : « Là encore, de multiples obstacles entravent l'accès aux prétoires. Songez à la méconnaissance des voies de recours, au coût de la justice, à la technicité de la procédure juridictionnelle, ou encore à l'ésotérisme du langage juridique. Pensez également à la durée des procès, au scepticisme parfois affiché vis-à-vis de l'impartialité et/ou de l'efficacité des tribunaux, ainsi qu'à la charge émotionnelle et psychologique des contentieux. Ce sont là autant de facteurs de non-recours au juge, lesquels impactent au premier chef les catégories sociales les plus précaires. L'affirmation ne souffre aucune contestation : que ce soit devant le juge judiciaire ou le juge administratif, les données recueillies laissent entrevoir de façon constante une surreprésentation des professions libérales, des chefs d'entreprise, des commerçants et des fonctionnaires de catégorie A et, inversement, une sous-représentation des ouvriers, des employés, des fonctionnaires de catégorie C. Faute de ressources économiques, culturelles et procédurales suffisantes, ces derniers sont effectivement contraints de renoncer à leur droit de recourir au juge. Or, "la machine jugeante [étant] inerte de sa nature", la protection juridictionnelle se trouve dans ce cas réduite à néant » (dans la dernière phrase, l'auteur se réfère à WALINE, M., *La notion judiciaire de l'excès de pouvoir*, Paris, Dalloz, 1926, p. 160).

¹⁹⁴⁵ COUR EDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, req. n° 6289/73, § 24. La Cour poursuit : « La remarque vaut en particulier pour le droit d'accès aux tribunaux ».

CHAPITRE 1 : LES LIMITES DES DIFFÉRENTES VOIES D'ACTION

524. La saisine des juridictions par les victimes de discrimination constitue le point de rencontre entre la défense de l'intérêt subjectif et celle du droit objectif¹⁹⁴⁶. Rudolf von Jhering clamait ainsi : « mon droit est le droit tout entier, en me défendant je défends tout le Droit qu'on a lésé en s'attaquant à moi »¹⁹⁴⁷. Dans ce processus de convergence des intérêts, le juge tient un rôle central, à tel point que la faculté « pour le citoyen de trouver un juge est la première des libertés parce qu'elle est la garantie de toutes les autres »¹⁹⁴⁸. *Envisager la réalisation au stade de la production normative invite alors à s'intéresser aux modalités juridiques d'accès des victimes aux juridictions chargées de l'application du droit de la non-discrimination.*

525. La victime de discrimination n'éprouve, en général, guère de difficulté à trouver un juge puisque, dans de nombreuses situations, elle peut porter son action devant les juridictions civiles, prud'homales, administratives ou pénales. Le cas échéant, elle peut également être épaulée par divers acteurs collectifs (*e.g.* syndicats, associations). Ce double renforcement de l'accès au juge traduit le plus souvent une volonté politique de dynamiser le contentieux. Cette perspective est considérée comme le principal levier permettant de contrer l'ineffectivité du droit. Cependant, la capacité de ces différentes voies d'action à porter la cause de la victime devant les juridictions demeure altérée par des entraves persistantes. Celles-ci sont notamment liées aux conditions de recevabilité de l'action contentieuse ou à certains mécanismes procéduraux¹⁹⁴⁹. Une réflexion sur l'optimisation des modalités de déclenchement de l'action en vue de la revendication du droit à la non-discrimination conduit à interroger, en deux temps, ces entraves. Dans un premier temps, concernant la saisine individuelle des juridictions, un examen critique du caractère opérationnel des voies d'action envisageables pour la victime conduit à reléguer la voie pénale au statut d'option secondaire, accessoire aux voies civile et administrative qui s'avèrent plus efficaces et dont le renforcement peut encore être envisagé (Section 1). Dans un second temps, concernant l'organisation collective de l'action, de nombreux blocages procéduraux tendent à entraver son

¹⁹⁴⁶ En ce sens, v. BETAÏLLE, J., *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne*, *op. cit.*, p. 511.

¹⁹⁴⁷ JHERING, R., *Le combat pour le droit*, *op. cit.*, p. 33.

¹⁹⁴⁸ DONNEDIEU DE VABRES, J., « La protection des droits de l'homme par les juridictions administratives en France », *EDCE*, 1949, p. 43.

¹⁹⁴⁹ Pour une présentation de ces éléments comme facteurs de réalisation du droit, v. BLANKENBURG, E., « La recherche de l'efficacité de la loi. Réflexions sur l'étude de la mise en œuvre (Le concept d'"implementation") », *op. cit.*, p. 65, not. « les conditions d'accès aux tribunaux et aux conseils juridiques sont déterminantes quant à la réalisation sociale des droits légaux. La mise en œuvre (ou l'efficacité) du droit [...] dépend d'une infrastructure institutionnelle qui organise l'accès aux moyens juridiques ».

potentiel, susceptible d'être élargi sous réserve d'une rénovation des critères de recevabilité (Section 2).

Section 1 : Le potentiel variable des voies d'action individuelle

Section 2 : Les obstacles à l'organisation collective de l'action

SECTION 1 : LE POTENTIEL VARIABLE DES VOIES D'ACTION INDIVIDUELLE

526. Dans son arrêt *Golder c. Royaume-Uni*¹⁹⁵⁰, la Cour EDH a qualifié le droit d'accès à un tribunal de principe fondamental sous-jacent à l'article 6 § 1 de la Convention EDH¹⁹⁵¹. Plus récemment, elle en fit dériver le droit d'obtenir une décision judiciaire¹⁹⁵². Sans remettre en cause l'effectivité globale de ces droits devant les juridictions françaises, il importe néanmoins de souligner que certains obstacles entravent l'accès des requérants aux juridictions pénales. Ces obstacles, cumulés aux exigences de la voie répressive, de plus en plus éloignées des nécessités de la lutte contre les discriminations, invitent à nuancer l'opportunité de cette voie contentieuse tant « la machine pénale reste lourde à actionner et peu appropriée pour lutter contre les discriminations quotidiennes »¹⁹⁵³ (I). La saisine individuelle des juridictions civiles et administratives constitue, à l'inverse, la voie privilégiée de la contestation en justice des discriminations, tant en raison de son récent développement que des perspectives potentielles de son renforcement stratégique (II).

I. Le potentiel limité de la voie pénale

527. Voie première et symbolique de la lutte contre les discriminations, la voie pénale constitue le marqueur juridique par excellence de la gravité du phénomène discriminatoire. Il serait pour cette raison tentant de lui concéder un rôle primordial dans la revendication du droit à la non-discrimination. Une telle perception, historiquement fondée, semble cependant largement altérée, et il est désormais possible de considérer que sa contribution est grevée de deux malfaçons d'ampleur. La première repose sur les difficultés qui entravent l'accès aux juridictions pénales du fait de nombreux points d'achoppement au cours du processus de saisine (A). La seconde repose sur le constat d'une divergence croissante entre les caractéristiques de la voie pénale et les exigences de la lutte contre les discriminations (B).

¹⁹⁵⁰ COUR EDH, Plén., 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, § 35.

¹⁹⁵¹ V. encore CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston*, *op. cit.*, pts. 17-18 « les États membres sont tenus de prendre des mesures qui soient suffisamment efficaces pour atteindre l'objet de la directive [76/207/CE] et de faire en sorte que les droits ainsi conférés puissent être effectivement invoqués devant les tribunaux nationaux par les personnes concernées. Le contrôle juridictionnel imposé par cet article est l'expression d'un principe général de droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres ».

¹⁹⁵² COUR EDH, 1^e sect., 30 octobre 2003, *Ganci c. Italie*, req. n° 41576/98, § 34.

¹⁹⁵³ CHEVALLIER, J., « Lutte contre les discriminations et Etat-providence », *op. cit.*, p. 53.

A. Le difficile accès au juge pénal pour les victimes de discrimination

528. Au-delà de la possibilité juridique d'une saisine individuelle des juridictions, encore faut-il que cette accessibilité théorique ne soit pas menacée par divers obstacles pratiques qui contribuent à rendre la perspective contentieuse illusoire. Si la France se trouve globalement épargnée par les entraves juridiques à l'accessibilité des tribunaux pour les victimes de discrimination¹⁹⁵⁴, cette réalité doit être nuancée en raison de blocages existant à la fois au niveau de l'émergence des signalements (1) et de l'engagement des poursuites pénales (2).

1) Les obstacles à l'émergence des signalements

529. En 1972, René Pléven faisait preuve d'un enthousiasme manifestement démesuré lorsqu'il affirmait que « s'il y a peu de condamnations, c'est que [...] les actes de discrimination caractérisés sont heureusement assez rares »¹⁹⁵⁵. En 2004, Bernard Stasi, alors Médiateur de la République, s'interrogeait avec davantage de circonspection sur les causes du faible nombre de ces condamnations pénales pour discrimination : 3 en 1997, 16 en 2000, 12 en 2001, 29 en 2002¹⁹⁵⁶. En dépit des évolutions législatives et de la qualité d'un droit positif rehaussé, le nombre de condamnations n'avait guère évolué dix années plus tard : 14 en 2011, 19 en 2012, 8 en 2013¹⁹⁵⁷. La CNCDH relevait alors un décalage suspect entre les comportements constatés par les acteurs de terrain et la faiblesse du nombre d'affaires traitées par les juridictions¹⁹⁵⁸. *In fine*, la carence essentielle et la responsabilité de ce décalage étaient imputées à une piètre application du droit. S'appuyant sur le cas des infractions commises en raison de la religion de la victime pour souligner l'aspect « dérisoire » des chiffres officiels, l'institution concluait plus précisément par une charge à l'encontre des pratiques des autorités publiques, notamment concernant l'enregistrement des plaintes¹⁹⁵⁹.

530. Les pratiques des autorités publiques sont en effet souvent situées au premier plan des facteurs explicatifs de cette faible appréhension pénale des actes discriminatoires. Le rapport Stasi dénonçait déjà l'absence fréquente de rigueur dans le traitement des dossiers au niveau des parquets,

¹⁹⁵⁴ *A contrario*, certains pays ou provinces connaissent un système de filtre préjudiciaire des requêtes fondées sur une allégation de discrimination (e.g. Québec).

¹⁹⁵⁵ JORF, AN, Séance du 7 juin 1972, p. 2291.

¹⁹⁵⁶ STASI, B., *Vers la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, op. cit., p. 37.

¹⁹⁵⁷ MINISTÈRE DE LA JUSTICE (DACG), traitement du casier judiciaire PEPP, données 2013 provisoires, tel que relevé in MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Étude d'impact – Projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXIème siècle*, NOR : JUSX1515639L, 31 juillet 2015, p. 170.

¹⁹⁵⁸ CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Rapport 2015*, op. cit., p. 118.

¹⁹⁵⁹ *Idem*, p. 153.

aboutissant généralement à un classement sans suite ou à une mesure inadéquate¹⁹⁶⁰. Une étude de 2010, axée sur le traitement répressif des discriminations, confirmait ce diagnostic et insistait en outre sur les répercussions négatives du manque de formation des services de police au stade du protocole d'enregistrement des plaintes. Elle dénonçait également leur faible mobilisation¹⁹⁶¹ alors qu'un comportement proactif constituerait une nécessité en vue du recueil d'informations détaillées, indispensables à la caractérisation de l'infraction et à la consolidation des éléments probants¹⁹⁶². Un tel comportement proactif, duquel dépend l'amélioration de la prise en charge dès le stade du signalement, participerait de surcroît à un *empowerment* des victimes susceptible de dynamiser les saisines¹⁹⁶³. Pourtant, loin de cet idéal, l'ECRI déplorait à son tour en mars 2016 le fait que « les procédures concernant [...] l'enregistrement des plaintes contribuent à renforcer le phénomène de sous-déclaration »¹⁹⁶⁴.

531. L'enregistrement des plaintes ou, plus exactement, le refus d'enregistrement des plaintes pour discrimination se trouve en effet largement décrié, au point d'être présenté comme l'un des principaux obstacles au déclenchement des poursuites, voire comme « le premier obstacle au recours »¹⁹⁶⁵. Les commissariats et postes de police ont de longue date eu tendance à refuser d'enregistrer les signalements ou à les enregistrer sous la forme de mains courantes¹⁹⁶⁶. Cette pratique tend à la fois à invisibiliser une partie des signalements et à stériliser leur potentiel pénal en ce que les mains courantes – contrairement aux plaintes – ne font pas l'objet d'une transmission au parquet. La loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes devait remédier à cette problématique en insérant un article 15-3 au CPP. Celui-ci dispose que « les officiers et agents de police judiciaire sont tenus de recevoir les plaintes déposées par les victimes d'infractions à la loi pénale, y compris lorsque ces plaintes sont déposées dans un service ou une unité de police judiciaire territorialement incompétents. Dans ce cas, la plainte est, s'il y a lieu, transmise au service ou à l'unité territorialement compétents »¹⁹⁶⁷. En dépit de cette modification législative, « le ministère de l'Intérieur n'entend apparemment pas [...] mettre

¹⁹⁶⁰ STASI, B., *Vers la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, *op. cit.*, p. 30-31.

¹⁹⁶¹ MOUREY, L., *Le traitement répressif des victimes de discriminations*, étude pour le projet PRELUDE (promotion de l'égalité et de la lutte contre les discriminations), Droit pour la justice et ACSE, 2010, p. 14.

¹⁹⁶² En ce sens, v. les propos de Christine Lazergues rapportés in MERCAT-BRUNS, M. et PERELMAN, J. (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination : perspectives pluridisciplinaires et comparées*, *op. cit.*, p. 33.

¹⁹⁶³ MOUREY, L., *Le rôle du droit pénal dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 324.

¹⁹⁶⁴ ECRJ, *Rapport sur la France (cinquième cycle de monitoring)*, *op. cit.*, p. 10. Sur les contrôles d'identité, v. p. 37.

¹⁹⁶⁵ GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, *op. cit.*, p. 21.

¹⁹⁶⁶ Il fut également reproché aux forces de police de ne pas se déplacer à la suite des signalements par les victimes. V. ici *ibidem*.

¹⁹⁶⁷ Art. 114 de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

fin »¹⁹⁶⁸ aux mauvaises pratiques dans le recueil des signalements. Des difficultés persistent à cet égard, comme le confirment les appréciations des chefs de pôles anti-discriminations pour qui « le dépôt de plainte [n'est pas] systématiquement proposé... Les signalements peuvent rester au stade des mains courantes »¹⁹⁶⁹. Ces pratiques pourraient par ailleurs gagner à être analysées au regard du management par objectifs de la politique de la délinquance (*i.e.* « politique du chiffre »), fréquemment décriée en ce qu'elle affecte la qualité de l'enregistrement des plaintes¹⁹⁷⁰.

532. Les comportements des autorités d'application du droit ne sauraient cependant être seuls mis en cause et les attitudes des victimes possèdent de toute évidence un rôle crucial dans la non-émergence des signalements. Toute démarche de la victime requiert *a minima* une connaissance des dispositions juridiques antidiscriminatoires, une capacité réflexive à analyser sa situation comme une violation du droit, ainsi qu'une information minimale sur les voies d'action possibles afin d'envisager une éventuelle sanction¹⁹⁷¹. À ces prérequis s'ajoutent l'absence de défiance à l'égard de l'action judiciaire et une croyance en sa capacité à apporter une réponse bénéfique au signalement. Or, la CNCDH identifiait en 2015 cinq facteurs prépondérants de résignation des victimes : l'absence de réponse à la suite d'un signalement préalable (*e.g.* PHAROS), la crainte d'une incompréhension des services contactés, le refus d'enregistrer la plainte, l'orientation par les services de police ou de gendarmerie vers des associations quand celles-ci ont d'ores et déjà dirigé la victime vers les premiers, ou encore la présence de pressions et les risques de représailles¹⁹⁷². Si l'attitude des victimes joue ici un rôle essentiel dans l'absence de signalement du fait de leur résignation, force est de reconnaître que quatre des cinq facteurs avancés par la CNCDH relèvent initialement d'un dysfonctionnement des autorités publiques.

533. La multiplication des procédures de signalement des comportements discriminatoires semble une perspective pertinente au regard de ces difficultés. Le numéro d'appel 114 ainsi que les CODAC furent en ce sens envisagés comme modalités alternatives de signalement. Les analystes semblent pourtant s'accorder pour conclure que les résultats n'ont pas été à la hauteur : d'une part,

¹⁹⁶⁸ ECRI, *Rapport sur la France (cinquième cycle de monitoring)*, *op. cit.*, p. 38.

¹⁹⁶⁹ V. CARLES, I. ET HERVÁS, C., « Entretien avec M. François Perrain, Procureur de la République de Valenciennes », *loc. cit.*

¹⁹⁷⁰ INSPECTION GÉNÉRALE DE L'ADMINISTRATION, *Rapport sur l'enregistrement des plaintes par les forces de sécurité intérieure*, juin 2013 [URL : <https://www.interieur.gouv.fr/Publications/Rapports-de-l-IGA/Securite/Rapport-sur-l-enregistrement-des-plaintes-par-les-forces-de-securite-interieure>]. V. not. p. 5-6 : « le processus d'enregistrement, confié à des agents qui n'ont reçu parfois qu'une formation de base en matière pénale, s'avère particulièrement complexe » ; « la marge de manœuvre et le risque d'erreur du personnel chargé de l'enregistrement sont importants » ; « la mission a constaté, au vu de ses entretiens et de ses déplacements dans les services, que la qualité de l'enregistrement des plaintes n'était plus depuis quelques années, une priorité de la hiérarchie. Ce constat est commun aux deux forces de sécurité intérieure, malgré les spécificités des chaînes de contrôle de la police et de la gendarmerie nationales ».

¹⁹⁷¹ En ce sens, v. MOUREY, L., *Le traitement répressif des victimes de discriminations*, *op. cit.*, p. 14.

¹⁹⁷² CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Rapport 2015*, *op. cit.*, p. 153.

en raison des classements sans suite des rares signalements transmis aux parquets après que les victimes ont contacté le 114 ; d'autre part, en raison de l'incapacité des CODAC à assurer leur mission de mise en relation des administrations, de la justice et de la société civile¹⁹⁷³. Le recueil des signalements n'était, certes, pas l'objectif du 114, et était moins visé un traitement des dossiers des victimes que la mise à disposition d'une écoute et l'organisation d'un recueil d'informations essentielles à l'analyse du phénomène discriminatoire¹⁹⁷⁴. Quant à la plateforme PHAROS de recueil des signalements en ligne, la CNCDH nuançait là encore l'efficacité d'une appréhension « bien dérisoire » des infractions à caractère xénophobe ou discriminatoire, englobant de 2012 à 2015 entre 8 et 15 % seulement du total des signalements constatés, notamment par le tissu associatif¹⁹⁷⁵.

534. Outre les numéros d'appel ou les plateformes numériques, le parquet peut également être saisi par courrier. La pratique semble pour autant extrêmement faible et les magistrats chargés de l'animation des pôles anti-discriminations reconnaissent une totale dépendance à l'égard des remontées d'information d'autres acteurs. Le procureur de la République de Valenciennes et chef de pôle anti-discriminations insistait à ce titre sur le fait que « le commissariat ne fait rien remonter [...] ce qui n'est pas normal. Les associations ont donc un rôle important à jouer pour que l'information remonte parce que la gendarmerie locale ne nous fait rien remonter non plus. Le délégué du Défenseur des droits qui fait aussi partie du pôle ne nous saisit pas non plus »¹⁹⁷⁶. De manière plus sectorielle, l'inspecteur du travail peut éventuellement constituer un appui en vue du signalement des comportements discriminatoires¹⁹⁷⁷. L'article L. 8112-2 du Code du travail lui donne en effet compétence pour constater les discriminations prévues aux 3° et 6° de l'article 225-2 du Code pénal ainsi que les délits de harcèlement. En dépit de ce potentiel, il est possible de regretter une certaine carence de temps et de moyens ainsi qu'un réflexe insuffisant des victimes à faire appel à lui¹⁹⁷⁸.

¹⁹⁷³ En ce sens, v. STASI, B., *Vers la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, *op. cit.*, p. 30-31. Le Médiateur évoque à ce titre une sous-estimation de la difficulté du traitement des signalements, un manque de moyens humains et financiers, une instabilité des secrétariats permanents ou encore l'opacité des canaux censés contribuer à l'acheminement des signalements. V. encore GRAËFFLY, R., « Vers une unification des politiques publiques de lutte contre les discriminations », *AJDA*, 2005, p. 934.

¹⁹⁷⁴ MOUREY, L., *Le rôle du droit pénal dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 299. V. encore sur ces questions GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 26.

¹⁹⁷⁵ CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Rapport 2015*, *op. cit.*, p. 150.

¹⁹⁷⁶ CARLES, I. ET HERVÁS, C., « Entretien avec M. François Perrain, Procureur de la République de Valenciennes », *loc. cit.*

¹⁹⁷⁷ Pour l'utilité de son intervention en matière de preuve devant le juge civil v. MINÉ, M., « Discrimination (accès à la preuve) : le rôle confirmé de l'inspecteur du travail devant le juge civil », *RDT*, 2014, p. 188.

¹⁹⁷⁸ V. MOUREY, L., *Le rôle du droit pénal dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 338-341. V. encore sur cette question GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 26-27. V. aussi Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, I, B, 2).

535. La saisine du Défenseur des droits pourrait, dans ces circonstances, s'apparenter à une ultime alternative considérant sa faculté de transmettre un signalement au procureur de la République¹⁹⁷⁹. Cette perspective est néanmoins peu satisfaisante lorsqu'est recherché un accès au juge dès lors que le signalement n'a pas nécessairement pour effet de dessaisir le Défenseur des droits¹⁹⁸⁰, pas plus qu'il n'emporte déclenchement de l'instruction. Il pourrait, en complément, être préconisé que les pôles anti-discriminations s'enquière régulièrement du contenu du registre des mains courantes afin de détecter les signalements qui auraient été mal enregistrés, à l'instar de l'action conduite au sein du parquet de Valenciennes. En dépit de cette mesure palliative, le désintérêt des services de police et de gendarmerie, les exigences de la preuve ou encore la suspicion d'une réticence des juridictions répressives¹⁹⁸¹ et d'une « démobilitation institutionnelle »¹⁹⁸² présentent toutefois de nombreux obstacles à l'opérationnalité de la voie pénale. Son aspect faiblement opérationnel se renforce lorsque sont considérés les blocages persistants au niveau de l'engagement des poursuites malgré une transmission du signalement au parquet.

2) Les obstacles à l'engagement des poursuites

536. À supposer que le comportement discriminatoire soit signalé au parquet, disserter sur l'accessibilité des juridictions implique de s'intéresser à un énième obstacle relatif à l'engagement ou au non-engagement des poursuites. Si les études empiriques forcent le constat d'un taux de réponse pénale relativement élevé, cela n'implique aucun parallélisme des conclusions quant au taux de poursuites, et encore moins au taux de condamnation des actes discriminatoires¹⁹⁸³. Cette forte appréhension pénale s'accommode au contraire d'un faible contentieux et de très rares condamnations¹⁹⁸⁴. L'explication de ce phénomène exige une brève décomposition de la procédure pénale afin d'envisager les voies concluantes dans le cadre d'un examen critique de l'accessibilité du juge.

¹⁹⁷⁹ Une fois saisi d'une réclamation, et « sans préjudice de l'application du II de l'article 28, lorsqu'il apparaît au Défenseur des droits que les faits portés à sa connaissance sont constitutifs d'un crime ou d'un délit, il en informe le procureur de la République. [...] Le procureur de la République informe le Défenseur des droits des suites données à ses transmissions » (art. 33, al. 3 et 4, de la loi organique du 29 mars 2011).

¹⁹⁸⁰ Art. 33, al. 3, de la loi organique du 29 mars 2011 : le Défenseur des droits fait savoir au procureur de la République, « le cas échéant, qu'une mission de médiation a été initiée en application de l'article 26 ».

¹⁹⁸¹ V. SAGARDOYTHO, T., « Le droit pénal de la discrimination : un droit à construire », *AJ pénal*, 2008, p. 313.

¹⁹⁸² GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 21.

¹⁹⁸³ MOUREY, L., *Le rôle du droit pénal dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 309. Pour rappel, concernant la faiblesse du nombre de condamnations, v. STASI, B., *Vers la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, *op. cit.*, p. 37 et MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Étude d'impact – Projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXIème siècle*, *op. cit.*, p. 170.

¹⁹⁸⁴ MOUREY, L., *Le traitement répressif des victimes de discriminations*, *op. cit.*, p. 11.

537. En cas de non-caractérisation de l'infraction, il sera évidemment procédé à un classement sans suite d'une affaire considérée comme insusceptible de poursuites¹⁹⁸⁵. Si l'infraction est en revanche caractérisée, la seconde étape du traitement pénal intervient et laisse ouvertes trois possibilités alternatives¹⁹⁸⁶. Le procureur peut, premièrement, déclencher des poursuites et mettre en mouvement l'action publique. Il peut, alternativement, classer la plainte sans suite s'il conclut à l'inopportunité des poursuites. Il peut, enfin, solliciter la mise en œuvre de mesures alternatives aux poursuites ou d'une composition pénale. Dans l'hypothèse – déjà rare – d'un signalement acheminé jusqu'au parquet constituant une affaire susceptible de poursuites – en raison de la caractérisation de l'infraction prévue aux articles 225-2 et 432-7 du Code pénal –, seule la première de ces trois options s'avère alors théoriquement de nature à conduire le plaignant aux juridictions répressives. L'opportunité du choix effectué par le procureur doit, par ailleurs, être appréciée à la lecture de la politique pénale. En matière de racisme, d'antisémitisme et de xénophobie, les dépêches des 30 mars et 27 juin 2012 du ministère de la Justice invitent les procureurs de la République à engager des poursuites fermes et rapides sous la qualification la plus haute, à recourir à la comparution immédiate et à prendre des réquisitions de mandat de dépôt pour les faits les plus graves. En matière de violences et de discriminations commises à raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre, une circulaire du 23 juin 2013 invite quant à elle les procureurs à « mener une politique pénale volontariste »¹⁹⁸⁷.

538. À défaut de ventilation des chiffres accessibles relatifs aux délits de discrimination, une analyse de ceux relatifs aux infractions à caractère racial peut fournir quelques indications utiles. Il s'agit du motif de discrimination le plus représenté dans le contentieux pénal de la discrimination. Concernant le classement sans suite d'une affaire insusceptible de poursuites, la cause première de l'échec du plaignant réside dans la difficulté à caractériser l'infraction, motif de 85 % des classements pour les plaintes à caractère racial¹⁹⁸⁸ contre 56 % seulement pour l'ensemble des affaires traitées en 2014¹⁹⁸⁹. Cette proportion considérable des classements sans suite pour défaut de caractérisation de l'infraction procède de différents facteurs. Tout d'abord, apparaît à nouveau le rôle indispensable de la formation des forces de police et de gendarmerie, ainsi que la nécessité d'une attitude proactive lors de l'enregistrement de la plainte qui permet de recueillir le maximum d'éléments probants. À défaut, la caractérisation de l'infraction devient plus complexe. Ensuite, de

¹⁹⁸⁵ Art. 40 du CPP.

¹⁹⁸⁶ Art. 40-1 du CPP.

¹⁹⁸⁷ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Circulaire du 23 juillet 2013 portant sur la réponse pénale aux violences et discriminations commises à raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre, JUSD1319893C, BOMJ n° 2013-08 du 30 août 2013.

¹⁹⁸⁸ CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Rapport 2015, op. cit.*, p. 154.

¹⁹⁸⁹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Infostat Justice*, n° 136, septembre 2015, p. 3, [URL : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Infostat_136.pdf], consulté le 2 décembre 2016.

nombreux classements sans suite interviennent en l'absence d'enquête préalable ou d'audition des victimes, des prévenus et des témoins éventuels¹⁹⁹⁰, en dépit des articles 39-3, alinéa 2, et 41 du CPP. Ces derniers disposent que le procureur « veille à ce que les investigations tendent à la manifestation de la vérité » et, à cette fin, « fait procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale ». Les classements sans suite pour défaut de caractérisation de l'infraction en matière de discrimination pourraient, enfin, être expliqués par la difficulté de rapporter la preuve du caractère intentionnel¹⁹⁹¹.

539. Quant aux suites données aux affaires susceptibles de poursuites, c'est le taux de poursuites¹⁹⁹² qui interpelle. Ce taux varie sensiblement lorsqu'il s'attache à l'ensemble du contentieux pénal ou au contentieux des infractions à caractère racial, marquant un passage de 44 % à 18 % en 2012, de 46 % à 19 % en 2013 et de 46 % à 18 % en 2014¹⁹⁹³. La faiblesse de ce chiffre pour les infractions à caractère racial s'explique par l'importance particulière des deux autres possibilités laissées ouvertes au procureur en vue du traitement d'une affaire susceptible de poursuites. L'importance du classement pour inopportunité des poursuites constitue le premier facteur explicatif avec, en 2014, près de 22 % de classements pour inopportunité¹⁹⁹⁴, contre 9,3 % pour l'ensemble du contentieux¹⁹⁹⁵. La carence de la victime (*e.g.* désistement) possède ici une ampleur particulièrement inquiétante et explique cet écart en constituant le motif de 50 % des classements pour inopportunité¹⁹⁹⁶ dans le contentieux des infractions à caractère racial, contre seulement 9 % pour l'ensemble des affaires traitées en 2014¹⁹⁹⁷. Ce phénomène peut alors être rapproché d'une tendance d'ores et déjà soulignée par la CNCDH, à savoir la propension des victimes à se résigner au cours du processus de signalement mais également au-delà, une fois le parquet en charge du dossier. Le développement des procédures de troisième voie achève d'expliquer la faiblesse du taux de poursuites et constitue le second facteur explicatif¹⁹⁹⁸. En 2014, 60 % des affaires susceptibles de poursuites liées à une infraction commise en raison de la religion

¹⁹⁹⁰ En ce sens, v. BENICHOUS, S., *Le droit à la non-discrimination « raciale »*, *op. cit.*, p. 183.

¹⁹⁹¹ Not. DANTI-JUAN, M., « Discrimination », *op. cit.*, § 41.

¹⁹⁹² *I.e.* différentiel entre le nombre d'affaires susceptibles de poursuites et le nombre d'affaires donnant effectivement lieu à un engagement des poursuites.

¹⁹⁹³ CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Rapport 2015*, *op. cit.*, p. 155.

¹⁹⁹⁴ À en croire les chiffres de la CNCDH, qui avançait un taux de poursuites de 18 % et un taux de procédures de troisième voie de « près de six auteurs sur dix ayant fait l'objet d'une réponse pénale » soit 60 %. Par déduction, le taux de classement sans suite pour inopportunité serait donc équivalent au reste, soit près de 22 %. V. *idem*, p. 154-155.

¹⁹⁹⁵ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Infostat Justice*, n° 136, *loc. cit.*

¹⁹⁹⁶ CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Rapport 2015*, *op. cit.*, p. 153.

¹⁹⁹⁷ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Infostat Justice*, n° 136, *loc. cit.*

¹⁹⁹⁸ VIRIOT-BARRIAL, D., « Discrimination et matière pénale en France », *op. cit.*, p. 226 : « Les parquets explorent de plus en plus les voies pénales alternatives : rappel à la loi, classement sous condition de réparation ».

ou de l'origine étaient en effet orientées vers des procédures de troisième voie¹⁹⁹⁹, contre 44,8 % pour l'ensemble des affaires traitées²⁰⁰⁰.

Suites aux affaires poursuivables (2014) ²⁰⁰¹	Classements pour inopportunité	Procédures de troisième voie	Poursuites
Contentieux global	9,3 %	44,7 %	46 %
Contentieux des infractions à caractère racial	22 %	60 %	18 %
Différentiel	+ 12,7 pts	+ 15,3 pts	- 28 pts

540. Parmi le faible nombre d'affaires ayant donné lieu à des poursuites, il importe enfin de souligner que cela ne résulte pas nécessairement de l'action des parquets dès lors que la mise en mouvement de l'action publique peut résulter d'une plainte avec constitution de partie civile de la victime²⁰⁰² ou, le cas échéant, d'une association²⁰⁰³. Comme le relève Marc Toullier, en matière de discrimination, il apparaît précisément « à l'analyse des arrêts rendus par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, que dans la plupart des affaires soumises à la Haute juridiction, l'initiative des poursuites émanait des victimes »²⁰⁰⁴. Cette voie d'action permet opportunément de « contrer l'inertie des parquets »²⁰⁰⁵, dont la réticence peut néanmoins se manifester malgré cette plainte avec constitution de partie civile par des délais de traitement particulièrement longs, notamment au cours de la phase d'instruction²⁰⁰⁶. Considérer que les poursuites sont pour moitié le fait de l'action des victimes permettrait de supposer un engagement des poursuites par le parquet dans seulement 9 % des affaires susceptibles de poursuites²⁰⁰⁷.

541. La saisine des juridictions pénales repose en conséquence sur une forme de filtre préjuridictionnel systématique mais surmontable par le biais de la plainte avec constitution de partie civile. Au regard des quelques chiffres évoqués ci-dessus, la mobilisation du parquet en vue de la sanction juridictionnelle et l'accessibilité du juge pénal pour les victimes de discrimination laissent songeur. Le constat du GELD en 2000 ne semble guère bouleversé, et « la poursuite du recours

¹⁹⁹⁹ CNCNDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Rapport 2015, op. cit.*, p. 154.

²⁰⁰⁰ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Infostat Justice*, n° 136, *loc. cit.*

²⁰⁰¹ Sources : CNCNDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Rapport 2015, op. cit.*, p. 154-157 et MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Infostat Justice*, n° 136, *loc. cit.*

²⁰⁰² Art. 1 et 85 du CPP.

²⁰⁰³ Art. 2-1, 2-6, 2-8, 2-10 du CPP.

²⁰⁰⁴ V. TOULLIER, M., « Réflexion sur l'opportunité d'étendre l'aménagement du fardeau probatoire en matière pénale », in GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité, op. cit.*, annexes, p. 271.

²⁰⁰⁵ BENICHO, S., *Le droit à la non-discrimination « raciale »*, *op. cit.*, p. 183.

²⁰⁰⁶ Sarah Benichou estime que ces délais exceptionnellement longs sont la règle concernant les affaires impliquant des organismes HLM ou les professionnels de l'emploi (e.g. Addeco, ANP). V. *idem*, p. 186.

²⁰⁰⁷ Supposition à relativiser car fondée en présumant, en l'absence de chiffres, un mimétisme de l'action du parquet en matière de contentieux raciste et de contentieux discriminatoire en général.

dépend aujourd'hui [encore] des initiatives et de la persistance de la victime et des associations »²⁰⁰⁸. Les pratiques envisagées ci-dessus « [marquent] le passage d'une réponse juridictionnelle donnée à la délinquance au "traitement" alternatif de celle-ci par les parquets », et tendent à démontrer « que le ministère public est, en pratique, devenu un "juge avant le juge" »²⁰⁰⁹ qui complexifie indubitablement l'accès aux prétoires des juridictions répressives pour les victimes de discrimination. À ces premiers points de friction et obstacles pratiques qui tendent à ériger la voie pénale en parcours du combattant, d'autres réticences s'ajoutent et renforcent un peu plus le sentiment d'obsolescence de la voie pénale en tant que moyen performant de réalisation du droit de la non-discrimination par la revendication du droit à la non-discrimination.

B. Entre contentieux pénal et lutte contre les discriminations : des dynamiques divergentes

542. Deux divergences dans les évolutions respectives du traitement pénal et de la lutte contre les discriminations peuvent *a minima* être relevées. Alors que la lutte contre les discriminations par leur juridictionnalisation a vocation à assurer l'effectivité du droit positif (*i.e.* réparation du préjudice ou/et sanction du responsable), le développement du traitement pénal se trouve marqué par une déjuridictionnalisation chronique qui repose sur les alternatives aux poursuites. La compatibilité de cette logique d'efficience avec l'effectivité des principales dispositions antidiscriminatoires de droit substantiel demeure plus que douteuse (1). La seconde divergence est relative à la place de l'intention et, plus accessoirement, de la faute. Alors que ces éléments demeurent des horizons indépassables en droit pénal, ils perdent progressivement leur influence dans la lutte contre les discriminations, ce qui contribue à conforter l'utilité accessoire de la voie répressive (2).

1) Effectivité du droit pénal ou efficience de la voie pénale : l'émergence d'injonctions contradictoires ?

543. Comme souligné *supra*, l'une des principales causes du faible taux de poursuites est l'importance du recours aux procédures de troisième voie dans le cadre des contentieux liés aux infractions à caractère racial et discriminatoire. Ces procédures de troisième voie peuvent déboucher sur différentes situations : rappel à la loi, réparation, médiation²⁰¹⁰, stage de citoyenneté, travail non rémunéré pour une durée maximale de soixante heures, etc. Le plus souvent, la

²⁰⁰⁸ GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 22.

²⁰⁰⁹ CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Rapport 2015*, *op. cit.*, p. 155.

²⁰¹⁰ Sur le faible recours à la médiation, v. *ibidem*, p. 156-157.

procédure de troisième voie consiste en une mesure alternative aux poursuites *stricto sensu*²⁰¹¹, davantage qu'en une mesure de composition pénale²⁰¹². Dans 61 % des cas en 2014 pour le contentieux des infractions à caractère racial²⁰¹³, la procédure de troisième voie consistait en un simple rappel à la loi. Les circulaires du 23 juillet 2013 et du 4 décembre 2015 invitent en complément les procureurs à recourir aux stages de citoyenneté comme « mode de réponse pénale pouvant être particulièrement adapté »²⁰¹⁴. Il en va de même en matière de violences et de discriminations en raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre²⁰¹⁵. Cette stratégie de réponse pénale a été confirmée par la circulaire générale de politique pénale du 2 juin 2016²⁰¹⁶. Le prononcé d'un stage de citoyenneté est également susceptible d'intervenir dans le cadre d'une composition pénale et d'un classement sans suite sous condition²⁰¹⁷. Le procureur ne peut en revanche autoriser l'officier de police judiciaire à procéder à une transaction pénale en vertu de l'article 41-1-1, I, 3°, du CPP qui limite ce recours aux délits passibles d'un an maximum d'emprisonnement. De manière surprenante, il peut toutefois être amené à homologuer une transaction pénale conduite en la matière par le Défenseur des droits²⁰¹⁸.

544. Conformément à l'article 6, alinéa 3, du CPP, la transaction pénale est un mode d'extinction négociée de l'action publique²⁰¹⁹ qui permet au mis en cause d'échapper aux poursuites. Historiquement, cette faculté s'attachait aux délits mineurs portant atteinte au patrimoine de l'État²⁰²⁰. Elle est désormais sortie de ce sillon étroit et étend son emprise à d'autres domaines. Si le procureur ne peut y recourir directement en cas de discrimination, la faculté est en revanche ouverte au Défenseur des droits sur le fondement de l'article 28 de la loi organique du 29 mars 2011²⁰²¹. Le premier étonnement que suscite cette prérogative concerne l'autorité habilitée à

²⁰¹¹ Art. 41-1 du CPP.

²⁰¹² Art. 41-2 du CPP.

²⁰¹³ CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Rapport 2015*, *op. cit.*, p. 156.

²⁰¹⁴ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Circulaire du 4 décembre 2015 relative au développement d'une thématique consacrée au racisme et aux discriminations dans les stages de citoyenneté, NOR : JUSD1530025C, BOMJ n° 2015-12 du 31 décembre 2015.

²⁰¹⁵ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Circulaire du 23 juillet 2013 portant sur la réponse pénale aux violences et discriminations commises à raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre, NOR : JUSD1319893C, BOMJ n° 2013-08 du 30 août 2013.

²⁰¹⁶ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Circulaire de politique pénale de Monsieur le garde des Sceaux, NOR : JUSD1614914C, BOMJ n° 2016-06 du 30 juin 2016.

²⁰¹⁷ Art. 41-2, 13° du CPP et MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Circulaire du 23 juillet 2013 portant sur la réponse pénale aux violences et discriminations commises à raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre, *loc. cit.*

²⁰¹⁸ À ce sujet, v. : GUYOMARD, M., « Les conditions de la transaction pénale », *RFDA*, 2006, p. 1261 ; AMEGADJIE, F., « La compétence pénale de la HALDE, contours et enjeux », *AJ pénal*, 2008, p. 307 ; CROCQ, J.-C., « Le pouvoir de sanction et de transaction du procureur de la République : chaînon manquant », *RSC*, 2015, p. 595 ; SINAMONTI, S., « Le développement de la transaction en matière pénale », *AJ pénal*, 2015, p. 460 ; ou encore PERRIER, J.-B., « Décret relatif à la transaction "pénale" : entre déception(s) et consolation », *D.*, 2016, p. 135.

²⁰¹⁹ GHERARDI, É., « Réflexions sur la nature juridique des transactions pénales », *RFDA* 1999, p. 905.

²⁰²⁰ GUYOMARD, M., « Les conditions de la transaction pénale », *loc. cit.*

²⁰²¹ Pour des analyses détaillées de cette prérogative, v. SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 489-509 et BENICHOU, S., *Le droit à la non-discrimination « raciale »*, *op. cit.*, p. 379-400.

conduire la transaction. Cette habilitation est refusée à l'autorité chargée de l'engagement des poursuites pénales car la peine encourue pour des faits de discrimination (*i.e.* trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende au moins²⁰²²) excède le plafond attaché aux délits susceptibles de faire l'objet d'une transaction pénale classique²⁰²³ (*i.e.* délits pour lesquels la peine encourue est inférieure à un an d'emprisonnement). En dépit de la gravité de la peine encourue et, en conséquence, du délit caractérisé, un agent d'une instance extrajudictionnelle (*i.e.* le Défenseur des droits) est en revanche autorisé à conduire une telle transaction en vue d'une homologation par un membre du parquet. La procédure classique selon laquelle l'officier de police judiciaire conduit la transaction sur demande du procureur de la République aux fins d'homologation par le tribunal judiciaire est ainsi écartée au profit d'une procédure aux garanties moindres, en dépit d'une gravité du délit qui explique pourtant la mise en échec la procédure classique. Cette sous-traitance extrajudictionnelle²⁰²⁴ de la transaction pénale surprend, et pourrait être perçue comme une dérivation inopportune du traitement pénal plaçant l'autorité judiciaire en marge de l'essentiel du processus.

545. À l'instar des mesures alternatives aux poursuites, la transaction pénale repose, il est vrai, sur trois atouts majeurs : rapidité, confidentialité, efficacité²⁰²⁵. Efficaces en ce qu'elles sont moins coûteuses que des procédures juridictionnelles, ces mesures alternatives aux poursuites n'en sont pas pour autant plus efficaces²⁰²⁶. Comme le souligne Sylvaine Laulom, il importe de faire preuve de prudence dans la croyance que ces mesures alternatives seraient de nature à mieux protéger les victimes de discrimination, d'autant plus au regard de la complexité de ce contentieux²⁰²⁷ et de l'expertise toute relative des délégués du procureur. Selon l'auteure, il n'est guère plus judicieux d'affirmer que la dimension pédagogique des procédures de troisième voie – plus encore lorsqu'il s'agit d'un simple rappel à loi – permet au prévenu de percevoir la gravité de son passage à l'acte – contrairement au caractère symbolique dont seraient revêtues des poursuites devant les juridictions pénales. Au-delà de leur efficacité douteuse, ces mesures ne semblent pas non plus œuvrer à une meilleure effectivité du droit pénal, du moins pas en ce qui concerne la principale disposition du droit de la non-discrimination.

²⁰²² Des facteurs aggravants peuvent rehausser la peine en cas de commission du délit en public ou si l'auteur des faits est dépositaire de l'autorité publique.

²⁰²³ Sur le fondement de l'article 41-1-1 du CPP. V. toutefois art. 41-2, 1^o, du CPP en cas de composition pénale.

²⁰²⁴ Sur la conventionnalité d'une sanction pénale de premier niveau prononcée par une instance administrative, v. not. COUR EDH, 2^e sect., 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie*, req. n^{os} 18 640/10, 18 647/10, 18 663/10, 18 668/10, 18 698, § 139. Sur la constitutionnalité, v. not. CC, Décision n^o 2006-535 DC du 30 mars 2006, cons. 36.

²⁰²⁵ GUYOMARD, M., « Les conditions de la transaction pénale », *loc. cit.*

²⁰²⁶ *Nota bene* : l'appréciation de l'efficacité dépend nécessairement des objectifs assignés, ici, la sanction de la discrimination et la protection de la dignité de la personne (v. Titre II du Livre II du Code pénal).

²⁰²⁷ LAULOM, S., « Les recours judiciaires et extra-judiciaires contre les discriminations », *loc. cit.*

546. Un nouvel étonnement peut en effet résulter du peu d'égard accordé à l'effectivité de la disposition principale du droit pénal antidiscriminatoire. Il est même possible de considérer que la transaction pénale et les alternatives aux poursuites reposent sur un double dénigrement de l'article 225-2 du Code pénal qui fixe la peine encourue en cas de discrimination. Comme le résume Mattias Guyomar, ces procédures alternatives ont pour principe « d'éviter le procès et la sanction pénale, par nature infamante »²⁰²⁸. La discrimination caractérisée débouche dès lors sur une non-sanction. Si la chose est claire pour les mesures alternatives aux poursuites, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de préciser en complément que « les mesures fixées dans la transaction ne revêtent pas [non plus] le caractère de sanctions ayant le caractère d'une punition »²⁰²⁹ au sens de l'article 8 de la DDHC²⁰³⁰. Elle ne fait pas, par ailleurs, l'objet d'une inscription au casier judiciaire du mis en cause²⁰³¹. Outre ce dénigrement de principe, la transaction pénale questionne une fois de plus considérant que son montant est limité à 3 000 € pour une personne physique responsable de discrimination. Qu'il s'agisse de transactions ou d'alternatives aux poursuites, le résultat peut sembler faible face aux peines encourues et prévues par l'article 225-2 du Code pénal, à savoir 45 000 € d'amende et trois ans d'emprisonnement. D'autant plus que si l'article 41-1-1 du CPP prévoit que le montant de la transaction est limité au tiers de l'amende encourue pour le délit dont la peine est inférieure à un an d'emprisonnement, le ratio baisse ici au quinzième de l'amende pour un délit, plus grave, dont la peine encourue est de trois ans d'emprisonnement²⁰³².

547. Comme le résume Thierry Sagardoytho, « virtuellement, les sanctions pénales encourues en matière de discrimination sont lourdes [...]. En pratique, les peines prononcées sont clémentes »²⁰³³. Il suffit pour s'en convaincre de considérer les peines prononcées concernant les discriminations généralement perçues comme les plus infamantes, à savoir les discriminations raciales. Dans la plupart des condamnations constatées, celles-ci débouchent sur une simple peine d'amende assortie d'un sursis. Et lorsque tel n'est pas le cas, l'amende ferme avoisine généralement 3 000 € seulement²⁰³⁴. Il est certes possible d'objecter que la peine encourue constitue un plafond

²⁰²⁸ GUYOMARD, M., « Les conditions de la transaction pénale », *loc. cit.*

²⁰²⁹ CC, Décision n° 2014-416 QPC, 26 septembre 2014, cons. 8, JORF, 28 septembre 2014, p. 15791, texte n° 50. V. encore COUR EDH, 2^e sect., 4 mars 2014, *Grande Stevens et a. c. Italie*, *loc. cit.*

²⁰³⁰ Pour un point de vue critique, v. LAMY, B., « Où l'on apprend que la transaction pénale n'est pas pénale... parce que l'intéressé consent », *RSC*, 2015, p. 711 et PERRIER, J-B., « La transaction pénale et l'erreur du Conseil constitutionnel », *D.*, 2014, p. 2503.

²⁰³¹ Pour un point de vue critique v. CROCQ, J-C., « Le pouvoir de sanction et de transaction du procureur de la République : chaînon manquant », *loc. cit.*

²⁰³² À noter enfin que, outre le plafond fixé, le montant de la transaction est évalué en fonction des ressources de l'auteur des faits. Art. 28, II, de la loi organique du 29 mars 2011 et art. 41-1-1 du CPP.

²⁰³³ SAGARDOYTHO, T., « Le droit pénal de la discrimination : un droit à construire », *op. cit.*, p. 313.

²⁰³⁴ CNCDDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Rapport 2015*, *op. cit.*, p. 160. Pour un aperçu plus détaillé des amendes prononcées en matière de discriminations raciales, v. BENICHOUS, S., *Le droit à la non-discrimination « raciale »*, *op. cit.*, p. 217-218.

et n'a en aucun cas vocation à constituer la médiane ou la moyenne des peines effectivement prononcées. Sans contester ce point, force est de constater un décalage immense entre les textes et les faits, au détriment de la crédibilité du droit²⁰³⁵. En l'état, la voie pénale ne semble pas offrir les instruments propres à une réalisation du droit de la non-discrimination, en raison des blocages et orientations stratégiques évoqués ci-dessus, auxquels pourrait s'ajouter l'obsolescence d'une analyse centrée sur l'intention du mis en cause.

2) Une appréhension limitée des discriminations intentionnelles : symptôme d'une utilité subsidiaire de la voie pénale

548. La voie pénale a initialement été privilégiée comme modalité stratégique d'action par les associations antiracistes, notamment en raison de ses vertus d'exemplarité et de publicité, susceptibles de provoquer un écho médiatique bénéfique à la lutte contre les discriminations. Ces deux vertus se trouvent toutefois considérablement mises à mal par le développement des procédures de troisième voie qui débouchent sur des décisions dépourvues de publicité et témoignent d'une clémence inespérée à la lecture de l'article 225-2 du Code pénal. Il importe en sus de souligner une réorientation stratégique non négligeable de la lutte contre les discriminations. Alors qu'avant 2005 les procès pénaux représentaient des tribunes aussi rares que puissantes, l'émergence de l'organisme de promotion de l'égalité a eu pour effet de déplacer le champ de la bataille médiatique. La HALDE, puis le Défenseur des droits, par leurs prises de position, à la fois dans l'espace public mais également auprès des pouvoirs publics, ont su s'ériger en fer de lance de la sensibilisation de l'opinion. À cela s'ajoute également un développement considérable – bien que toujours insatisfaisant²⁰³⁶ – des politiques publiques et de l'action gouvernementale en la matière. Dépouillée de cette fonction et privée d'une partie de son emploi stratégique initial, la voie pénale voit son utilité recentrée autour de la seule sanction des discriminations intentionnelles.

549. Sans déroger aux règles classiques du droit pénal, le délit de discrimination doit en effet être caractérisé par un élément matériel et un élément moral. La preuve d'une intention de nuire de la part de l'auteur de l'infraction n'est pas nécessaire pour satisfaire cet élément moral et les

²⁰³⁵ En ce sens, v. GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 21 : la faiblesse des sanctions « perpétue une dévalorisation de l'importance attachée aux crimes contre les personnes par opposition aux crimes contre les biens et souligne le peu de gravité attaché au délit de discrimination ». La pratique des alternatives aux poursuites en matière pénale pourrait encore être rapprochée des propos de Gwénaële Calvès lorsque celle-ci estime en ciblant un phénomène plus large que : « Quant à la portée du principe de non-discrimination dont la violation expose théoriquement à des sanctions pénales, elle s'est trouvée diluée, à l'instigation des pouvoirs publics, dans des pratiques diverses et variées de "conciliation" et de "médiation" ». V. CALVÈS, G., « Répression des discriminations : l'adieu aux armes », *op. cit.*, p. 47.

²⁰³⁶ V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, I, A.

juridictions pénales se contentent de la preuve du caractère volontaire de l'acte, c'est-à-dire de la simple conscience de s'y livrer²⁰³⁷. Les cas de sanction de discriminations intentionnelles s'avèrent cependant peu nombreux. Après une analyse méticuleuse et détaillée du contentieux répressif, Laura Mourey répertoriait un total de 187 décisions rendues et publiées par les juridictions pénales entre 1981 et 2010²⁰³⁸. Ce chiffre ne correspond pas exclusivement aux décisions rendues en dernière instance et doit être relativisé en ce que plusieurs décisions s'attachent au même litige. Sur ces 187 décisions, 78 avaient été prononcées en cassation, toutes n'étant naturellement pas synonyme de condamnation.

550. Cette faiblesse du contentieux trouve en partie son explication dans les éléments soulignés *supra*, tels que le développement des alternatives aux poursuites et le faible activisme des parquets. Même lorsqu'elles franchissent le stade du signalement, une part considérable des discriminations intentionnelles est précisément mise en échec par le processus préalable de filtre dans l'accès aux juridictions pénales. L'intentionnalité joue en effet un rôle important au cœur de ce processus de filtre. Deux niveaux d'intentionnalité peuvent alors être distingués²⁰³⁹. Le premier procède d'une assignation identitaire extérieure et négative doublée d'une animosité marquée à l'encontre de la victime²⁰⁴⁰. Le second procède plus simplement d'un acte volontaire mais dépourvu d'animosité, qui trouve généralement son ressort dans divers stéréotypes²⁰⁴¹. De ces niveaux d'intentionnalité, déterminant pour partie la facilité de la preuve, dérive une appréciation des chances de succès de chaque cas devant les juridictions pénales. La tendance est alors à la déjuridictionnalisation des actes dépourvus d'animosité, à moins que le comportement « s'accompagne d'une circonstance ou d'une maladresse qui crée un doute »²⁰⁴² suffisamment solide pour justifier des poursuites. Auquel cas, « les juges se montrent alors plutôt bienveillants »²⁰⁴³. En définitive, d'un point de vue qualitatif, seules les discriminations les plus graves (*i.e.* sous-tendues par une animosité marquée) trouvent encore un écho au sein de la voie contentieuse répressive. Or, l'évolution des pratiques tend à raréfier ces comportements malveillants et expressément fondés sur un motif de discrimination, lesquels contrastent avec la part croissante des discriminations indirectes, à l'égard desquelles la voie pénale s'avère de nouveau défailante.

²⁰³⁷ En ce sens, v. Cass. crim., 30 novembre 1993, n° 93-81.291, inédit, not. relevé in LANQUETIN, M-T., « Discrimination », *op. cit.*, § 436.

²⁰³⁸ MOUREY, L., *Le traitement répressif des victimes de discriminations*, *op. cit.*, p. 7.

²⁰³⁹ En ce sens, v. *idem*, p. 201-202.

²⁰⁴⁰ Pour des cas illustrant ce niveau d'intentionnalité, v. DANTI-JUAN, M., « Discrimination », *op. cit.*, § 42.

²⁰⁴¹ Pour des cas illustrant ce niveau d'intentionnalité, v. *idem*, § 44.

²⁰⁴² *Ibidem*.

²⁰⁴³ *Ibidem*.

551. Les observateurs de la pénalisation des discriminations affirment couramment que « l'action pénale est uniquement réservée aux discriminations directes »²⁰⁴⁴. Plus précisément, cette assertion est généralement étayée par l'argumentaire suivant : si la discrimination directe « paraît compatible avec les exigences du régime juridique de la preuve devant le juge pénal, tel n'est pas le cas concernant la [discrimination indirecte]. En effet, la discrimination directe, de par sa forme, implique l'intention discriminatoire qui se doit d'être rapportée au titre de l'élément moral de la constitution du délit. On ne saurait en dire de même pour la discrimination indirecte puisqu'[elle relève] d'une mesure *généralement neutre, donc non intentionnelle*. La discrimination indirecte, de par sa forme, ne comporte en aucun cas d'élément moral, dans la mesure où il n'existe pas d'intention discriminatoire »²⁰⁴⁵. La doctrine recourt parfois en ce sens aux termes de « discrimination non intentionnelle ou indirecte » de manière indissociée²⁰⁴⁶. Elle procède ainsi à une association conceptuelle qui place une part importante – et croissante – des manifestations de la discrimination hors de la sphère pénale. Cette association des concepts s'avère pourtant extrêmement problématique. D'une part, car elle tend à ériger malencontreusement l'intentionnalité en critère de distinction entre discriminations directes et indirectes alors que ce sont les modalités de production de l'effet défavorable qui les dissocient. D'autre part, car elle tend à occulter le vice en écartant l'hypothèse d'une production volontaire mais indirecte de l'effet défavorable²⁰⁴⁷.

552. La preuve de l'intention peut, certes, s'avérer moins commode en cas de discrimination indirecte. Elle n'est toutefois en rien incompatible avec les standards de la voie pénale²⁰⁴⁸. Pour preuve, la pénalisation de la discrimination indirecte ressort d'un arrêt de la chambre criminelle du 20 janvier 2009²⁰⁴⁹ au sujet d'une offre d'emploi conditionnée à la présentation de la carte d'électeur des candidats. La détention d'une telle carte étant liée à la possession de la nationalité française ou d'un pays communautaire, les étrangers non communautaires étaient *de facto* exclus de l'accès à l'emploi. La distinction sanctionnée, en apparence neutre – car non fondée explicitement sur un critère protégé²⁰⁵⁰ – mais possédant un effet défavorable et non justifié au regard de la nationalité,

²⁰⁴⁴ ESSOUMA MVOILA, G., *La politique criminelle de lutte contre les discriminations à l'embauche*, *op. cit.*, p. 141-142.

²⁰⁴⁵ *Ibidem* (nous soulignons). V. encore SOUVIGNET, X., « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *loc. cit.* : « Les discriminations indirectes, contrairement aux discriminations directes, ne sont pas fondées sur un critère intentionnel. [...] On comprendra également qu'à ce titre les discriminations indirectes ne sauraient jouer en matière pénale ».

²⁰⁴⁶ BELORGEY, J.-M., « De quelques problèmes liés à la prohibition et à l'élimination des discriminations », *loc. cit.*

²⁰⁴⁷ Sur ces différents points, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, I, B, 1).

²⁰⁴⁸ Sous réserve de l'appréciation de la formule consacrée de « distinction [...] sur le fondement de » (art. 225-1 du Code pénal) qui, en l'état, ne détermine pas si le fondement doit nécessairement être direct (*i.e.* prise en compte explicite du motif prohibé) ou s'il peut être indirect (*i.e.* appréciation de l'effet défavorable de la distinction au regard d'un motif prohibé) – demeurant sur ce plan sujet d'interprétation. V. ici Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, II, B, 2).

²⁰⁴⁹ Cass. crim., 20 janvier 2009, n° 08-83.710, *Bull. crim.*, n° 19.

²⁰⁵⁰ La chambre criminelle occulte toutefois l'écran que constitue le critère en apparence neutre (*i.e.* la possession d'une carte d'électeur) pour considérer que « ladite offre était subordonnée à une condition de nationalité ». V. *ibidem*. Il s'agit d'un raccourci commode. Plus finement, le critère pris en compte n'est pas réductible à la nationalité bien qu'il

constituait en conséquence une discrimination indirecte fondée sur la nationalité. Cette lecture de la décision fut récemment retenue par Emmanuel Dreyer²⁰⁵¹. Il relève en complément que, « en jurisprudence, il n'existe pas d'hypothèses où des juges répressifs auraient considéré qu'une relaxe s'imposait parce que la discrimination constatée était indirecte. En d'autres termes, ils n'ont jamais limité la sanction des pratiques discriminatoires aux seules hypothèses de discriminations directes »²⁰⁵². Une décision de la chambre criminelle du 8 janvier 2019 semble par ailleurs confirmer la possible pénalisation des discriminations indirectes lorsqu'elle affirme, en dépit du rejet du pourvoi, « qu'il est sans emport au regard de l'article 225-1 du code pénal que la discrimination alléguée ait été directe ou indirecte »²⁰⁵³. Même possibles, les appréhensions de la discrimination indirecte par les juridictions répressives demeurent toutefois exceptionnelles au regard de la jurisprudence.

553. Non seulement cette voie contentieuse n'est en définitive susceptible d'appréhender que les seules discriminations intentionnelles, ce qu'elle fait de manière extrêmement modeste d'un point de vue quantitatif, mais en outre, elle se révèle peu efficace lorsqu'il s'agit d'appréhender les discriminations directes intentionnelles dépourvues d'animosité ainsi que les discriminations indirectes intentionnelles. Cette efficacité résiduelle laisse poindre un sentiment d'obsolescence de la voie pénale. Le sentiment se trouve encore renforcé lorsque sont considérées les évolutions des ambitions antidiscriminatoires, situant l'enjeu essentiel au niveau de l'effet et amoindrissant l'égard accordé à l'intention.

554. La pénalisation des discriminations dès 1972 a inévitablement concentré le contentieux sur l'intention et la faute. Plusieurs dynamiques de la lutte contre les discriminations participent en contraste à une mise à l'écart de ces éléments. Premièrement, le développement des fondements législatifs à l'action civile et administrative a ouvert la voie à la judiciarisation de comportements discriminatoires non intentionnels – du fait du régime probatoire n'exigeant pas de caractériser l'élément moral²⁰⁵⁴. Le contentieux tend à se concentrer dans de très larges proportions au sein des

occasionne – et là est l'essentiel – un désavantage particulier pour certaines personnes par rapport à d'autres au regard du motif de la nationalité.

²⁰⁵¹ DREYER, E., « Les discriminations indirectes, regard du pénaliste », *Dr. Soc.*, 2020, p. 328 et s. : « Cette infraction supposait une discrimination indirecte puisque le critère utilisé, neutre en apparence, était susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour les salariés de nationalité étrangère ».

²⁰⁵² *Ibidem*. L'auteur souligne en complément : « La sanction pénale des pratiques discriminatoires peut donc s'avérer délicate lorsque la discrimination n'était qu'indirecte. Mais ce n'est pas une raison pour conclure que le droit pénal ignore ce type de discriminations. Lorsque la preuve en est rapportée, sur le plan matériel et moral, il peut les sanctionner ».

²⁰⁵³ Cass. crim., 8 janvier 2019, n° 17-82.675, inédit.

²⁰⁵⁴ En ce sens, BELORGEY, J-M., « De quelques problèmes liés à la prohibition et à l'élimination des discriminations », *loc. cit.* : « L'intentionnalité de la discrimination, longtemps requise par la jurisprudence de la plupart des juridictions, y compris civiles, l'est de moins en moins fréquemment ».

voies civile et administrative. Deuxièmement, envisager comme horizon de la lutte contre les discriminations l'appréhension des discriminations indirectes et systémiques, qui « ne dérivent pas forcément d'une stratégie intentionnelle d'un auteur précis »²⁰⁵⁵, tend à rendre obsolète toute appréciation du comportement en termes d'intention²⁰⁵⁶, voire de faute. Les pratiques et mesures discriminatoires se révèlent être de plus en plus masquées. Moins frontales, elles conduisent à apprécier le comportement « de manière objective, en plaçant le motif et l'intentionnalité dans un rôle purement accessoire »²⁰⁵⁷. C'est alors sur l'effet discriminatoire – plus que sur ses modalités de production ou sur sa nature intentionnelle – qu'il importe de centrer l'analyse²⁰⁵⁸.

555. En bout de course, à la faiblesse des signalements, des poursuites²⁰⁵⁹, des condamnations, couronnées de sanctions peu dissuasives²⁰⁶⁰, à la moindre médiatisation des affaires et à la déjuridictionnalisation chronique, s'ajoute une appréhension contrastée des discriminations intentionnelles. Il ne s'agit pas de remettre en cause les fondements du droit pénal par ce constat critique mais, plus simplement, de relativiser la pertinence de cette voie lorsqu'il s'agit d'appréhender et de sanctionner les discriminations²⁰⁶¹. Certains estiment – avec optimisme – qu'il convient de « redynamiser une action pénale dont nous avons tendance à oublier l'intérêt »²⁰⁶² quand d'autres préfèrent, de manière plus convaincante, acter le constat d'une « voie procédurale [qui] ne peut donc constituer le mode normal de traitement des discriminations »²⁰⁶³ en dépit des espoirs dont elle fut longtemps porteuse. Dans cette dernière optique, deux perspectives émergent.

²⁰⁵⁵ MERCAT-BRUNS, M., « L'identification de la discrimination systémique », *loc. cit.*

²⁰⁵⁶ *Ibidem* : « Plusieurs actes intentionnels ou non, directs ou indirects, fondés ou non sur plusieurs critères, peuvent se combiner et être à l'origine de la discrimination [...]. La discrimination individuelle ou collective ne se caractérise pas forcément par son intentionnalité [...]. L'intérêt est de montrer ensuite que ce ne sont pas seulement des comportements individuels et intentionnels qui devraient changer pour prévenir les discriminations systémiques ».

²⁰⁵⁷ MOUREY, L., *Le traitement répressif des victimes de discriminations*, *op. cit.*, p. 89.

²⁰⁵⁸ Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, II, B.

²⁰⁵⁹ V. encore sur ce point VIRIOT-BARRIAL, D., « Discrimination et matière pénale en France », *op. cit.*, p. 228 : « Les signalements sont statistiquement rares, les poursuites et les condamnations pénales sont faibles. Les causes de cet échec relatif sont multiples et variées : désintérêt des services de police plus rompus à l'enregistrement d'une plainte pour vol qu'une plainte pour discrimination ».

²⁰⁶⁰ En ce sens, CNCDH, La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Rapport 2015, *op. cit.*, p. 157. V. encore GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 21 : « trop souvent, la sanction n'a pas l'effet dissuasif recherché sur les discriminants et s'absorbe aisément comme frais d'opération ». V. encore LATRAVERSE, S., *Report on Measures to Combat Discrimination. Country Report 2011. France*, Bruxelles, European network of legal experts in the non-discrimination field, 2012, p. 146-147 : « *beyond bad publicity, in case of a business strategy based on a discriminatory practice, the amount of these condemnations is not yet a significant deterrent* ».

²⁰⁶¹ Pour un constat similaire, v. HAVELKOVÁ, B. et MÖSCHEL, M., « Introduction : Anti-Discrimination Law's Fit into Civil Law Jurisdictions and the Factors Influencing it », *op. cit.*, p. 10 : « *In some countries, such as France, race discrimination was prohibited by criminal law. Foundational principles of criminal law, however, clash with underlying assumptions of anti-discrimination doctrine. Notably, criminal law requires mens rea, that is the intent to commit a certain act. Intent is not part of EU direct discrimination doctrine, which is based on no-fault liability, and even less so of its indirect discrimination doctrine, which looks at effects only. Courts which might have been used to read discrimination through a criminal law lens might thus have difficulties getting used to a no-fault logic* ».

²⁰⁶² MOUREY, L., *Le rôle du droit pénal dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 414.

²⁰⁶³ GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p.18.

La première consisterait à plaider en faveur d'une dépenalisation²⁰⁶⁴. La seconde consisterait, plus simplement, à insister sur la subsidiarité et le rôle accessoire de l'approche répressive. Celle-ci peut, en effet, conserver une utilité pour la sanction des faits d'une gravité extrême et dont la médiatisation serait particulièrement souhaitée. Considérant ses nombreuses carences²⁰⁶⁵, force est de constater qu'elle ne saurait en revanche constituer la voie contentieuse principale de revendication du droit à la non-discrimination²⁰⁶⁶. À défaut de dépenalisation de la discrimination, la relégation de l'approche répressive semble constituer une évolution logique qui répond à un « renoncement guidé par un excès de pragmatisme »²⁰⁶⁷. Cette évolution érige en écho les voies civile et administrative en perspectives prioritaires.

II. Le potentiel renforcé des voies civile et administrative

556. Face aux blocages de la voie pénale, les voies civile et administrative ne sauraient présenter des alternatives crédibles pour la revendication du droit à la non-discrimination que sous réserve du caractère opérationnel de l'action, c'est-à-dire du « droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée »²⁰⁶⁸. Les fondements législatifs doivent être suffisants pour permettre le déclenchement et l'acheminement de l'action dans des conditions optimales. Si la situation s'est considérablement améliorée ces dernières années sur ce plan, elle demeure encore imparfaite (A). Un soutien institutionnel consenti aux requérants

²⁰⁶⁴ Outre les arguments de son manque d'efficacité et de son incapacité à saisir la plupart des manifestations de la discrimination, son manque de pertinence en vue de l'acceptation de la sanction est parfois souligné. En ce sens, v. BENICHO, S., *Le droit à la non-discrimination « raciale »*, *op. cit.*, p. 410-411 « La dépenalisation viserait ainsi l'efficacité dans un contexte où la punition, comme moyen fonctionnel de contrôle social, est perçue avec scepticisme et où le processus de justice criminelle "risque fort de compromettre plutôt que d'apporter la paix entre les intéressés" » (l'auteur se réfère en citation aux propos tenus in « Déjudiciarisation et médiation. Résolutions », *Revue internationale de droit pénal*, n° 3-4, 1985, p. 515).

²⁰⁶⁵ Là encore, v. SAGARDOYTHO, T., « Le droit pénal de la discrimination : un droit à construire », *loc. cit.*, qui évoque une option « hasardeuse sur le terrain de la preuve, coûteuse sur le plan des moyens, [...] aléatoire quant à son issue », qui pâtit de « l'encombrement séculaire des juridictions correctionnelles par les matières traditionnelles reléguant sans doute au second plan l'intérêt de ces matières nouvelles ». V. encore les propos retranscrits de Didier Guérin, président de la chambre criminelle de la Cour de cassation, in DÉFENSEUR DES DROITS, *10 ans de droit de la non-discrimination*, *op. cit.*, p.53-54 : « le droit pénal est certainement d'application difficile face à certains comportements de discrimination ».

²⁰⁶⁶ V. not. VIRIOT-BARRIAL, D., « Discrimination et matière pénale en France », *op. cit.*, p. 215 : « la voie pénale n'apparaît pas comme la voie idoine, chemin parsemé d'embûches et de doutes, d'incertitudes trop fortes quant à son issue. Elle apparaît comme une voie secondaire face à la voie civile ».

²⁰⁶⁷ GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, *op. cit.*, p. 116. V. en ce sens SAGARDOYTHO, T., « Le droit pénal de la discrimination : un droit à construire », *loc. cit.* : « L'action pénale a fait la preuve des limites de son efficacité. Le temps est sans doute venu de privilégier des modes de réparation civils et administratifs garantissant une égalité effective plutôt qu'une poursuite pénale, certes virtuellement plus exemplaire dans ses sanctions mais somme toute, plutôt symbolique et marginale dans ses incidences ». V. encore FASSIN, D., « L'invention française de la discrimination », *Revue française de science politique*, 2002/4, vol. 52, p. 414-415 : « d'un côté, on allège les exigences dans la démonstration de la discrimination ([...] affaiblissement de l'argument d'intentionnalité) ; de l'autre, on promeut des modifications dans les comportements des personnes concernées (préférence pour les procédures civiles qui ont de meilleures chances d'aboutir favorablement que les procédures pénales) ».

²⁰⁶⁸ Art. 30 du CPC.

à travers la fourniture d'une aide juridique spécialisée permettrait en continuité de combler certaines carences persistantes, et ainsi maximiser les chances de succès pour les requêtes, du moins celles que l'organe chargé de cette aide estimerait les plus à même d'être fondées en fait et en droit (B).

A. Les actions civiles et administratives : un développement récent mais imparfait

557. L'utilité des voies civile et administrative à la réalisation du droit de la non-discrimination dépend, en premier lieu, de manière très pragmatique, de la possibilité de l'action. Cela implique que l'état du droit positif soit suffisant pour fournir les fondements législatifs aux prétentions des victimes. Sur ce point, les avancées récentes sont notables et ont progressivement permis une mise à niveau pour couvrir désormais davantage de domaines que le droit pénal (1). Pour autant, les conditions de traitement de l'action étant divergentes, certains inconvénients procéduraux persistent et impliquent une perte de garantie pour les requérants en comparaison de la voie pénale et de l'action publique (2).

1) Le renforcement progressif des fondements législatifs aux actions civiles et administratives

558. Le droit pénal de la non-discrimination fut historiquement le premier à se développer. Dès 1972, la loi Pléven²⁰⁶⁹ instituait l'article 416 de l'ancien Code pénal pour fonder l'action des victimes devant les juridictions répressives. Cette disposition fut ensuite enrichie par les modifications législatives successives, notamment lors de la codification de juillet 1992²⁰⁷⁰. Les fondements législatifs aux actions civiles et administratives ont, en comparaison, souffert de deux carences essentielles : une émergence tardive finalement favorisée par un volontarisme politique au cours des années 2000 ainsi qu'un contenu demeuré longtemps sectoriel (*i.e.* protection des travailleurs, salariés et fonctionnaires).

559. Dix années après la promulgation de la loi Pléven, c'est la loi Auroux relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise qui, en 1982, a offert un fondement juridique autre que pénal aux victimes de discrimination dans l'emploi. Le licenciement et la sanction du travailleur étaient alors prescrits en raison de neuf motifs (origine, sexe, situation de famille, ethnie, nation, race, opinions politiques, activités syndicales et convictions religieuses). De 1982 à 2001, quatre motifs furent

²⁰⁶⁹ Art. 7 de la loi n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme.

²⁰⁷⁰ Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes.

ajoutés (activités mutualistes en 1985, mœurs, état de santé et handicap en 1990). En 1993, l'écart discriminatoire d'une procédure de recrutement, en complément du licenciement et de la sanction, fut également prescrit. Les dispositions du Code du travail furent ensuite considérablement enrichies en 2001 : d'abord, par l'ajout de quatre motifs (orientation sexuelle, âge, apparence physique, nom de famille) ; ensuite, par la considération des discriminations directes, indirectes et de la protection à l'encontre des représailles pour avoir témoigné de fait de discrimination ; encore, par l'ajout de trois actes potentiellement discriminatoires (refus d'accès à un stage, à une formation et, plus largement, toute « mesure discriminatoire ») ; enfin, par la mention explicite de neuf domaines non exhaustifs au sein desquels est prohibée la discrimination (rémunération, formation, reclassement, affectation, classification, qualification, promotion, mutation et renouvellement de contrat). Hormis l'ajout de deux nouveaux domaines en 2006, à savoir les mesures d'intéressement et la répartition des actifs, les enrichissements législatifs se sont depuis limités à ajouter des caractéristiques protégées, soit directement dans la liste de l'article L. 122-45 devenu L. 1132-1 du Code du travail (caractéristiques génétiques en 2002, grossesse en 2006, identité de genre en 2012, lieu de résidence en 2014, vulnérabilité économique et capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français en 2016, domiciliation bancaire en 2017, exercice d'un mandat électif local en 2019), soit dans les articles suivants (fonction de juré ou de citoyen assesseur en 2011, refus de mutation dans un pays incriminant son orientation sexuelle, témoignage d'un délit ou d'un crime connu dans le cadre de ses fonctions en 2013, etc.)²⁰⁷¹.

560. L'applicabilité des protections susmentionnées est cependant limitée aux salariés et aux personnels employés par des personnes publiques dans les conditions du droit privé²⁰⁷². Les fonctionnaires se trouvent, quant à eux, soumis aux dispositions statutaires et, en matière de non-discrimination, aux articles 6 à 6 *ter* de la loi du 13 juillet 1983. Bernard Stasi relevait en 2004 le faible nombre de décisions engendrées par ces dispositions²⁰⁷³. Fréquemment oubliées des avancées législatives lors des vingt dernières années, les garanties qu'elles énoncent pour les fonctionnaires demeurent moins développées, créditées de dix-sept motifs énumérés de « distinction » prohibée, directe ou indirecte²⁰⁷⁴, du moins lorsque les recours sont fondés sur la loi Le Pors et non sur la loi du 27 mai 2008

²⁰⁷¹ V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, I, A, 1).

²⁰⁷² Art. L. 1131-1 du Code du travail.

²⁰⁷³ STASI, B., *Vers la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, *op. cit.*, p. 38.

²⁰⁷⁴ Six en 1983 (opinions politiques, syndicales, philosophiques, religieuses, sexe et ethnique), huit en 1990 (ajout de l'état de santé et du handicap), quatorze en 2001 (ajout de l'origine, de l'orientation sexuelle, de l'âge, du patronyme, de l'apparence physique et de la prétendue race), quinze en 2012 (ajout de l'identité sexuelle), seize en 2016 (ajout de la vulnérabilité économique), puis dix-sept en 2019 (ajout de la grossesse). À cela s'ajoutent cinq motifs annexes (*i.e.* avoir subi ou refusé de subir des faits de discrimination ou harcèlement ; avoir témoigné de tels faits ; avoir formulé un

561. Face à la sectorisation de cette protection législative, qui offrait un fondement à l'action civile ou administrative dans le domaine de l'emploi²⁰⁷⁵, il fallut attendre 2008²⁰⁷⁶ pour un élargissement des domaines d'application, notamment à la fourniture de biens et services qu'envisageait le droit pénal depuis 1972. Au-delà du secteur de l'emploi, qui entre également dans le champ d'application de la loi du 27 mai 2008, les discriminations dans les domaines de la protection sociale, de la santé, des avantages sociaux, de l'éducation et de l'accès ou la fourniture de biens et services peuvent désormais être contestées par les voies civile et administrative. La loi du 27 mai 2008 ne mentionne pas, en revanche, les discriminations dans le domaine du logement, couvertes par l'article 1 de la loi n° 89-462 du 23 décembre 1989. Deux difficultés majeures persistaient néanmoins, puisque l'emprise de la loi de 2008 demeurait restreinte à quatorze motifs seulement²⁰⁷⁷, dont l'applicabilité aux différents domaines mentionnés était à géométrie variable²⁰⁷⁸.

562. Huit années plus tard, les articles 86 et 87 de la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle du 18 novembre 2016 ont mis un terme à ces dernières spécificités. D'une part, la liste des motifs de discrimination a été harmonisée entre le Code pénal, le Code du travail et la loi du 27 mai 2008 en consacrant vingt-trois motifs communs. D'autre part, ces articles ont permis de généraliser l'applicabilité des motifs à l'ensemble des domaines prévus par la loi du 27 mai 2008. Relevons toutefois la mise à l'écart de la loi Le Pors, non concernée par le processus d'harmonisation ci-dessus évoqué. Excepté cette carence persistante, l'essentiel des défaillances du droit positif a finalement et opportunément été comblé²⁰⁷⁹. Plus aucun domaine de discrimination intégralement couvert (*i.e.* pour tous les motifs) par le droit pénal ne relève d'une compétence exclusive des juridictions répressives. Depuis novembre 2016, il est donc possible d'envisager une priorité

recours hiérarchique ou contentieux contre de tels faits ; avoir témoigné ou relaté des faits constitutifs d'un délit, crime ou conflit d'intérêt ; avoir signalé une alerte conformément à la loi Sapin).

²⁰⁷⁵ La structure du rapport annuel de la Cour de cassation en 2008 est à cet égard révélatrice. La section « Les discriminations prohibées » du dossier intitulé « La discrimination dans la jurisprudence de la Cour de cassation » est divisée en trois sous-sections : « les discriminations dans le travail », « les discriminations en droit économique » et « les pratiques discriminatoires en matière pénale ». V. COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2008, op. cit.*, p. 62-64.

²⁰⁷⁶ 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.

²⁰⁷⁷ Initialement (2008) l'ethnie, la race, la religion, les convictions, l'âge, le handicap, l'orientation sexuelle, le sexe auxquels furent ajoutés les motifs de l'identité sexuelle (2012), du lieu de résidence (2014), de la perte d'autonomie (2015) et de la vulnérabilité économique (2016).

²⁰⁷⁸ Seuls quatre motifs (ethnie, race, grossesse et maternité) étaient applicables à l'ensemble des six domaines. L'applicabilité de la quasi-totalité des autres motifs restait cantonnée au secteur de l'emploi, exception faite du sexe, également applicable à l'accès ou la fourniture de biens et services. Quant à la perte d'autonomie, à défaut de mention à l'article 2 de la loi déterminant précisément les champs d'application des motifs, elle s'avérait purement esthétique. V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, II, A, 2).

²⁰⁷⁹ V. néanmoins pour les carences persistantes MEDARD INGHILTERRA, R., « Le droit à la non-discrimination fait peau neuve : brèves considérations sur les incidences de la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle », *loc. cit.*

généralisée des voies civile et administrative. Cependant, avec ces nouvelles voies de traitement contentieux, de nouveaux obstacles apparaissent, étrangers à la voie pénale.

2) Les obstacles procéduraux persistants

563. Deux avantages principaux des voies civile et administrative qui facilitent le développement du contentieux méritent d'être relevés d'emblée : l'abaissement du seuil de la preuve, limitée à la discrimination *prima facie*, ainsi que l'adéquation de la réponse apportée qui privilégie la réparation du préjudice à la sanction du responsable²⁰⁸⁰. Ces avantages, cumulés aux avancées législatives de 2001 et à la massification du contentieux prud'homal, ont conduit la Cour de cassation à se féliciter en 2008 du développement d'une jurisprudence qu'elle qualifiait d'« abondante, diversifiée, adaptée à chaque situation d'espèce », bien que « parfois difficile en apparence à analyser »²⁰⁸¹. Possédant indéniablement de multiples atouts, les voies civile et administrative présentent aussi, en parallèle, des inconvénients au regard de la voie pénale.

564. Parmi ces inconvénients figure en premier lieu la recevabilité des éléments probants. La procédure pénale consacre le principe de liberté de la preuve²⁰⁸² qui implique la recevabilité de toutes les preuves, sans hiérarchie aucune²⁰⁸³, et fait une application plus souple des principes de licéité et de loyauté de la preuve²⁰⁸⁴. À l'inverse, les procédures civile et administrative, bien qu'elles organisent leur régime probatoire autour du principe de liberté de la preuve²⁰⁸⁵, en limitent généralement la portée en subordonnant la recevabilité à la loyauté et à la licéité des éléments probants²⁰⁸⁶. À l'égard du salarié – et non du candidat –, le principe de loyauté de la preuve est

²⁰⁸⁰ En ce sens, v. DUBOUT, É., *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 623 : « Le rééquilibrage de la preuve devrait désormais permettre un recours plus fréquent au juge civil en cas de discrimination. Ce déplacement du contentieux [du pénal au civil] présente l'avantage d'être adapté aux attentes des victimes qui espèrent avant tout une réparation de leur préjudice ». La constitution partie civile permet néanmoins la poursuite de l'objectif de réparation, y compris devant les juridictions répressives (art. 3 du CPP).

²⁰⁸¹ COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2008*, *op. cit.*, p. 81.

²⁰⁸² Art. 427 du CPP : « Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction. Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui ». V. aussi art. 436 du CPP.

²⁰⁸³ V. entre autres JEULAND, E., *Droit processuel général*, *op. cit.*, p. 550.

²⁰⁸⁴ Cass. crim., 15 juin 1993, n° 92-82.509, *Bull. crim.*, n° 210, p. 530 : « Les juges répressifs ne peuvent écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale. Il leur appartient seulement d'en apprécier la valeur probante. Méconnaît les dispositions de l'article 427 du code de procédure pénale la cour d'appel qui déclare irrecevable en preuve un document produit par la partie civile poursuivante parce qu'elle n'avait pu l'obtenir que de façon illicite en violation des règles protégeant le secret des correspondances et qu'elle ne pouvait donc le produire en justice ». Principe néanmoins nuancé par la suite. V. not. BERGEAUD-WETTERWALD, A., « Du bon usage du principe de loyauté des preuves ? », *Dr. Pen.*, n° 4, étude 7, 2014.

²⁰⁸⁵ V., d'une part, PACTEAU, B., « Preuve », *Répertoire de contentieux administratif*, janvier 2016, not. § 22-36. V., d'autre part, art. 1358 du Code civil : « Hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen ».

²⁰⁸⁶ V., d'une part, *ibidem*. V., d'autre part, art. 9 du CPC : « Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ». Cass. Ass., 7 janvier 2011, nos 09-14.316 et 09-14.667, *Bull. AP*,

néanmoins interprété avec une certaine souplesse par la Cour de cassation²⁰⁸⁷. Elle admet notamment comme recevables les documents dont celui-ci a eu connaissance « à l'occasion de ses fonctions » lorsque cela est nécessaire « pour assurer sa défense dans le procès qui l'oppose à son employeur »²⁰⁸⁸. L'utilité concrète est ici de faire obstacle à l'allégation de l'infraction de vol de données lorsque la victime de discrimination se saisit de pièces justificatives afin d'étayer sa cause²⁰⁸⁹.

565. Une difficulté supplémentaire repose sur le coût financier dès lors que le risque d'acquiescement des dépens et frais irrépétibles en cas de requête infructueuse pèse sur le requérant²⁰⁹⁰, ce qui contraste avec la prise en charge des frais de justice par l'État en cas de traitement contentieux devant les juridictions répressives²⁰⁹¹. La voie pénale semble à cet égard plus confortable car moins risquée. Le caractère inquisitoire de la procédure pénale, sous l'égide du juge d'instruction qui conduit l'information judiciaire, peut également constituer un autre aspect favorable au requérant. Il trouve un écho devant le juge administratif qui dispose de pouvoirs généraux pour la conduite de l'instruction²⁰⁹², bien que ces derniers ne soient mobilisés qu'avec parcimonie en matière de discrimination²⁰⁹³. Devant les juridictions civiles, la procédure se veut à l'inverse accusatoire²⁰⁹⁴ et le déroulement du procès est en principe laissé à la discrétion des parties.

566. La dimension accusatoire du procès civil peut, le cas échéant, être compensée par le prononcé de mesures d'instruction²⁰⁹⁵. Mais la parcimonie dont font preuve les juridictions dans leur mobilisation spontanée de ces mesures²⁰⁹⁶ ne permet pas toujours d'exploiter cette possibilité. À

n° 1 : « Il résulte des articles 9 du code de procédure civile, 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, que l'enregistrement d'une conversation téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve ». V. encore Cass. soc., 23 mai 2012, n° 10-23.521, *Bull.* V, n° 156.

²⁰⁸⁷ En ce sens, v. HOFFSCHIR, N. et ORIF, V., « Les stratégies relatives à l'établissement de la discrimination », in GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, *op. cit.*, annexes, p. 255-256.

²⁰⁸⁸ Cass. soc., 2 décembre 1998, n° 96-44.258, *Bull.* V, n° 535, p. 402.

²⁰⁸⁹ V. aussi, dans un registre différent, Cass. civ. 1^{er}, 5 avril 2012, n° 11-14.177, *Bull.* I, n° 85 : « Prive sa décision de base légale, la juridiction qui écarte des débats une lettre missive au motif que la production de celle-ci violerait l'intimité de la vie privée de son rédacteur et le secret des correspondances sans rechercher si cette production n'était pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence ».

²⁰⁹⁰ V. ici Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, I, A, 2).

²⁰⁹¹ À l'exception des constitutions partie civile abusives ou dilatoires. V. not. art. 800-1 et 800-2 du CPP.

²⁰⁹² CE, Ass., 28 mai 1954, *Barel*, n° 28238 et al, Lebon.

²⁰⁹³ V. entre autres GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, *op. cit.*, p. 85-88.

²⁰⁹⁴ V. JEULAND, E., *Droit processuel général*, 3^{ème} éd., Paris, LGDJ Lextenso, 2014, p. 454.

²⁰⁹⁵ Les dispositions du livre premier du CPC s'appliquent aux procédures devant les juridictions prud'homales (art. R. 1451-1 du Code du travail). En matière d'instruction, l'art. R. 1454-14 permet également aux bureaux de conciliation de prononcer les mesures d'instruction qu'il estime utiles une fois le conseil de prud'hommes saisi du litige. Sur la mobilisation des prérogatives d'instruction en général, v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, I, B, 1).

²⁰⁹⁶ Art. 143 et 144 du CPC : « Les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible » et « les mesures d'instruction peuvent être ordonnées en tout état de cause, dès lors que le juge ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer ». V. aussi art. 4 de la loi du

défaut d'initiative du juge – ou en anticipation –, le requérant devra choisir entre la demande d'une mesure d'instruction *in futurum* ou au cours du procès²⁰⁹⁷. Si est privilégiée l'option de la demande au cours du procès, le requérant sera contraint à un équilibre précaire qui résulte de l'article 146 du CPC. Le prononcé d'une telle mesure d'instruction est conçu pour compenser l'absence d'éléments suffisants de preuve²⁰⁹⁸. Cette mesure sera cependant refusée lorsqu'il s'agit de pallier la carence du requérant dans l'administration de la preuve²⁰⁹⁹, conduisant ainsi les juridictions à exiger un « commencement de preuve »²¹⁰⁰. Quelle nuance entre ce « commencement de preuve » et la présentation des éléments de fait permettant de présumer l'existence d'une discrimination²¹⁰¹, lesquels suffisent à faire basculer la charge de la preuve sur le défendeur ? La distinction est pour le moins nébuleuse. Le requérant sera dès lors davantage inspiré de solliciter une mesure d'instruction *in futurum* sur le fondement de l'article 145 du CPC²¹⁰² s'il n'est pas en mesure de satisfaire les critères de la preuve à l'instance. Dans cette hypothèse, l'article 146 est inopposable puisque le juge des référés ou le juge des requêtes ne peut examiner la carence de preuve²¹⁰³. Ce biais, à ce jour peu exploité par les parties²¹⁰⁴, suscite toutefois des réticences dans son application par les juridictions du fond²¹⁰⁵. Si un commencement de preuve n'est pas exigible, le juge doit être

27 mai 2008. V. sur ce point CLUZEL-MÉTAYER, L. et MERCAT-BRUNS, M., *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 40 : « il est difficile pour le juge d'ordonner des mesures d'instruction pour faire apparaître la discrimination indirecte, qui suppose une analyse fine de l'impact d'une mesure sur des groupes difficilement identifiables et une maîtrise complète de la méthode diagnostique à appliquer ».

²⁰⁹⁷ V. HOFFSCHIR, N. et ORIF, V., « La lutte contre les discriminations et les freins à la mise en œuvre des mesures d'instruction en droit du travail », *RevDH*, n° 9, 2016.

²⁰⁹⁸ Art. 146, al. 1 du CPC. V. pour illustrations les moyens sous : Cass. soc., 4 février 2009, n° 07-42.697, *Bull.* V, n° 33 ; CA Bastia, 16 novembre 2011, n° 10/00801 ; Cass. soc., 5 octobre 2016, 15-16.923, inédit.

²⁰⁹⁹ Art. 146, al. 2 du CPC.

²¹⁰⁰ CA Versailles, 28 mai 2014, n° 12/01256, CA Versailles, 19 février 2013, n° 11/04707 ou CA Toulouse, 16 juin 2010, n° 08/05159 (relevés par HOFFSCHIR, N. et ORIF, V., « Les stratégies relatives à l'établissement de la discrimination », *op. cit.*, p. 259).

²¹⁰¹ Art. 4 de la loi du 27 mai 2008.

²¹⁰² Art. 145 du CPC : « S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ».

²¹⁰³ Ch. mixte, 7 mai 1982, n° 79-12.006, *Bull. ch. mixte*, n° 2 : « Les dispositions de l'article 146 du nouveau code de procédure civile relatives aux mesures d'instruction ordonnées au cours d'un procès ne s'appliquent pas lorsque le juge est saisi d'une demande fondée sur l'article 145 du même code ». V. aussi Cass. civ. 2^e, 10 juillet 2008, n° 07-15.369, *Bull. II*, n° 179, Cass. civ. 2^e, 10 mars 2011, n° 10-11.732, *Bull. II*, n° 65, Cass. com., 18 octobre 2011, n° 10-18.989, *Bull. IV*, n° 165 ou encore COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2012. La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Paris, Direction de l'information légale et administrative, 2013, p. 266. Cependant, l'article 147 du CPC limitera l'étendue de la mesure d'instruction à ce qui est suffisant, le plus simple et le moins onéreux.

²¹⁰⁴ MERCAT-BRUNS, M. et PERELMAN, J. (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination*, *op. cit.*, p. 140 : « Les entretiens avec les magistrats d'appel reflètent le fait que l'article 145 NPC n'est pas si souvent invoqué par les parties en matière de discrimination ». V. encore SERENO, S., « La preuve des discriminations en droit du travail », *Dr. Soc.*, 2020, p. 332 et s. : « le constat s'impose de l'absence de familiarité des salariés et des conseillers prud'homaux avec ces ressources probatoires. Les victimes ignorent généralement l'existence de ces mécanismes ». Ces assertions sont confirmées par une analyse des bases de jurisprudence Légifrance (recherche experte) et Dalloz.

²¹⁰⁵ V. toutefois à titre d'illustration CPH Paris, ord., 17 octobre 2019 (départage), commenté in CHHUM, F. et BOCQUET, M., « Discrimination et référé article 145 du CPC : une salariée obtient les bulletins de paie de ses 16 collègues », *Village de la justice*, 5 novembre 2019.

convaincu de l'opportunité d'une telle mesure, que ce soit par l'intermédiaire d'un « motif légitime » (*e.g.* indisponibilité des éléments nécessaires de preuve), d'« indices » ou d'« éléments objectifs quelconques » (*e.g.* bulletin de salaire)²¹⁰⁶. L'action peut en conséquence être pareillement bloquée tant au civil qu'au pénal. Les sources potentielles de blocage au niveau de l'instruction relèvent de l'appréciation souveraine par le juge de l'opportunité de la mesure d'instruction sollicitée mais aussi de la sous-exploitation des pouvoirs qui lui sont confiés (*e.g.* mesures ordonnées d'office)²¹⁰⁷.

567. Ces considérations tendent à prolonger le constat, déjà fait en 2000 par le GELD, de mesures d'instruction peu usitées en raison des réticences des juges et d'un défaut d'automaticité de leur sollicitation par les requérants qui ne permet pas de rivaliser efficacement avec les pouvoirs de l'instruction pénale et la saisie des pièces sur place²¹⁰⁸. Pour remédier à ces difficultés, Nicolas Hoffschir et Vincent Orif considèrent qu'il serait souhaitable « de développer l'information légale des [requérants] sur ce point ou encore, de manière plus ambitieuse, de réorganiser les voies de droit qui leur sont ouvertes »²¹⁰⁹.

B. Le soutien institutionnel des actions civiles et administratives par la fourniture d'une aide juridique spécialisée

568. Au regard des obstacles juridiques persistants (*e.g.* recueil des éléments de preuve, coûts), et de la familiarité encore aléatoire des magistrats aux spécificités du contentieux antidiscriminatoire à défaut de spécialisation juridictionnelle²¹¹⁰, il apparaît nécessaire de fournir un appui aux requérants en vue de l'action civile ou administrative. L'institutionnalisation dans plusieurs pays d'une aide juridique spécialisée est, de ce point de vue, d'un secours utile. Elle permet le dépassement des obstacles liés à la technicité et aux particularités de ce contentieux (1) – qui, rappelons-le, demeure récent en France en dehors de l'emploi et du traitement répressif. Une éventuelle traduction de ces initiatives dans le cadre national au soutien de l'accessibilité des

²¹⁰⁶ HOFFSCHIR, N. et ORIF, V., « Les stratégies relatives à l'établissement de la discrimination », *op. cit.*, p. 259-260.

²¹⁰⁷ V. not. GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, *op. cit.*, p. 85 (« L'examen de la jurisprudence révèle cependant que les juges recourent rarement à cette possibilité »), p. 87 (« En définitive, les mesures d'instruction sont donc rarement mises en œuvre par les juridictions de droit social. En droit administratif, les juges recourent encore moins à ces mesures. Alors qu'ils disposent de pouvoirs étendus – demander des informations à l'administration, auditionner des témoins, se rendre sur place, éventuellement faire appel au Défenseur des droits –, ils ne les exercent quasiment jamais ») ou encore p. 90 (« De manière générale, les mesures d'instruction sont rarement utilisées par les juridictions. L'absence d'interventionnisme juridictionnel ainsi constaté n'est d'ailleurs pas propre à la lutte contre les discriminations et trouve son explication dans des contraintes propres au système juridique (délais des procédures allongés notamment) »). Ces assertions sont confirmées par une analyse des bases de jurisprudence Légifrance (recherche experte) et Dalloz.

²¹⁰⁸ GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 18.

²¹⁰⁹ HOFFSCHIR, N. et ORIF, V., « Les stratégies relatives à l'établissement de la discrimination », *op. cit.*, p. 261.

²¹¹⁰ Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, II, B, 1).

juridictions et du succès des actions amènerait toutefois à penser un nouvel équilibre institutionnel (2).

1) Envisager l'hypothèse d'une aide juridique spécialisée sur le modèle des expérimentations étrangères

569. Le requérant ne disposant que rarement des connaissances juridiques et des familiarités procédurales nécessaires à l'aboutissement de son action, il pourrait sembler opportun de soutenir l'émergence d'une autorité chargée de lui apporter un concours spécialisé, en complément de celui de son éventuel conseil. Certains auteurs ont pu avancer – sans la préciser – l'hypothèse d'une institution qui interviendrait dans les litiges pour accompagner les victimes de discrimination, contribuer à la recherche de la preuve et favoriser le prononcé de mesures d'instruction²¹¹¹. Le développement de l'action du ministère public dans le cadre des procès civils a parfois été considéré à ce titre comme une piste potentielle. Les inconvénients procéduraux déjà soulevés par Clara Hervás Hermida²¹¹², cumulés à un volontarisme pour le moins aléatoire du ministère public²¹¹³, au moment de son intervention et à une expertise relative, conduisent néanmoins à délaisser cette hypothèse. Partant du constat que « les acteurs qui conseillent les victimes sont trop nombreux, mal identifiés par le public et déconnectés les uns des autres »²¹¹⁴, Gwénaële Calvès estime, quant à elle, qu'il faudrait pour favoriser le contentieux instituer « un guichet unique, sous la forme, par exemple, d'une "Maison de l'égalité", qui regrouperait les associations, les syndicats, les barreaux, les parquets, les délégués du Défenseur des droits... »²¹¹⁵.

²¹¹¹ HOFFSCHIR, N. et ORIF, V., « La lutte contre les discriminations et les freins à la mise en œuvre des mesures d'instruction en droit du travail », *loc. cit.*

²¹¹² HERVÁS HERMIDA, C., « L'action du ministère public dans la lutte contre les discriminations. Étude comparée France-Espagne », *op. cit.*, not. p. 310-312. L'auteur envisage notamment l'intervention du ministère public au procès civil en tant que partie jointe sur le fondement des articles 424 (« Le ministère public est partie jointe lorsqu'il intervient pour faire connaître son avis sur l'application de la loi dans une affaire dont il a communication ») et 427 du CPC (« Le juge peut d'office décider la communication d'une affaire au ministère public »), ou en tant que partie principale sur le fondement de l'article 423 du CPC (« En dehors [des] cas [prévus par la loi], [le ministère public] peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci ») en considérant que les normes antidiscriminatoires disposent d'un caractère d'ordre public – hypothèse plus précaire. À l'issue des entretiens conduits, elle relève néanmoins que « les services interrogés semblent exclure cette action » et souligne que « leur action est avant tout tournée vers la répression pénale » (p. 303). Elle souligne encore plusieurs inconvénients, parmi lesquels figurent la délicate conciliation avec le principe du dispositif en procédure civile, la surcharge de travail, la pénurie des moyens, etc. (v. not. p. 310-311).

²¹¹³ Illustré en la matière par la faillite des pôles anti-discriminations. V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, II, B, 2).

²¹¹⁴ CALVÈS, G., « Justice : rendre effectif le droit à la non-discrimination », *op. cit.*, p. 75. V. aussi CALVÈS, G., « La lutte contre les discriminations se rabougrit et se balkanise », *Diversité*, n° 184, 2016, p. 18-19. Précisons en complément que l'hypothèse ci-après envisagée d'aide juridique spécialisée contribue à la diffusion professionnelle du droit telle que l'entend Patricia Rrapi (RRAPI, P., *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 221 et s.).

²¹¹⁵ *Ibidem*.

570. L'absence d'une telle structure renforce la nécessité du rôle d'assistance des requérants, avant tout procès, qui échoit pour l'heure à l'organisme de promotion de l'égalité. Dans la lignée des considérations précédentes²¹¹⁶, un renforcement de ce rôle par un mandat d'aide juridique spécialisée pourrait être envisagé à la condition que l'organisme se départisse de sa mission de règlement extrajudictionnel des réclamations par ses prérogatives de médiation formelle²¹¹⁷ et de transaction²¹¹⁸. Revenant à la lettre des directives communautaires, la fonction correspond à la première des trois missions envisagées pour les organismes de promotion de l'égalité, soit le fait « d'apporter aux personnes victimes d'une discrimination une aide indépendante pour engager une procédure pour discrimination »²¹¹⁹. Comme le relève Édouard Dubout, « aucun véritable pouvoir décisionnel n'est donc délégué »²¹²⁰ aux organismes de promotion de l'égalité dans le texte final de la directive 2000/43/CE. Initialement envisagée, l'attribution « de pouvoirs quasi-judictionnels de réception des plaintes et d'instruction a été abandonnée au bénéfice d'une fonction essentiellement pré-contentieuse, de préparation du procès de discrimination »²¹²¹. Il s'agirait, dans cette configuration, pour le Défenseur des droits, non plus d'opérer une médiation ou une transaction en tant que tiers impartial, mais « de faciliter l'engagement par les victimes d'une procédure judiciaire afin de faire valoir leur droit à l'égalité de traitement »²¹²².

571. Plusieurs pays (*e.g.* Irlande, Royaume-Uni²¹²³) ont emprunté cette voie qui a notamment fait l'objet d'une mise en œuvre particulièrement convaincante en Ontario (Canada) au cours des dix dernières années. Depuis 2008, la création du Centre d'assistance juridique en matière de droits de la personne (*Human Rights Legal Support Centre*) et la délimitation de son mandat illustrent parfaitement cette mission d'assistance qui permet de faciliter le recours aux juridictions civiles, prud'homales ou administratives en appuyant l'action de la victime²¹²⁴. Le Centre d'assistance

²¹¹⁶ Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, II, A, 2).

²¹¹⁷ Pour rappel, le terme de médiation employé dans cette étude pour qualifier une prérogative du Défenseur des droits ne se réfère qu'au processus formalisé de médiation qui exige une neutralité du médiateur et exclut la référence aux bons offices ou conciliations amiables qui repose simplement sur une tentative informelle de rapprochement des parties.

²¹¹⁸ Pour une position similaire, v. ALLEN, D., « Strategic Enforcement of Anti-Discrimination Law: A New Role For Australia's Equality Commissions », *op. cit.*, p. 103-137.

²¹¹⁹ Art. 13, 2 de la directive 2000/43/CE. Les deux autres missions étant « de conduire des études indépendantes » et « de publier des rapports indépendants et d'émettre des recommandations sur toutes les questions liées à ces discriminations ».

²¹²⁰ DUBOUT, É., *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 593.

²¹²¹ *Ibidem*.

²¹²² *Idem*, p. 595.

²¹²³ Sur ces deux exemples, voir l'excellent article de Dominique Allen, ALLEN, D., « Strategic Enforcement of Anti-Discrimination Law: A New Role For Australia's Equality Commissions », *op. cit.*, p. 103-107.

²¹²⁴ Au sujet du *Legal Support Centre*, v. entre autres : BIRT, H., « The Ontario Human Rights Legal Support Centre: A Brief introduction », in TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE ET BARREAU DU QUÉBEC, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec ?*, *op. cit.*, p. 547-560 ; PINTO, A., *Report of the Ontario Human Rights Review 2012*, *op. cit.*, p. 86-120 ; ELIADIS, P., *Speaking Out on Human Rights*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2014, p. 252 ; FLAHERTY, M., « Ontario and the Direct Access Model to Human Rights », in DAY, S., LAMARCHE,

juridique est une personne morale, indépendante du gouvernement²¹²⁵, dont l'objet principal est l'élaboration et l'administration d'un système « efficace de prestation de services de soutien, notamment de services juridiques, en ce qui concerne les requêtes présentées au Tribunal » des droits de la personne, juridiction spécialisée en matière de discrimination. Il fournit des conseils et de l'aide juridique aussi bien en vue du dépôt des requêtes que lors des instances, lors des requêtes en révision judiciaire, des instances relatives aux exposés de cause ou encore en vue de l'exécution des ordonnances du tribunal²¹²⁶. En résumé, sa tâche principale consiste à assister la victime de discrimination lors de la saisine du tribunal des droits de la personne, à offrir une assistance juridique à tous les stades de la procédure, éventuellement à préparer et assister le requérant lors de la médiation judiciaire et, le cas échéant, à le représenter au cours du procès.

572. La gratuité des services et les ressources nécessairement limitées du Centre d'assistance juridique (*i.e.* six millions de dollars en 2018²¹²⁷) conduisent à répartir l'aide apportée en fonction de certains critères²¹²⁸. Dans un souci de transparence, il élabore et rend publiques les politiques d'octroi et de priorisation de sa prestation de services. Si toute personne qui en fait la demande peut bénéficier des services d'orientation, d'un avis et d'informations sommaires, tous les dossiers ne peuvent bénéficier d'un soutien intégral, incluant notamment une représentation juridique à l'audience. Quatre facteurs sont principalement pris en considération afin de déterminer l'ampleur des services juridiques dispensés au requérant : la nature de la requête (*e.g.* absence de prescription, compétence du tribunal, motif reconnu de discrimination, lien de causalité entre le motif et le traitement défavorable, éléments de preuve, complexité de l'affaire, retombées systémiques, intérêt général) ; la capacité du requérant, et notamment sa capacité à se faire représenter ou à se représenter lui-même (*e.g.* langue parlée, alphabétisation, incapacité juridique éventuelle, pauvreté caractérisée, ignorance des procédures juridiques, isolement géographique ou social, statut de nouvel arrivant) ; la capacité de l'intimé (*e.g.* niveau de ressources, représentation juridique

L. et NORMAN, K. (dir.), *14 Arguments in Favour of Human Rights Institutions*, Toronto, Irwin Law Inc., 2014, p. 180-181 ; GOTTHEIL, M. et LAIRD, K., « Direct Access to a Specialized Human Rights Tribunal: The Ontario Experience », in TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE ET BARREAU DU QUÉBEC, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec ?*, *op. cit.*, p. 151-152 ; ROBIN, J. S., « Modernising Ontario's Human Rights System: The Human Rights Amendment Act, 2006 », *op. cit.*, p. 339 ; ELIADIS, P., « Human Rights Tribunals and Direct Access to Adjudication: A New Generation of Human Rights Protection ? », in TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE ET BARREAU DU QUÉBEC, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec ?*, *op. cit.*, p. 242-243.

²¹²⁵ Le statut du Centre se trouve défini par les articles 45.11 à 45.18 du Code des droits de la personne de l'Ontario. Accessible partout dans la province, il bénéficie de fonds publics et établit ses prévisions budgétaires que valide le ministre de la Justice.

²¹²⁶ Sur ces caractéristiques, v. art. 45.12 du Code ontarien des droits de la personne.

²¹²⁷ V. CAJDP, *Rapport annuel, 2017-2018*, Toronto, CAJDP, 2018, annexe, p. 3.

²¹²⁸ Sur le processus de filtre des réclamations en fonction de certains critères par l'aide juridique spécialisée, v. aussi ALLEN, D., « Strategic Enforcement of Anti-Discrimination Law: A New Role For Australia's Equality Commissions », *op. cit.*, p. 114-117.

envisagée) ; et, enfin, la présence éventuelle de tiers intervenants (*e.g. amicus curiae*, association ou syndicat, expert). En définitive, les fondements factuels et juridiques des dossiers sont avant tout pris en considération, avec toutefois une approche contextuelle sensible à la condition du requérant dans une optique d'accessibilité des juridictions²¹²⁹.

573. À terme, l'objectif essentiel est la réalisation du droit de la non-discrimination par la lutte contre le phénomène de non-recours au droit, par le renforcement de l'accès au juge et par la maximisation des chances de l'action estimée fondée (*e.g. prise en charge financière, aide au prononcé de mesures d'instruction, expertise juridique*).

574. Dans le cadre de son rapport d'évaluation critique de la réforme du système ontarien, Andrew Pinto soulignait l'important taux de satisfaction des requérants ayant bénéficié de l'aide juridique spécialisée²¹³⁰. Cinq années après l'entrée en vigueur du nouveau système, il relevait un niveau global de représentation juridique de 47 % des plaignants, dont 12 % par le Centre d'assistance juridique en matière de droit de la personne. Le niveau de représentation était par ailleurs identique au stade de la médiation judiciaire et lors de l'audience. En dépit d'une étendue encore modeste de la représentation des victimes – en raison de l'aspect facultatif du ministère d'avocat devant les juridictions spécialisées –, l'efficacité du soutien juridique se traduisait par un fort taux de succès des victimes représentées par le Centre. Au stade de la médiation optionnelle, 85 % des victimes représentées par le Centre obtenaient une issue favorable contre 65 % en moyenne. Au regard des décisions finales, 34 % des condamnations prononcées par le tribunal relevaient d'un dossier pour lequel le Centre assurait la représentation juridique de la victime. Dans 70 % des cas, le Centre obtenait en supplément le prononcé d'une mesure de redressement systémique ou mesure d'intérêt public²¹³¹, notamment des mesures impliquant de missionner un expert aux frais du responsable de discrimination afin d'examiner les pratiques internes de l'entreprise, de recommander les modifications utiles et œuvrer à l'élaboration d'une politique antidiscriminatoire au sein de l'établissement. Quant aux effets attendus, une incidence positive sur le recours au droit était notamment espérée, manifestée par une augmentation du nombre de saisines du tribunal. À cet

²¹²⁹ LE BEL, L., « L'accès à la justice et son impact sur le droit à l'égalité réelle », in TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE ET BARREAU DU QUÉBEC, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec ?*, *op. cit.*, p. 37 : « L'accès à la justice implique le problème de la connaissance du droit et de la possibilité d'obtenir l'information et les conseils nécessaires de professionnels compétents comme de se faire représenter dans un débat judiciaire ».

²¹³⁰ PINTO, A., *Report of the Ontario Human Rights Review 2012*, *op. cit.*, p. 186.

²¹³¹ Sur ces données statistiques, v. *idem*, p. 45, p. 117-118 et p. 188. Sur les mesures d'intérêt public, v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, II.

égard, de 2008 à 2012, une hausse de 61 % des saisines fut constatée²¹³², contribuant globalement à un bilan plus que positif²¹³³.

575. L'émergence d'organismes spécifiquement chargés de l'aide juridique spécialisée aux victimes de discrimination n'est pas propre à cette province, bien qu'elle y jouisse sans doute de sa forme la plus aboutie. Au Canada, cette perspective s'inscrit en filiation des recommandations des rapports Cornish, LaForest et Black²¹³⁴. Le fonctionnement du système britanno-colombien repose, lui aussi, depuis 2003, sur le concours de la *BC Human Rights Clinic*, organisme dirigé par la *Community Legal Assistance Society* et la *BC Human Rights Coalition*. Cette clinique juridique est financée par des fonds publics et possède un mandat relativement proche de son homologue ontarien²¹³⁵. En Nouvelle-Zélande, l'*Office of Human Rights Proceedings* fonctionne de manière peu ou prou similaire, excepté le fait que les services qu'il fournit se limitent à la représentation juridique à titre gratuit de certaines victimes devant le *Human Rights Review Tribunal* – excluant la simple fourniture d'informations, l'assistance en vue de la médiation ou l'aide à la saisine sans représentation. Afin de déterminer l'opportunité et l'étendue de la représentation, le Directeur de l'*Office of Human Rights Proceedings* est invité par le *Human Rights Act* à tenir compte de ses ressources financières mais également de la complexité du problème de droit, de la dimension systémique de la requête, de la portion d'intérêt général qu'elle recèle, de la gravité de l'atteinte portée par le fait discriminatoire, des chances de succès de l'action ou encore de l'adéquation entre les mesures de réparation sollicitées et le préjudice subi²¹³⁶.

576. Ces diverses initiatives apportent une plus-value indéniable à la revendication du droit à la non-discrimination et aux chances de succès de l'action en justice. Considérant que cette aide juridique spécialisée correspond à une fonction qui n'est jusque-là pas pleinement attribuée en

²¹³² WRIGHT, D. A., « Implementing the New Ontario *Human Rights Code*: A Tribunal Perspective », *Canadian Labour & Employment Law Journal*, vol. 18, 2014-2015, p. 104. V. le reste de l'excellent article de David A. Wright pour une évaluation détaillée de la réforme ontarienne de 2008.

²¹³³ V. à cet égard, entre autres, *ibidem* et PINTO, A., *Report of the Ontario Human Rights Review 2012*, *op. cit.*

²¹³⁴ V. HUMAN RIGHTS CODE REVIEW TASK FORCE, *Achieving Equality: A Report on Human Rights Reform*, Toronto, Government of Ontario, 1992 (v. aussi CORNISH, M., « Achieving Equality. A Proposal for a New Canadian Human Rights Enforcement System », presentation to *Transforming Women's Future: Equality Rights in the New Century. A National Forum on Equality Rights Presented by West Coast LEAF*, Vancouver, British Columbia, [en ligne], 1999) et BLACK, B., *Reports on Human Rights in British Columbia*, Vancouver, Government of British Columbia, 1994 (v. aussi BLACK, W., « Human Rights Reform in B.C. », *University of British Columbia Law Review*, vol. 31, n° 2, 1997, p. 255-292). Pour une mise en contexte de la réforme ontarienne, v. not. MENDELZON, J. M., « Rights, Remedies and Rhetoric: On a Direct Access Model for Human Rights Complaints in Ontario », *Journal of Law and Equality*, vol. 6, n° 1, 2009, p. 51-78 et TSUN, T., « Overhauling the Ontario Human Rights System: Recent Developments in Case Law and Legislative Reform », *University of Toronto Faculty of Law Review*, vol. 67, n° 1, 2009, p. 115-133.

²¹³⁵ MACNAUGHTON, H. M., « Direct Access: The B.C. Experience », in TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE ET BARREAU DU QUÉBEC, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec ?*, *op. cit.*, p. 195. V. encore ROBIN, J. S., « Modernising Ontario's Human Rights System: The Human Rights Amendment Act, 2006 », *op. cit.*, p. 330.

²¹³⁶ V. not. Art. 90, 92 et 92 C du *Human Rights Act* de 1993.

France, son institutionnalisation ne provoquerait aucun conflit de compétences. Elle posséderait cependant un coût financier et des répercussions institutionnelles non négligeables qui doivent être envisagés plus en détail afin de statuer sur l'opportunité de sa création.

2) Les implications potentielles d'une aide juridique spécialisée en France

577. Alors que les expériences étrangères ont généralement fait le choix de la création d'une instance tierce chargée d'assumer la charge de l'aide juridique spécialisée, cette option n'est pas indispensable et se justifie généralement par un contexte national plus que par un souci d'efficacité²¹³⁷. Trois principales configurations d'institutionnalisation d'une assistance juridique spécialisée en matière de non-discrimination peuvent être distinguées selon Pearl Eliadis²¹³⁸. La première repose sur un soutien juridique apporté par des cliniques juridiques animées par des associations ou ONG. Elle peut être conçue comme solution principale ou comme solution secondaire, par exemple en soutien de la deuxième configuration institutionnelle évoquée par l'auteur. Cette deuxième configuration correspond à la création d'un « troisième pilier », aux côtés de l'organisme de promotion de l'égalité et des juridictions, créé pour être exclusivement dédié à l'aide juridique des victimes. Dans cette hypothèse (*e.g.* Ontario), un organisme public est assigné aux missions de conseil, d'assistance, d'expertise et de représentation des victimes de discrimination. Dans le troisième cas de figure, c'est à l'organisme de promotion de l'égalité que sont confiées ces missions à la condition qu'il ne soit pas chargé du *règlement* extrajuridictionnel des litiges, notamment par voie de médiation²¹³⁹. Cette dernière hypothèse serait parfaitement envisageable en France et semble préférable à la création d'un nouvel acteur qui souffrirait probablement d'un défaut d'identification. Le cadre français connaît, en effet, d'ores et déjà une instabilité institutionnelle en raison de la modernité de ses institutions spécialisées – la HALDE ayant émergé en 2004 – et des modifications statutaires intervenues en 2011 pour aboutir à la création du Défenseur des droits. Concrètement, cette restructuration du mandat du Défenseur des

²¹³⁷ Ainsi, au Canada, l'institutionnalisation des aides juridiques spécialisées s'est faite lors du passage des systèmes dits de « première génération » aux systèmes de « seconde génération ». Les premiers, virulemment critiqués, étaient caractérisés par le filtre préjudiciel des Commissions des droits de la personne qui occupaient également – et occupent toujours – une position d'organisme de promotion de l'égalité. Ces institutions étaient tenues pour partie responsables du manque d'efficacité du traitement des plaintes et des blocages rencontrés par les requérants dans l'accès aux prétoires. Pour cette raison, il ne fut pas jugé opportun de leur confier la mission d'aide juridique spécialisée perçue comme une solution de la réforme des systèmes de seconde génération aux côtés de l'ouverture d'un accès direct aux juridictions spécialisées. V. ELIADIS, P., « Human Rights Tribunals and Direct Access to Adjudication: A New Generation of Human Rights Protection ? », *op. cit.*, p. 242. En Nouvelle-Zélande, il s'agit moins d'une institution tierce à laquelle est confiée cette fonction que d'un département indépendant (*The Office of Human Rights Proceedings*) de la *Human Rights Commission*.

²¹³⁸ ELIADIS, P., « Human Rights Tribunals and Direct Access to Adjudication: A New Generation of Human Rights Protection ? », *op. cit.*, p. 242.

²¹³⁹ *Ibidem*.

droits aurait néanmoins plusieurs implications. En plus de renforcer son mandat de promotion de l'égalité, cela impliquerait de repenser les modalités et les finalités de prise en charge des réclamations individuelles, ou encore de réorganiser les relations entre le Défenseur des droits et les juridictions.

578. L'institutionnalisation d'une aide juridique spécialisée ne peut optimiser la réalisation du droit de la non-discrimination qu'à la condition de renforcer l'accessibilité du système juridictionnel sans se faire au détriment des autres mandats exercés au profit de la lutte contre les discriminations. Plus particulièrement, si elle devait nuire au mandat de promotion de l'égalité, elle affaiblirait inévitablement ce processus de réalisation compte tenu de l'apport essentiel de cette fonction²¹⁴⁰. Il est, cela dit, envisageable de préserver la fonction de promotion de l'égalité assurée par le Défenseur des droits tout en restructurant éventuellement son mandat²¹⁴¹ pour conforter, en supplément, sa fonction d'assistance des victimes par une mission d'aide juridique spécialisée en vue d'une résolution du litige par les voies de droit commun (*i.e.* juridictions ordinaires, médiations conventionnelles ou judiciaires). Cette éventualité serait de nature à s'inscrire dans la lignée d'une activité proactive en faveur de l'égalité et ne devrait pas avoir pour conséquence l'affaiblissement de l'organisme. Aussi, qu'il s'agisse de l'élaboration de politiques antidiscriminatoires, de guides éducatifs et pédagogiques, de l'organisation de formation, du développement et du soutien à la recherche, de la conduite d'enquêtes publiques, de la consultation et de l'impulsion de réforme, du pouvoir de recommandation ou de celui d'observations en justice, les compétences et activités essentielles du Défenseur des droits en matière de promotion de l'égalité ne devraient pas pâtir de cette nouvelle prérogative.

579. La dimension partisane et l'absence de réciprocité du soutien accordé aux seuls requérants dont la cause apparaît fondée en fait et en droit ne semblent, par ailleurs, guère problématiques pour un organe proactif de défense de l'égalité et de lutte contre les discriminations. Cela s'inscrirait même en parfaite continuité du mandat esquissé par les directives communautaires qui, après avoir précisé que « les États membres désignent un ou plusieurs organismes chargés de promouvoir l'égalité de traitement », ajoutent que les États « font en sorte que ces organismes aient pour compétence [...] d'apporter aux personnes victimes d'une discrimination une aide indépendante pour engager une procédure »²¹⁴². Par l'aide juridique spécialisée, l'institution pourrait ainsi assumer

²¹⁴⁰ Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, I, B.

²¹⁴¹ V. YALDEN, M., « Looking Back – Looking Forward », in TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE ET BARREAU DU QUÉBEC, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec ?*, op. cit., p. 85 : « there is and should remain a role for a quasi-governmental, arm's-length agency whether we call it commission or not, that will take charge of human rights promotion, information, policy development and assistance to the public ».

²¹⁴² Art. 13 de la directive 2000/43/CE et art. 8 *bis* de la directive 2002/73/CE.

un engagement proactif intégral qui ne ferait que renforcer son statut de « champion » de la lutte contre les discriminations. Mais c'est également son rôle d'aide à l'accès au juge pour les justiciables qui s'en trouverait renforcé. Comme le souligne Dimitri Löhner, « recourir au service d'un tiers en vue de s'adresser au juge, c'est en ces termes que s'exprime au premier chef la fonction d'aide à l'accès aux prétoires du Défenseur des droits »²¹⁴³. Quant à l'accessibilité géographique de cette aide juridique, le Défenseur des droits peut d'ores et déjà compter sur son réseau de délégués territoriaux²¹⁴⁴ qui pourrait le cas échéant être complété d'avocats délégués sur lesquels reposerait la mission d'assistance et de représentation.

580. Si cela ne trouble pas le mandat de promotion de l'égalité, confier une telle mission au Défenseur des droits aurait en revanche pour effet d'exacerber les contrastes déjà présents entre ses fonctions proactives et ses prérogatives liées à la fonction de règlement extrajudictionnel des réclamations, conçue sur un mode concurrentiel à la voie juridictionnelle. Il convient ici de rappeler que le droit communautaire se borne à exiger du Défenseur des droits qu'il fournisse une aide indépendante pour engager une procédure, notamment judiciaire, et non nécessairement qu'il prenne en charge le règlement des réclamations par un processus extrajudictionnel de médiation ou de transaction. Le cas de l'intercession amiable et informelle peut, lui, être dissocié considérant qu'il n'exige pas nécessairement une neutralité de l'organe qui intercède. L'abandon de ces deux modes de traitement des réclamations (*i.e.* médiations²¹⁴⁵ et transaction), au demeurant extrêmement peu mobilisés, permettrait ainsi de revenir à la lettre des directives communautaires quitte à effacer, en matière de discrimination²¹⁴⁶, une fonction incompatible avec la partialité de l'institution et dont la contribution à la réalisation du droit à la non-discrimination est par ailleurs équivoque²¹⁴⁷. La simultanéité de sa disparition et de l'émergence d'une nouvelle fonction permettrait, le cas échéant, que l'évolution statutaire ne soit pas perçue comme un recul de

²¹⁴³ LÖHRER, D., « La fonction d'aide à l'accès au juge du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 195.

²¹⁴⁴ Pour une analyse des pratiques et profils – non nécessairement juristes –, v. not. QUERNEZ, E., « La fabrique de la lutte contre les discriminations », in GUILLALOT, E. et PRÉVERT, A. (dir.), *La discrimination : un objet indicible ?*, *op. cit.*, p. 103-128.

²¹⁴⁵ À nouveau, les *bons offices* ou tentatives de règlement amiable informel ne sont pas visés ici comme étant inclus dans l'activité de médiation. Seules sont visées les médiations formelles et les transactions pénales auxquelles procède l'institution, ce qui représente une part relativement réduite de son activité. V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, II, 1).

²¹⁴⁶ Soulignons à nouveau que le maintien de la mission de médiation pourrait demeurer dans le cadre des services publics ou de la déontologie des forces de sécurité, mandats qui correspondent à celui du *Human Rights Ombudsman*, lui-même regroupant les zones initiales d'intervention du *Parliamentary Ombudsman* et du *Militieombudsman* avec un tropisme additionnel sur les droits fondamentaux. Le mis en cause exclusif est ici l'administration, qui consent à la compétence du Défenseur des droits en raison de l'habilitation expresse conférée par le législateur. Plus finement, il s'agit dans la tradition des *ombudsmän* nordiques d'une mise sous contrôle du pouvoir exécutif par le pouvoir législatif comme modalités de mise en œuvre de la balance des pouvoirs, par le biais d'un organe chargé d'un recours gracieux facultatif et externalisé.

²¹⁴⁷ V. entre autres : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, II, A, not. 2) ; Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, II, A ; Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, II, B ; Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, I.

l'influence utile du Défenseur des droits. Considérant que la mission d'aide juridique permettrait de maintenir le lien avec les cas d'espèce, et de continuer à assister les requérants, la disparition de ce mandat n'impliquerait pas une déconnexion vis-à-vis de la réalité des expériences discriminatoires dont la connaissance et la mesure servent le développement des tâches liées à la promotion de l'égalité. Simplement, la finalité du traitement de ces cas d'espèce différerait, n'ayant plus comme vocation la résolution extrajudictionnelle des litiges mais l'assistance juridique des requérants en vue de la résolution des litiges par les voies de droit commun, amiables (*i.e.* médiations conventionnelles ou judiciaires), ou contentieuses (*i.e.* juridictions ordinaires).

581. De cette façon, le traitement des réclamations ne serait pas abandonné. Il persisterait dans une optique non de règlement alternatif du litige mais d'accompagnement et de soutien du requérant, n'excluant pas nécessairement le recours aux bons offices en amont de l'action (*i.e.* tentatives de rapprochement amiable des parties qui relèvent davantage de l'intercession – possiblement partielle – que de la médiation)²¹⁴⁸. Par ailleurs, les liens avec les juridictions pourraient être pensés sous l'angle de la complémentarité et non de la concurrence et de la déjudiciarisation. Le maintien de la possibilité d'intervenir lors des audiences en présentant ses observations n'aurait pas à être remis en cause dans la mesure où cette prérogative s'attache au mandat de promotion de l'égalité et en aucun cas à la fonction de médiation de l'*ombudsman*²¹⁴⁹. En complément, une réflexion pourrait être conduite sur l'opportunité de consentir au Défenseur des droits la faculté de saisir lui-même les juridictions civiles, prud'homales et administratives en cas d'intérêt général prononcé ou de répercussion systémique importante du cas d'espèce. Cela semblerait davantage justifié que la faculté, prévue par la loi organique du 29 mars 2011, de saisir les juridictions pénales par voie de citation directe en cas de refus d'exécution d'une transaction pénale²¹⁵⁰. Enfin, pour que cette restructuration ne soit pas préjudiciable aux requérants qui manifestent la volonté d'un recours à la médiation en tant que processus formalisé de règlement alternatif du litige, la représentation ou l'assistance par le Défenseur des droits pourrait être envisagée dans le cadre de la médiation conventionnelle de droit commun, civile ou administrative, ainsi qu'en cas de médiation judiciaire, à l'initiative du juge ou des parties²¹⁵¹.

582. L'attribution de cette nouvelle fonction traduit, certes, une évolution importante du mandat des *Equality Bodies*, moins axé sur la déjudiciarisation et le contournement de la voie juridictionnelle

²¹⁴⁸ V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, I.

²¹⁴⁹ Sur ce point, v. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, II, B.

²¹⁵⁰ En prolongement des échanges d'ores et déjà engagés avec les parquets généraux et les parquets sur la base de protocoles de collaboration, il pourrait également être pertinent d'envisager un droit de regard ou un droit d'information afin que lui soient transmis les profils des affaires traitées par les juridictions sous réserve du consentement des requérants.

²¹⁵¹ Sur ce point, v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, I.

que sur un rôle d'assistance des réclamants²¹⁵² et de contentieux stratégique (*strategic litigation*²¹⁵³). Elle étend en somme la démarche sous-jacente à la présentation des observations en justice par le Défenseur des droits, lequel possède « un rôle stratégique *au soutien* de la construction de la mise en œuvre du droit de la non-discrimination en France » et « intervient *au service* de l'accès au droit et de l'effectivité du droit »²¹⁵⁴. Quelques auteurs étrangers, à l'instar de Dominique Allen, ont plaidé avec force pour le développement d'une telle approche, en l'occurrence en Australie où les *Equality Commissions* sont dépourvues d'un tel mandat – à l'exception notable de la *Western Australian Equal Opportunity Commission*²¹⁵⁵. Dissertant longuement sur les exemples irlandais, nord-irlandais et britanniques²¹⁵⁶, elle plaidait en 2010 pour la réorientation du mandat des commissions australiennes vers cette fonction d'assistance et de contentieux stratégique, tout en insistant sur la nécessité d'abandonner par la même occasion la fonction de règlement extrajuridictionnel des litiges par voie de médiation. Au soutien de cette position, elle invoquait à la fois une meilleure efficacité²¹⁵⁷, illustrée par quelques inspirations étrangères²¹⁵⁸, mais également la nécessité de mettre un terme au conflit de rôles des commissions, auxquelles sont assignées des fonctions

²¹⁵² Pour un aperçu synthétique des fonctions qui participent à la tâche d'assistance du requérant, v. LÖHRER, D., « La fonction d'aide à l'accès au juge du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 195-200.

²¹⁵³ Un écueil de la *strategic litigation* réside néanmoins dans la pratique consistant à ne soutenir que les seules actions susceptibles de déboucher sur la consécration jurisprudentielle de nouvelles avancées, au détriment de l'assistance des victimes des discriminations qui sont sanctionnées de jurisprudence constante. En ce sens, v. le fonctionnement du *Diskriminerings Ombudsmannen* suédois tel que relaté in LEJEUNE, A., « Mobilisations du droit, dans ou hors des tribunaux ? La lutte contre les discriminations au travail en Suède et en Belgique », in BAUDOT, P-Y. et REVILLARD, A. (dir.), *L'État des droits*, *op. cit.*, not. p. 72-74. *Strategic litigation* et assistance des réclamants constituent ainsi deux activités dont la complémentarité est utile à la réalisation du droit. Sur la *strategic litigation* en matière de non-discrimination, notamment telle qu'elle est mise en œuvre en Belgique, v. LEJEUNE, A. et ORIANNE, J-F., « Choisir des cas exemplaires : la strategic litigation face aux discriminations », *Déviance et société*, vol. 38, 2014/1, p. 55-76.

²¹⁵⁴ LATRAVERSE, S., « La lutte contre les discriminations au travail par le Défenseur des droits », *Dr. Soc.*, 2020, p. 288 et s. (nous soulignons).

²¹⁵⁵ ALLEN, D., « Strategic Enforcement of Anti-Discrimination Law: A New Role For Australia's Equality Commissions », *op. cit.*, p. 107 : « Assistance [*in front of the Western Australian Equality Commission*] typically involves providing an assessment of the case, including the merits, representing the complainant at a directions hearing, and preparing pleadings and documents for discovery. If mediation at the Tribunal is not successful and the complainant has an arguable chance of success, the Commission's assistance may extend to a full hearing ».

²¹⁵⁶ *Idem*, not. p. 109-110 : « In Ireland, discrimination complaints are lodged at the Equality Tribunal which resolves them through mediation or adjudication. The Equality Authority (IEA) is not responsible for handling or resolving complaints. There are two equality commissions in the United Kingdom: the Equality and Human Rights Commission (UKEHRC) in Britain and the Equality Commission for Northern Ireland (ECNI). The complaint resolution process is substantially the same. Complainants have direct access to Employment Tribunals and to civil courts for non-employment related complaints. The equality commissions are not responsible for complaint handling or conciliation » ; « The equality commissions in the United Kingdom and Ireland can assist complainants with resolving their complaints. A complainant can contact the equality commission and, provided they meet certain criteria, the equality commission may decide to assist them. For instance, under the Race Relations Act 1976 (UK) (RRA(UK)) 'assistance' includes offering advice, trying to procure a settlement, arranging for advice from a solicitor, and arranging legal representation. Since they do not play a part in complaint resolution, the United Kingdom and Irish equality commissions can assist complainants from the beginning of the process ».

²¹⁵⁷ *Idem*, p. 111-112 : pour l'auteure, « there is a causal link between an equality commission possessing complaint handling and enforcement [assistance] functions, and it using the latter to a limited extent ».

²¹⁵⁸ *Idem*, p. 111 : « The overseas equality commissions considered in this article that have used their assistance function most successfully do not play a role in complaint handling or provide ADR [alternative dispute resolution, NDLR]. Without the responsibility for complaint handling or providing ADR, an equality commission can focus on enforcing the law, including through assisting complainants. Therefore, so that the Australian equality commissions can act as an advocate for the victims of discrimination, they should be divested of their complaint handling and conciliation functions ».

incompatibles de lutte proactive contre les discriminations et de tiers prétendument impartiaux²¹⁵⁹. Dès 2005, Janice B. Payne et Christopher C. Rootham adhéraient à une position similaire en vue de la réforme du système canadien. Pour les mêmes raisons, incluant la fin du conflit de rôles, ils plaidaient en faveur d'un nouvel équilibre institutionnel établi autour de trois axes : l'attribution aux *Equality Commissions* d'une fonction d'assistance des réclamants et de contentieux stratégique²¹⁶⁰, l'abandon concomitant de la fonction de médiation extrajuridictionnelle²¹⁶¹, et le maintien des autres activités de promotion de l'égalité et de lutte contre les discriminations²¹⁶².

583. *In fine*, le soutien institutionnel de l'aide juridique spécialisée permettrait l'apport d'une expertise non négligeable pour la constitution du dossier des requérants sélectionnés à raison des mérites de leur cause pour bénéficier de cette aide. Outre le fait d'être symboliquement forte²¹⁶³, elle aurait également pour effet de lutter contre le phénomène de non-recours au droit, de favoriser l'accessibilité des juridictions, mais aussi leur expertise, ainsi que l'*empowerment* des victimes²¹⁶⁴ et le

²¹⁵⁹ *Idem*, not. p. 112 (« *If the equality commission is not responsible for handling or conciliating complaints, there will be no expectation that it will behave neutrally. It can then assume an enforcement role without any conflict of interest* ») et p. 123 (« *If the equality commissions are divested of their complaint handling and conciliation functions (and they are assumed by the tribunal or another institution), any potential conflict ceases to be a concern. This would mean that the equality commissions would be free to act as an advocate for the law and advise and assist complainants without any expectation that they will act impartially* »). V. moindrement p. 106 pour une critique de ce conflit de rôles en Australie (« *Until 2009, the Equal Opportunity Act 1984 (SA) stated that the Commissioner must assist a complainant with presenting their complaint before the tribunal if requested. In a review of the State's anti-discrimination legislation the government said this creates a conflict because the Commission must handle the complaint impartially, yet it is required to represent the complainant* »).

²¹⁶⁰ PAYNE, J. B. et ROOTHAM, C. C., « *Are Human Rights Commissions Still Relevant?* », *op. cit.*, not. p. 100-101 : « *We feel that commissions still have a role in providing assistance to unrepresented claimants. What we favour, therefore, is a hybrid system in which claimants could choose whether to proceed directly to the tribunal or to ask the commission for assistance. Claimants who had filed valid claims (i.e. timely and within jurisdiction) and who wished to proceed to the tribunal without going through the commission could do so. Claimants who wanted the commission's help would use the current system: the commission would investigate their complaint and decide whether to proceed. This dual-track system would alleviate some of the problems with both the direct access model and the current commission-only model. It would decrease the commission's caseload, allowing it to investigate the remaining complaints more quickly and allocate its resources to other priorities. It would also mean that claimants who have retained their own counsel, or who are supported by a large organization (such as a union or an advocacy group), could avoid the delays arising at the commission stage and proceed directly to the tribunal* ». V. encore HART, M. et SANSON, G., « *Getting Rid of the "Gatekeeper": A Practical Model for Human Rights Reform* », working paper, University of Toronto, Faculty of Law, [en ligne], 2005.

²¹⁶¹ *Idem*, p. 101 : « *Commission would no longer be responsible for mediation/conciliation* » ; « *While final decision-makers can be effective mediators, a commission's role as advocate is irreconcilable with its role as mediator* » ; « *In our view, while mediation should be mandatory prior to a tribunal hearing, the commission should not act as the mediator. Instead, there should be an independent mediation service available to the parties at the tribunal stage* ».

²¹⁶² *Idem*, p. 102 : « *Human rights commissions should continue to be involved in public education and raising public awareness of human rights. Where required by statute, they should also continue to conduct human rights audits. Finally, commissions should retain their current authority to bring cases before a tribunal even in the absence of a complaint* ».

²¹⁶³ Là encore, v. ALLEN, D., « *Strategic Enforcement of Anti-Discrimination Law: A New Role For Australia's Equality Commissions* », *op. cit.*, p. 123 : « *By investing the equality commission with an enforcement role, [...] the state is indicating the importance of eliminating discrimination. The state is signifying that addressing discrimination is not solely the concern of the individual parties; it is in the public's interest too* ».

²¹⁶⁴ En ce sens, v. GOTTHEIL, M. et LAIRD, K., « *Direct Access to a Specialized Human Rights Tribunal: The Ontario Experience* », *op. cit.*, p. 150 : « *where a direct access model includes a public interest champion [e.g. le Défenseur des droits], where the tribunal processes are understandable and accessible, and where adequate legal representation is available, this model may be seen as empowering of claimants* ».

développement des protections antidiscriminatoires par la voie contentieuse²¹⁶⁵. Alliée au récent renforcement des fondements législatifs, l'institutionnalisation d'une aide juridique spécialisée pourrait ainsi contribuer au dépassement des obstacles procéduraux persistants et concourir à la réalisation du droit de la non-discrimination par le renforcement des actions devant les juridictions civiles, prud'homales et administratives. Outre cet éventuel soutien accordé aux actions individuelles, l'optimisation des modalités d'organisation collective de l'action pourrait en prolongement être considérée.

²¹⁶⁵ ALLEN, D., « Strategic Enforcement of Anti-Discrimination Law: A New Role For Australia's Equality Commissions », *op. cit.*, not. p. 125-128.

SECTION 2 : LES OBSTACLES À L'ORGANISATION COLLECTIVE DE L'ACTION

584. En vue de la revendication du droit à la non-discrimination, l'accessibilité des juridictions pour les requérants et le développement du contentieux peuvent également être stimulés par une tierce implication, autre que celle de l'aide juridique en soutien de l'action individuelle. Un intérêt partagé à la sanction de la discrimination peut, en effet, conduire certains tiers à participer au procès²¹⁶⁶ et conférer à l'action une dimension collective. Celle-ci contribue non seulement à limiter le phénomène de non-recours au droit mais peut également, à terme, maximiser les chances de succès. Dans cette optique, l'implication contentieuse des tiers peut d'abord être celle d'organismes ou d'individus non-victimes de discrimination qui agissent en substitution ou, plus simplement, en soutien de la victime (I). De manière plus novatrice, et depuis peu, cette implication peut également résulter de la mobilisation d'autres victimes de discriminations dans le cadre de l'action de groupe (II). Dans les deux cas, les conditions à l'action sont toutefois particulièrement exigeantes et leurs justifications parfois contestables. Il serait en conséquence possible de libéraliser²¹⁶⁷ l'action afin de renforcer le soutien dont peuvent bénéficier les requérants qui s'estiment victimes de discrimination.

I. Favoriser la participation contentieuse des tiers, non-victimes de discrimination

585. « Pour contraindre les racistes à respecter les lois de la cité [...] faut-il le concours des associations qui viendraient défendre nos principes, nos traditions, défendre aussi les victimes de la discrimination raciale ou de la haine raciale aux côtés de celles-ci parce que ces victimes craignent le prétoire, les ennuis, le retentissement d'un procès ou tout simplement ses lendemains »²¹⁶⁸. Ces quelques mots du député Hector Rivierez, prononcés à l'occasion de l'adoption de la loi Pléven, n'ont rien perdu de leur actualité, et leur portée peut parfaitement être étendue au-delà de la discrimination raciale. Des modalités d'intervention contentieuse existent d'ores et déjà afin de permettre aux associations et aux syndicats de s'engager pour contester la discrimination (A). Dans une perspective de dynamisation du contentieux, une simplification, une clarification, voire une

²¹⁶⁶ En ce sens, v. AUBIN, C. et JOLY, B., « De l'égalité à la non-discrimination : le développement d'une politique européenne et ses effets sur l'approche française », *Dr. Soc.*, 2007, p. 1295 et s.

²¹⁶⁷ Entrée « libéralisation », *TLFi* : « Rendre libéral, donner plus de liberté ».

²¹⁶⁸ JORF, AN, Séance du 7 juin 1972, p. 2285.

extension des moyens d'intervention des tiers au profit des victimes pourraient néanmoins être envisagées (B).

A. La mobilisation contentieuse des associations et des syndicats

586. Si les associations et syndicats se sont vu reconnaître la possibilité de soutenir la victime au cours des procédures juridictionnelles par le biais d'actions de substitution (1), celles-ci demeurent conditionnées par diverses restrictions qu'un examen critique impose de questionner (2).

1) Les fondements juridiques et l'impact contentieux de la mobilisation des associations et syndicats

587. L'action contentieuse des associations fut envisagée comme un facteur de réalisation dès les prémices du droit de la non-discrimination. Lorsque la loi Pléven de 1972 créa l'article 416 du Code pénal par l'intermédiaire de son article 7, la possibilité pour les associations d'exercer les droits reconnus à la partie civile fut, en effet, immédiatement envisagée à l'article 8 de la loi portant création de l'article 2-1 du CPP²¹⁶⁹. Cette habilitation se limitait toutefois aux associations se proposant de lutter contre les discriminations fondées sur l'origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse. Elle fut progressivement complétée par les articles 2-6 (relatif aux discriminations fondées sur le sexe, les mœurs, l'orientation ou l'identité de genre), 2-8 (relatif aux discriminations fondées sur l'état de santé, le handicap et l'âge) et 2-10²¹⁷⁰ (relatif aux discriminations fondées sur la situation de famille et sur la vulnérabilité résultant de la situation économique).

588. Les actions contentieuses ouvertes aux associations ont donc été progressivement étendues en droit pénal depuis 1972 mais demeurent conditionnées par des habilitations législatives expresses. Ces habilitations des associations résultent de la nécessité d'encadrer la fraction de l'intérêt général dont le législateur leur consent la défense. Dans l'hypothèse d'une plainte avec constitution de partie civile, il ne s'agit en effet ni de la défense d'un intérêt individuel ni de la défense d'un intérêt collectif mais bien de la défense de l'intérêt général²¹⁷¹. La faculté de mettre en

²¹⁶⁹ « Toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, se proposant par ses statuts de combattre le racisme ou d'assister les victimes de discrimination fondée sur leur origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse, peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne, d'une part, les discriminations réprimées par les articles 225-2 et 432-7 du code pénal ».

²¹⁷⁰ Respectivement créés par l'art. 1 de la loi n° 85-772 du 25 juillet 1985, l'art. 66 de la loi n° 89-18 du 13 janvier 1989 et l'art. 8 de la loi n° 90-602 du 12 juillet 1990.

²¹⁷¹ V., entre autres, AMBROISE-CASTÉROT, C., « Action civile », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, juin 2017, not. § 357 : les associations « ne disposent que d'un droit exceptionnel accordé par le législateur, le principe demeurant celui de l'irrecevabilité de l'action associative d'intérêt collectif. La différence de traitement [avec les groupements professionnels] s'explique aisément. Si les groupements professionnels sont censés défendre un intérêt qui leur est

mouvement l'action publique disparaît toutefois en cas de relaxe et d'appel par les seules parties civiles²¹⁷². L'action civile devant les juridictions répressives est alors recentrée sur l'intérêt individuel du requérant et l'intérêt collectif de l'association²¹⁷³. L'habilitation expresse des associations à la défense de l'intérêt général peut sembler curieuse considérant que ce rôle est déjà assuré par le ministère public²¹⁷⁴. Mais, précisément, en matière de discrimination au moins, si cette habilitation « des associations a été jugée utile, n'est-ce pas parce que le ministère public ne semble plus remplir son office ? »²¹⁷⁵. Malgré sa fonction palliative, le caractère limité de ces habilitations ne permet cependant de couvrir qu'une partie seulement des motifs envisagés à l'article 225-1 du Code pénal.

589. L'émergence d'une possibilité similaire en droit du travail fut plus tardive. Contrairement à la procédure pénale, l'action s'exerce ici non en défense de l'intérêt général²¹⁷⁶ mais en défense de l'intérêt d'autrui²¹⁷⁷. Elle constitue une exception à la règle processuelle selon laquelle nul ne plaide par procureur et se distingue encore de l'action en défense d'un intérêt collectif, par exemple en cas de préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession que le syndicat représente²¹⁷⁸. L'action de substitution fut d'abord consacrée par l'article 2 de la loi du 17 novembre 2001 insérant un article L. 122-45-1 à l'ancien Code du travail. L'alinéa premier envisageait l'action de substitution des syndicats, l'alinéa 2 celle des associations. Les régimes juridiques étant distincts dans les deux cas envisagés, opportunément, l'article L. 122-45-1 fut scindé lors de la rédaction du nouveau Code du travail afin de consacrer un article L. 1134-2 spécifiquement dédié aux syndicats et un article L. 1134-3 relatif aux associations. Puis, à compter du décret n° 2008-799 du 20 août 2008, l'ouverture juridique des actions de substitution fut étendue en droit civil pour les associations, désormais susceptibles, selon les termes du nouvel article 1263-1 du CPC, « d'exercer les actions en justice qui naissent de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 en faveur de la victime de

propre – l'intérêt collectif de la profession –, les associations, en revanche, "défendent" véritablement une fraction de l'intérêt général. L'action des associations est donc, en principe, plus strictement encadrée par le législateur ». V. encore § 372-374, § 419 et § 421-422.

²¹⁷² Art. 497, 3° du CPP : « La faculté d'appel appartient : 3° A la partie civile, *quant à ses intérêts civils seulement* » (nous soulignons). Sur la constitutionnalité de cette disposition, v. CC, Décision n° 2013-363 QPC, 31 janvier 2014.

²¹⁷³ Pour une illustration, v. CA Versailles, 18 mars 2016, n° 14/04196 : « L'infraction a également causé un préjudice aux associations parties civiles dont la mission est précisément de défendre les valeurs enfreintes par l'infraction et de combattre les discriminations. La cour fixera le montant des dommages-intérêts que Logirep devra payer pour la réparation du dommage de ces parties civiles à 5. 000 euros pour SOS Racisme et 2. 000 euros en ce qui concerne la Maison des Potes ».

²¹⁷⁴ V. entre autres AMBROISE-CASTÉROT, C., « Action civile », *op. cit.*, § 425 : « Les associations bénéficiant de cette législation hétéroclite se partagent ainsi certaines fractions de l'intérêt général que le législateur leur a curieusement déléguées ».

²¹⁷⁵ *Ibidem*. V. ici Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, I, A, 2) et B, 1). V. aussi sur l'échec des pôles anti-discriminations des parquets, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, II, B, 2).

²¹⁷⁶ *Confer* les réserves explicitées ci-dessus concernant la faculté d'appel des parties civiles (art. 497, 3° du CPP).

²¹⁷⁷ V. entre autres USUNIER, L., « Action en justice », *Répertoire de droit international*, juin 2014 (actualisation : avril 2017), § 67 ou encore LANQUETIN, M-T., « Discrimination », *op. cit.*, § 193.

²¹⁷⁸ Art. 2132-3 du Code du travail.

discrimination ». Cette disposition permet en conséquence d'élargir la sphère de l'action de substitution en dehors de l'emploi aux discriminations commises dans les domaines de la protection sociale, de la santé, des avantages sociaux, de l'éducation ainsi que de l'accès et de la fourniture de biens et services.

590. Le décret du 20 août 2008 a également inséré un article identique à la partie réglementaire du CJA, ouvrant l'action de substitution aux associations pour les discriminations « qui naissent » de la loi du 27 mai 2008²¹⁷⁹. Lorsque la discrimination est imputable à un acte administratif, réglementaire ou individuel, et lorsqu'il existe un intérêt à agir, les associations peuvent également intenter des recours en annulation²¹⁸⁰. L'intérêt à agir s'apprécie alors au regard de l'objet social de l'association. De telle sorte que, dans ce dernier cas, le droit administratif se veut plus souple que le droit civil puisque le second exige une habilitation législative quand le premier se contente d'un principe de spécialité qui est satisfait par la concordance de l'objet social de l'association et de l'objet de l'acte attaqué²¹⁸¹.

591. Mais, comme le relève Sarah Benichou, l'existence de ces possibilités cumulée à l'existence des acteurs collectifs ne saurait suffire à garantir leur mobilisation²¹⁸², et le mécanisme de substitution ne semble précisément pas avoir produit les effets escomptés²¹⁸³. Laurence Pécaut-Rivolier constatait que « l'action en substitution n'est quasiment jamais mise en œuvre »²¹⁸⁴ du côté des syndicats. En matière de discrimination fondée sur le sexe, Sarah Benichou estimait que « le contentieux reste faible, faute sans doute d'acteurs collectifs mobilisés »²¹⁸⁵. Un sondage de la jurisprudence confirme cette appréciation au-delà du seul motif du sexe. La conclusion la plus sévère concerne l'action des associations. En matière civile, douze années après son entrée en vigueur, l'article 1263-1 du CPC relatif aux discriminations « qui naissent » de la loi du 27 mai 2008 n'avait donné lieu à aucune décision publiée. Il en va de même de son équivalent, l'article R. 779-9 du CJA, complètement inutilisé par les associations²¹⁸⁶ qui lui préfèrent des recours classiques en

²¹⁷⁹ Art. R. 779-9 du CJA.

²¹⁸⁰ V. not. : BORÉ, L., « Qualité et intérêt à agir devant le juge administratif », *D.*, 1999, p. 69 ; MAURICE, S., « Le contentieux administratif et les associations (1^{ère} partie) », *JA*, n° 166, 1997, p. 25 ; PLANES, P., « L'action en justice des associations », *JA*, n° 388, 2008, p. 12 ; ou encore RICHARD, D., « Action en justice – L'intervention des associations dans les procédures contentieuses : un rôle et des pièges de plus en plus importants au vu des jurisprudences les plus récentes », *JA*, n° 299, 2004, p. 9.

²¹⁸¹ CE, 7/10 SSR, 10 février 1997, *Association de défense, de protection et de valorisation du patrimoine naturel et historique de Corse*, n° 140841, mentionné aux tables.

²¹⁸² BENICHO, S., *Le droit à la non-discrimination « raciale »*, *op. cit.*, p. 233.

²¹⁸³ GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, *op. cit.*, p. 45-47.

²¹⁸⁴ PÉCAUT-RIVOLIER, L., *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, rapport sur les discriminations collectives en entreprise aux ministres du Travail, de la Justice et des Droits des femmes, 2013, p. 81.

²¹⁸⁵ BENICHO, S., *Le droit à la non-discrimination « raciale »*, *op. cit.*, p. 234.

²¹⁸⁶ Les assertions sont fondées sur la consultation en avril 2020 de deux bases de jurisprudence : Légifrance (recherche experte) et Dalloz.

annulation. La conclusion est identique pour les actions de substitutions fondées sur les dispositions du Code du travail avec seulement six décisions publiées entre 2001 et 2020²¹⁸⁷. Le constat se veut légèrement plus optimiste pour les syndicats qui se sont substitués à la victime pour contester une pratique discriminatoire devant le juge judiciaire dans trente-neuf affaires ayant donné lieu à publication entre 2001 et avril 2020²¹⁸⁸. Dans la mesure où ce chiffre demeure relativement faible, il conforte malgré tout l’assertion de Laurence Pécaut-Rivolier. D’autant que ce contentieux de l’action de substitution est essentiellement le fait d’un seul syndicat, la CGT (vingt-neuf des trente-neuf affaires). Il révèle par ailleurs une pratique judiciaire qui consiste

²¹⁸⁷ L’assertion est fondée sur la consultation en avril 2020 de deux bases de jurisprudence : Légifrance (recherche experte) et Dalloz. Quatre sont fondées sur l’article L. 1134-3 du Code du travail envisageant la substitution des associations en cas de discrimination au sens de l’article L. 1132-1 (Cass. soc., 7 février 2012, n° 10-19.505, *Bull.* V, n° 54 – MRAP ; CA Colmar, 15 mars 2012, n° 10/05414 – SOS Racisme ; CA Toulouse, ch. 4, sect. 1, 29 janvier 2016, n° 14/00360 – SOS Racisme ; CA Paris, pôle 6, ch. 6, 5 décembre 2018, n° 16/09792 – SOS Racisme). Néanmoins, le juge judiciaire ne retient pas toujours la substitution de l’association mais considère parfois son action comme une intervention volontaire. V. encore le refus d’une intervention volontaire sur ce fondement *in* CA Paris, pôle 6, ch. 10, 21 février 2018, n° 16/02237 (association Mousse). Deux autres décisions furent publiées à la suite d’actions sur le fondement de l’article L. 122-45-1 de l’ancien Code du travail, admises au titre de l’intervention accessoire (CA Versailles, 23 mars 2007, n° 05/04505 – MRAP ; CA Paris, ch. 22, 30 avril 2007, n° 05/04440 – MRAP).

²¹⁸⁸ L’assertion est fondée sur la consultation en avril 2020 de deux bases de jurisprudence : Légifrance (recherche experte) et Dalloz. Douze affaires ont donné lieu à publication à la suite d’une action de substitution sur le fondement de l’article L. 122-45-1 de l’ancien Code du travail et vingt-sept à la suite d’une action sur le fondement de l’article L. 1134-2 de l’actuel Code du travail. Ont été écartées les décisions prononcées en référé, les décisions d’irrecevabilité concernant l’action du syndicat, les décisions comportant – hypothèse fréquente – un mauvais visa de l’art. L. 122-45-1 ou L. 1134-2, ainsi que les décisions pour lesquelles la recevabilité était uniquement fondée sur l’art. L. 2132-2 (action en défense de l’intérêt collectif de la profession). Pour les actions fondées sur l’article L. 122-45-1 de l’ancien Code du travail : CA Besançon, ch. soc., 11 septembre 2012, n° 11/01611 (CGT) ; Cass. soc., 3 juillet 2012, n° 10-25.747, inédit (dans la même affaire, v. CA Nîmes, ch. soc., 14 septembre 2010, n° 09/00235 – CGT) ; CA Rennes, 30 juin 2009, n° 11/00333 (CGT) ; Cass. soc., 3 mars 2009, n° 07-44.676, inédit (dans la même affaire, v. CA Toulouse, 7 septembre 2007, n° 06/03068 – CGT) ; CA Douai, 29 février 2008, n° 07/01564 (CGT) ; CA Agen, ch. soc., 6 novembre 2007, n° 06/01400 (GCT) ; CA Nancy, ch. soc., 29 juin 2007, n° 04/03291 (Sud Verre) ; CA Chambéry, ch. soc., 3 mai 2007, n° 06/00092 (GCT) ; CA Versailles, ch. 5 B, 26 avril 2007, n° 06/01135 (GCT) ; CA Versailles, 23 mars 2007, n° 05/04505 (CGT) ; CA Paris, ch. 22, 4 octobre 2006, n° 05/01563 (CFDT) ; CA Paris, ch. 18 A, 13 juin 2006, n° 04/30 818 (CGT). Pour les actions fondées sur l’article L. 1134-2 de l’actuel Code du travail : CA Rennes, ch. 7, 25 janvier 2019, n° 14/03045 (FSBPA/CGT) ; Cass. soc., 7 novembre 2018, n° 17-15.833, *Bull.* (dans la même affaire, v. CA Rouen, ch. soc., 7 février 2017, n° 15/02038 – CFDT) ; CA Angers, ch. soc., 7 novembre 2017, nos 14/02535, 14/02536, 14/02537 et 14/02546 (CGT) ; CA Nîmes, ch. soc., 4 juillet 2017, n° 15/04304 (CGT) ; CA Nîmes, ch. soc., 9 mai 2017, nos 15/05225 et 15/05227 (CFE-CGC) ; Cass. soc., 30 septembre 2015, n° 14-14.962, inédit (CFE-CGC) ; CA Paris, pôle 6, ch. 4, 2 juin 2015, n° 14/02116 (CFDT) ; CA Angers, ch. soc., 13 janvier 2015, n° 11/02449 (CFDT) ; CA Poitiers, ch. soc., 3 décembre 2014, n° 13/03569 (Force ouvrière) ; CA Nancy, ch. soc., 17 octobre 2014, n° 12/01373 (CGT) ; CA Poitiers, ch. soc., 11 juin 2014, n° 13/02151 (CGT) ; CA Paris, pôle 6, ch. 2, 20 février 2014, n° 13/05867 (SCID CFDT) ; Cass. soc. 3 avril 2013, nos 12-16.870 à 12-16.877, inédits (dans la même affaire, v. CA Douai, 3 février 2012, nos 11/00193, 11/00201, 11/00205, 11/00209, 11/00213 et 11/00282 – CGT) ; CA Nîmes, ch. soc., 29 janvier 2013, nos 11/05374, 11/05375, 11/05376 et 11/05377 (CGT) ; CA Versailles, ch. 11, 22 octobre 2012, n° 10/03817 (CGT) ; CA Paris, pôle 6, ch. 4, 16 octobre 2012, n° 10/10873 (CGT) ; CA Paris, pôle 6, ch. 7, 27 septembre 2012, n° 10/10410 (CGT) ; CA Metz, ch. soc., 11 septembre 2012, n° 1002990 (CGT) ; CA Paris, pôle 6, ch. 9, 4 septembre 2012, n° 10/08516 (CGT) ; CA Metz, ch. soc., 15 mai 2012, n° 09/01932 (CGT) ; Cass. soc., 14 mars 2012, n° 11-11.308, inédit (CGT) ; CA Aix-en-Provence, ch. 9 B, 24 novembre 2011, n° 09/22 043 (CGT) ; CA Nîmes, ch. soc., 11 octobre 2011, nos 10/01411 et 11/01411 (CGT) ; CA Aix-en-Provence, ch. 18, 12 octobre 2010, n° 08/18 150 (syndicat de la Métallurgie du Var) ; CA Paris, pôle 6, ch. 3, 28 septembre 2010, nos 09/08197 et 09/08200 (CGT) ; CA Besançon, ch. soc., 28 septembre 2010, n° 09/01953 (CGT) ; CA Montpellier, ch. soc., 6 novembre 2009, n° 11/00703 (CGT).

périodiquement à assimiler l'action de substitution à une intervention volontaire²¹⁸⁹ ou à une action en défense de l'intérêt collectif de la profession²¹⁹⁰. Le contentieux pénal est quant à lui caractérisé par une importante inégalité des actions de substitution des associations qui exercent les droits de la partie civile. Les articles 2-6, 2-8 et 2-10 du CPP n'ont donné lieu à aucun contentieux – ou presque²¹⁹¹ – lors des trente dernières années. Seul l'article 2-1 relatif aux discriminations fondées sur l'origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse donne lieu à un contentieux significatif. *A minima*²¹⁹², il est possible de recenser trente-quatre affaires ayant donné lieu à publication pour lesquelles la constitution de partie civile fut admise entre 1981 et 2020, dont vingt décisions de la Cour de cassation²¹⁹³. Ce contentieux est essentiellement le fait de deux associations, à savoir SOS

²¹⁸⁹ En ce sens, v., entre autres : CA Agen, ch. soc., 6 novembre 2007, n° 06/01400 ; CA Angers, ch. soc., 7 novembre 2017, n°s 14/02535, 14/02536, 14/02537 et 14/02546 ; CA Douai, 3 février 2012, n°s 11/00193, 11/00201, 11/00205, 11/00209, 11/00213 et 11/00282.

²¹⁹⁰ En ce sens, v., entre autres : CA Versailles, ch. 5 B, 26 avril 2007, n° 06/01135 ; CA Angers, ch. soc., 13 janvier 2015, n° 11/02449 ; CA Nîmes, ch. soc., 29 janvier 2013, n°s 11/05374, 11/05375, 11/05376 et 11/05377.

²¹⁹¹ L'assertion est fondée sur la consultation en avril 2020 de deux bases de jurisprudence : Légifrance (recherche experte) et Dalloz. Une seule décision peut être recensée au titre de l'art. 2-6 du CPP : Cass. crim., 19 septembre 2006, n° 05-93.540, inédit (rejet – Association des paralysés de France). De même, une seule décision peut être recensée au titre de l'art. 2-8 du CPP : Cass. crim., 2 septembre 2008, n° 07-88.358, inédit (rejet – Association nationale pour l'intégration des handicapés moteurs). Aucune ne prend pour fondement l'article 2-10 du CPP. Deux autres décisions font état d'une irrecevabilité de la constitution de partie civile de l'association au titre de l'art. 2-6 du CPP : Cass. crim., 30 janvier 2001, n° 00-81.292, inédit (dans la même affaire, v. CA Lyon, 13 février 2003, n° 03/01302 – irrecevabilité – Association homosexualité et socialisme) et Cass. crim., 26 janvier 2000, n° 99-82.197, inédit (recevabilité sur un autre fondement – Mouvement jeunes femmes).

²¹⁹² Dans de nombreux cas, les décisions qui concluent à la recevabilité de la constitution partie civile des associations ne visent pas l'art. 2-1 du CPP. Cette absence de visa explicite rend délicate toute tentative d'identification exhaustive des décisions pour lesquelles la constitution de partie civile fut admise en matière de discrimination au sens de l'article 225-2 du Code pénal.

²¹⁹³ L'assertion est fondée sur la consultation en avril 2020 de deux bases de jurisprudence : Légifrance (recherche experte) et Dalloz. Ont été écartées les décisions d'irrecevabilité de la constitution partie civile (mais ont été incluses les décisions de recevabilité pour lesquelles les parties ont été déboutées) ainsi que les décisions pour lesquelles la recevabilité de la constitution partie civile ne concernait pas la discrimination au sens de l'art. 225-2 du Code pénal. Pour le détail : Cass. crim., 30 mars 2016, n° 14-88.355, inédit (Avocats sans frontières, Bureau national de vigilance contre l'antisémitisme) ; CA Versailles, ch. 9, 18 mars 2016, n° 14/04196 (SOS Racisme, La maison des potes) ; Cass. crim., 22 septembre 2015, n° 14-84.802, inédit (SOS Racisme) ; Cass. crim., 27 novembre 2012, n° 11-84.395, inédit (LICRA) ; Cass. crim., 22 mai 2012, n° 10-88.315, *Bull. crim.*, n° 131 (Avocats sans frontières et Chambre de commerce France Israël) ; Cass. crim., 21 juin 2011, n° 10-85.641, inédit (SOS Racisme) ; Cass. crim., 23 juin 2009, n° 07-85.109, *Bull. crim.*, n° 126 (dans la même affaire, v. CA Paris, ch. 11, 6 juillet 2007, n° 06/07900 – SOS Racisme) ; CA Amiens, ch. corr., 11 mars 2009, n° 08/01120 (SOS Racisme) ; CA Lyon, ch. 7, 4 février 2009, n° 1757/08 (SOS Racisme, MRAP) ; Cass. crim., 20 janvier 2009, n° 08-83.710, *Bull. crim.*, n° 19 (SOS Racisme) ; Cass. crim., 30 septembre 2008, n° 08-81.148, inédit (SOS Racisme) ; TGI Amiens, corr., 20 mai 2008, n° 1176/08 (SOS Racisme) ; CA Grenoble, ch. corr., 30 avril 2008, n° 07/00202 (SOS Racisme) ; CA Chambéry, ch. corr., 13 mars 2008, n° 06/00694 (MRAP, LDH, SOS Racisme) ; Cass. crim., 29 janvier 2008, n° 07-80.264, inédit (dans la même affaire, v. CA Montpellier, ch. corr., 12 décembre 2006, n° 06/00769 – SOS Racisme) ; CA Montpellier, ch. corr., 20 mars 2007, n° 06/01447 (SOS Racisme) ; CA Amiens, ch. corr., 21 février 2007, n° 06/00190 (SOS Racisme) ; TGI Vienne, corr., 9 janvier 2007, n° 3/2007 (SOS Racisme) ; CA Grenoble, ch. corr., 8 novembre 2006, n° 06/00053 (SOS Racisme, MRAP) ; CA Grenoble, ch. corr., 27 octobre 2005, n° 04/01355 (SOS Racisme, MRAP) ; Cass. crim., 7 juin 2005, n° 04-87.354, inédit (dans la même affaire, v. CA Toulouse, ch. 3, 5 octobre 2004, n° 03/00593 – SOS Racisme) ; Cass. crim., 12 octobre 2004, n°s 04-80.624 et 04-80.625, inédits (dans la même affaire, v. CA Lyon, ch. 7, 18 décembre 2003, n° 02/00923 – SOS Racisme) ; CA Paris, 17 octobre 2003, n° 03/00387 (SOS Racisme) ; Cass. crim., 3 juin 2003, n° 02-86.158, inédit (SOS Racisme) ; Cass. crim., 11 juin 2002, n° 01-85.559 et n° 01-85.560, *Bull. crim.*, n° 131, p. 482 (SOS Racisme) ; CA Montpellier, ch. corr., 5 juin 2001, n° 00/01711 (SOS Racisme, MRAP) ; Cass. crim., 11 mai 1999, n° 97-81.653, *Bull. crim.*, n° 93, p. 252 (SOS Racisme, MRAP) ; TGI Toulon, corr., 5 mai 1998, n° XTGIT050598X (CGT, LDH, UNSA) ; Cass. crim., 11 janvier 1994, n° 89-86.990, inédit (MRAP, LICRA) ; Cass. crim., 2 février 1993,

Racisme et le Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les Peuples (MRAP). L'action devant les juridictions pénales est ainsi dynamisée par deux associations qui engendrent à elles seules une large partie du contentieux public²¹⁹⁴.

592. En dépit d'une démarche proactive de ces deux acteurs particulièrement investis, de telles statistiques demeurent insuffisantes afin de présenter l'action de substitution comme un instrument efficace de revendication du droit à la non-discrimination en droit pénal. L'action devant le juge du contrat est quant à elle caractérisée par quelques initiatives syndicales qui sont principalement le fait de la CGT. Les prétoires des juridictions civiles se trouvent enfin complètement désertés par les actions de substitution des associations. Il importe par conséquent d'envisager les restrictions imposées afin d'évaluer leur opportunité et leur éventuel rôle inhibiteur.

2) Les restrictions juridiques à l'action des associations et syndicats

593. En droit pénal, les articles 2-1, 2-6, 2-8 et 2-10 du CPP posent tous trois conditions minimales, et fréquemment une quatrième, à la constitution de partie civile d'une association. La première est relative à la régularité de la déclaration de l'association, renvoyant à son enregistrement en préfecture²¹⁹⁵. Elle conditionne la capacité à agir. La deuxième concerne la durée de vie de l'association. Elle pose une condition d'existence préalable de cinq années au moins, non à la date de l'action mais à la date des faits qui en constituent l'objet. La troisième condition porte sur la concordance des statuts de l'association et de la qualification des faits litigieux. L'intérêt à agir est apprécié au regard de l'objet statutaire explicite de l'association à la date de l'action. Toute modification formelle postérieure ne peut être prise en compte afin de fonder la recevabilité de l'action. Une quatrième condition, optionnelle mais extrêmement fréquente, concerne les cas où l'infraction a été commise à l'encontre d'une personne considérée individuellement. L'association devra en outre recueillir préalablement l'accord de la victime, ou, à défaut, du titulaire de l'autorité

n° 91-80.368, inédit (MRAP) ; Cass. crim., 30 janvier 1990, n° 86-92.690 (MRAP) ; Cass. crim., 25 avril 1989, n° 86-96.046, inédit (MRAP) ; Cass. crim., 14 octobre 1986, n° 85-96.369, *Bull. crim.*, n° 287, p. 733 (MRAP, CGT) ; Cass. crim., 1^{er} décembre 1981, n° 80-92.810, *Bull. crim.*, n° 317 (MRAP).

²¹⁹⁴ En effet, Laura Mourey recense entre 1981 et 2010 cent-quatre-vingt-huit décisions pénales publiées en matière de discrimination. V. MOUREY, L., *Le traitement répressif des victimes de discriminations*, *op. cit.*, p. 52-53.

²¹⁹⁵ Afin d'envisager une action de substitution ou une intervention volontaire accessoire, il convient avant tout de s'assurer de la capacité juridique de l'association ou du syndicat qui découle de son enregistrement en préfecture ainsi que de la déclaration de publicité par la parution au Journal officiel et fondations d'entreprises (art. 5 et 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association – cette déclaration de publicité n'est plus automatique depuis le 1^{er} janvier 2014). L'association ou le syndicat qui souhaite agir en justice doit en outre, à l'instar de toute personne morale, désigner statutairement une fonction occupée par une personne physique qui sera habilitée à la représenter ou à décider de la mise en mouvement de l'action contentieuse. Il s'agira généralement de son président. Sur cette question, v. spécialement RICHARD, D., « Action en justice – L'intervention des associations dans les procédures contentieuses : un rôle et des pièges de plus en plus importants au vu des jurisprudences les plus récentes », *loc. cit.*, et PLANES, P., « L'action en justice des associations », *loc. cit.*

parentale ou du représentant légal²¹⁹⁶. Cette condition ne saurait s'effacer en cas d'impossibilité d'obtenir cet accord²¹⁹⁷.

594. Les juridictions répressives interprètent ces exigences de manière restrictive et considèrent qu'aucune autre condition ne doit être ajoutée²¹⁹⁸. Ainsi, il n'est pas nécessaire que l'association ait son siège social en France²¹⁹⁹ ou qu'elle soit exclusivement dédiée à la lutte contre les discriminations pourvu que cette mission fasse l'objet d'une considération non équivoque dans ses statuts²²⁰⁰. Afin d'apprécier la recevabilité de la constitution de partie civile, il n'est pas non plus nécessaire de prouver un préjudice spécifique et quantifié²²⁰¹. Sous réserve des quatre conditions susmentionnées, l'association pourra exercer les droits de la partie civile. La constitution de partie civile est cependant susceptible de tomber lorsque le lien de causalité n'est pas établi entre l'acte ou la mesure préjudiciable et le motif discriminatoire²²⁰², ou lorsque l'infraction de discrimination n'est pas avérée ou est requalifiée²²⁰³.

595. Les articles L. 1134-3 du Code du travail et 1263-1 du CPC reprennent tous deux les quatre conditions de la procédure pénale (*i.e.* régularité de la déclaration en préfecture de l'association, existence préalable de cinq années au moins, justification de l'intérêt au regard de l'objet statutaire et consentement de la victime). L'article 1263 du CPC précise en complément la nature des informations à communiquer à la victime pour que le recueil de son consentement ne soit pas considéré comme vicié. Doivent ainsi être explicitement signifiés « la nature et l'objet de l'action envisagée », « le fait que l'action sera conduite par l'association qui pourra exercer elle-même les voies de recours », ainsi que « le fait que l'intéressé pourra, à tout moment, intervenir dans l'instance engagée par l'association ou y mettre fin ».

596. Les conditions d'action contentieuse en substitution des syndicats sont en revanche plus souples. Ces derniers ne sont en effet assujettis qu'à une simple condition de représentativité et n'ont pas à justifier du consentement de la victime. Il leur suffit, d'une part, de notifier à la victime – sans même procéder par l'envoi de lettre recommandée avec accusé de réception²²⁰⁴ – leur intention d'engager une action contentieuse et, d'autre part, que celle-ci ne s'y oppose pas dans un

²¹⁹⁶ Cass. crim., 25 novembre 2008, n° 07-88.006, *Bull. crim.*, n° 238.

²¹⁹⁷ C'est pourquoi, en cas de décès de la victime, le recueil du consentement étant impossible, l'association ne pourra se prévaloir de l'article 2-1 du CPP (Cass. crim., 25 septembre 2007, n° 05-88.324, *Bull. crim.*, n° 220) à moins de recueillir l'accord de ses ayants droit. Cette précision a été ajoutée par l'art. 206 de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et la citoyenneté mais n'est valable que pour les art. 2-1 et 2-6 du CPP.

²¹⁹⁸ Cass. crim., 1^{er} décembre 1981, n° 80-92.810, *Bull. crim.*, n° 317.

²¹⁹⁹ Cass. crim., 22 mai 2012, n° 10-88.315, *Bull. crim.*, n° 131.

²²⁰⁰ Cass. crim., 15 novembre 1994, n° 93-84.503, inédit.

²²⁰¹ Cass. crim., 1^{er} décembre 1981, n° 80-92.810, *loc. cit.*

²²⁰² Cass. crim., 3 mai 1995, n° 95-80.725, *Bull. crim.*, n° 161, p. 446.

²²⁰³ Cass. crim., 22 décembre 1975, n° 74-92.080, inédit.

²²⁰⁴ CA Poitiers, ch. soc., 3 décembre 2014, n° 13/03569.

délai de quinze jours. Sous ces seules réserves, l'action de substitution sera possible pour une organisation syndicale en vertu de l'article L. 1134-2 du Code du travail.

597. Quant au droit administratif, les associations n'étant pas chargées d'une mission générale de défense de la légalité mais d'une mission de défense d'intérêts spéciaux, toute action en justice doit obéir au principe de spécialité et être justifiée au regard de l'objet social. S'il se penche sur l'intérêt *ratione materiae*, le juge administratif apprécie également l'intérêt *ratione loci* de l'association, ce qui a parfois représenté un obstacle. Le champ d'action géographique d'une association fut longtemps considéré en l'absence de précision comme nécessairement national²²⁰⁵. Or, une association nationale n'a en principe pas intérêt à la contestation de la légalité de décisions de portée locale²²⁰⁶. Le Conseil d'État a récemment assoupli la première des deux considérations en estimant qu'en l'absence de précision, il lui appartenait d'exercer un contrôle concret afin de déterminer par un faisceau d'indices le champ d'action géographique de l'association²²⁰⁷ et, par répercussion, son intérêt *ratione loci*. Il a par la suite estimé que « si, en principe, le fait qu'une décision administrative ait un champ d'application territorial fait obstacle à ce qu'une association ayant un ressort national justifie d'un intérêt lui donnant qualité pour en demander l'annulation, il peut en aller autrement lorsque la décision soulève, en raison de ses implications, notamment dans le domaine des libertés publiques, des questions qui, par leur nature et leur objet, excèdent les seules circonstances locales »²²⁰⁸. En conséquence, la légalité des actes administratifs de portée territoriale et de nature discriminatoire peut désormais être contestée par une association nationale. C'est en l'espèce ce qui fut jugé dans l'arrêt du 4 novembre 2015 relatif à une mesure de police administrative qui interdisait la fouille des poubelles et divers lieux de déchets dont l'édiction concordait avec l'installation dans la commune de personnes d'origine rom²²⁰⁹.

598. En dépit de la faiblesse quantitative des actions de substitution ou en soutien de la victime, il serait certainement réducteur d'expliquer la situation en imputant aux acteurs collectifs un défaut de volontarisme. Certains observateurs attentifs ont souligné, à l'inverse, que les responsables associatifs « souhaiteraient jouer une part plus importante » et « regrettent leur impuissance à accompagner les individus victimes de discrimination dans leur recours juridique et, ce faisant, à participer à la constitution ou au renforcement de la jurisprudence »²²¹⁰. D'autres ont récemment

²²⁰⁵ CE, 7/2 SSR, 23 février 2004, *Communauté de communes du pays loudunais*, n° 250482, Lebon.

²²⁰⁶ CE, 5/3 SSR, 28 octobre 1994, *Commune de Courtry*, n° 139125, Lebon.

²²⁰⁷ CE, 3/8 SSR, 17 mars 2014, *Association des consommateurs de la Fontaulière*, n° 354596, Lebon.

²²⁰⁸ CE, 5/4 SSR, 4 novembre 2015, *Ligue des droits de l'homme*, n° 375178, Lebon.

²²⁰⁹ *Ibidem*.

²²¹⁰ MERCAT-BRUNS, M. et PERELMAN, J. (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination*, *op. cit.*, p. 173. Les auteurs relevaient plus particulièrement que « les responsables associatifs [...] pointent leur manque de moyens, accentué ces dernières années par la baisse des subventions publiques ».

considéré en complément au sujet de l'action de substitution que « son régime l'a conduite à son échec »²²¹¹. Considérant le degré d'exigence des conditions à l'action contentieuse des organismes et des tiers, non-victimes de discrimination, il convient d'évaluer l'opportunité de ces restrictions.

B. Dynamiser les actions de substitution ou en soutien de la victime

599. Afin de dynamiser les implications contentieuses des associations et syndicats, l'assouplissement de certaines des conditions ci-dessus exposées mériterait d'être considéré (1). Cette mise en cause semble d'autant plus opportune que, selon Béatrice Lapérou-Schneider, « l'émergence chaotique et successive de ces dispositions », peu surprenante dans le cadre du droit de la non-discrimination, « rend difficilement compréhensible et donc accessible la connaissance du droit »²²¹². Le risque est que l'inaccessibilité de ces dispositions débouche sur une mobilisation dérisoire. Pour éviter cet écueil et favoriser la mobilisation du droit, il importe plus largement de clarifier les options ouvertes aux tiers intervenants et, éventuellement, de simplifier leur action en soutien de la victime (2).

1) Assouplir les conditions d'habilitation à ester en justice pour les associations et syndicats

600. Parmi les conditions envisagées jusque-là, la pertinence de l'exigence d'un objet social spécialisé de l'association en droit du travail, en droit civil et en droit administratif pourrait être remise en cause. S'il est compréhensible d'en tenir compte lorsque l'organisme agit pour son compte en défense d'un intérêt collectif, le mimétisme n'est pas nécessairement opportun dans le cadre d'une action de substitution fondée sur la prise en charge ou le soutien d'un intérêt individuel. Est-il indispensable que l'organisme souhaitant assister la victime justifie d'un engagement antidiscriminatoire ? L'efficacité du soutien de la victime résulte-t-elle d'une expertise particulière – ici antidiscriminatoire – ou d'une volonté d'assistance ? Dans la seconde hypothèse, bien que la caractéristique cumulée d'expertise facilite l'action contentieuse, en quoi est-elle indispensable ? Pourquoi le serait-elle pour une association et non pour un syndicat ? À l'instar de dispositions étrangères²²¹³, il serait envisageable de concevoir une habilitation générale n'exigeant pas de

²²¹¹ AZAR-BAUD, M. J., « Action civile et discriminations : l'apport de l'action de groupe », *Dr. Soc.*, 2020, p. 353 et s.

²²¹² LAPÉROU-SCHNEIDER, B., « À la recherche d'une cohérence de l'exercice par les associations d'exercer le droit reconnu à la partie civile », *Droit pénal*, n° 7-8, étude 13, 2016.

²²¹³ V. art. 74, al. 2 de la Charte québécoise (« La plainte peut être portée, pour le compte de la victime ou d'un groupe de victimes, par un organisme voué à la défense des droits et libertés de la personne ou au bien-être d'un groupement. Le consentement écrit de la victime ou des victimes est nécessaire ») ou encore art. 35(5) du Code ontarien des droits de la personne (« Une personne ou un organisme autre que la Commission peut présenter une requête auprès du

spécialisation antidiscriminatoire du groupement agissant en défense de la victime. Plus modestement, l'action pourrait être élargie aux associations « dont l'objet statutaire comporte la défense d'un intérêt lésé par la discrimination en cause », sur le modèle de ce que prévoit déjà l'article 10 de loi du 27 mai 2008 pour les actions de groupe. Une association de défense des consommateurs est ainsi admise à contester la discrimination en matière d'accès ou de fourniture de biens et services. Une association de défense des élèves scolarisés dans les établissements d'enseignement privés peut, de la sorte, contester la discrimination en matière d'éducation, quand bien même ses statuts ne feraient pas mention d'une finalité de lutte contre les discriminations. Une précision similaire pourrait être envisagée aux articles 1134-3 du Code du travail, 1263-1 du CPC et R. 779-9 du CJA.

601. En procédure pénale, l'aspect restrictif des habilitations en défense de l'intérêt général qui permettent le déclenchement de l'action publique²²¹⁴ nuance l'opportunité de cette perspective. *A minima* une habilitation générale des associations qui se proposent par leurs statuts de lutter contre les discriminations – quel qu'en soit le motif – serait bénéfique, sans procéder à un cloisonnement en fonction de certains motifs seulement : origine nationale, ethnie, prétendue race et religion (article 2-1 du CPP), sexe, mœurs, orientation et identité de genre (articles 2-6 du CPP), état de santé, handicap et âge (articles 2-8 du CPP), particulière vulnérabilité économique et situation de famille (articles 2-10 du CPP).

602. Tout aussi contestable est la condition – non de régularité de la déclaration en préfecture mais – d'existence préalable de cinq années de l'association à la date de l'infraction²²¹⁵. Régulièrement reproduite par les réformes législatives successives en droit civil, pénal, administratif et en droit du travail, la cause de cette exigence découle d'un compromis politique opéré entre parlementaires en 1972 à l'occasion des débats relatifs à l'article 8 de la loi Pléven, instituant l'article 2-1 du CPP, premier en son genre. D'une part, il s'agissait d'apaiser les réticences des plus conservateurs en raison d'une difficulté à concevoir l'audience inhabituelle d'une personne morale²²¹⁶. D'autre part, et surtout, il s'agissait en 1972 d'écarter les associations constituées à la suite des événements de 1968. Rappelons ici que l'exigence d'ancienneté, de cinq ans, s'apprécie à

Tribunal au nom d'une autre personne en vue d'obtenir une ordonnance visée à l'article 45.2 si l'autre personne : a) d'une part, aurait le droit de présenter une requête en vertu du paragraphe (1) ; b) d'autre part, consent à la requête »).

²²¹⁴ Bien qu'elles ne permettent pas, seules, de mettre en mouvement l'action publique par voie d'appel en cas de relaxe (art. 497, 3° du CPP).

²²¹⁵ Pour une illustration de l'irrecevabilité occasionnée en raison du défaut de condition d'existence depuis plus de cinq ans, v. CA Versailles, 19 juin 2019, n° 18/01049 qui conclut au rejet de la constitution partie civile de l'association Romeurope 94 sur le fondement de l'art. 2-1 du CPP dans une affaire liée au refus de scolarisation d'enfants vivant dans un bidonville et au sein d'une communauté rom.

²²¹⁶ V. JORF, AN, Séance du 7 juin 1972, p. 2285 (allocution de Guy Ducoloné), p. 2290 (allocution de Hector Rivierez) et p. 2291 (allocution de René Pléven).

la date de la commission des faits litigieux. Comme le relevait explicitement Michel Rocard lors des débats parlementaires : « il serait regrettable que, outre la notion d'utilité publique [finalement abandonnée, NDLR], le droit d'intervenir en justice ne fût concédé qu'à des associations créées depuis au moins cinq ans. Car cette disposition restrictive, on voit très bien ce qu'elle vise : il y a du 1968 là-dessous ! »²²¹⁷. Il concluait en invitant à l'abandon de cette restriction qui a de toute évidence perdu son objet aujourd'hui et mériterait d'être questionnée²²¹⁸. Michel de Grailly ne disait pas autre chose lorsqu'au sujet de ce même article 8, il ajoutait : « toute limitation à l'action des associations sérieuses qui se sont donné pour tâche de défendre la dignité de l'homme, sans distinction de philosophie, de religion ou de race, risquerait de porter un coup funeste à l'application de la loi »²²¹⁹. La suppression de cette condition semble d'autant plus envisageable que certaines associations ne sont soumises à aucune condition d'ancienneté²²²⁰, quand d'autres voient cette durée réduite à trois²²²¹ ou deux ans²²²². Par ailleurs, la Commission européenne considère également que la date de constitution de l'association n'a aucune pertinence lorsqu'il est question d'évaluer son intérêt à agir²²²³.

603. Outre la condition d'existence de cinq années et la spécialisation de l'objet social des associations, les habilitations législatives partielles en matière pénale qui permettent la constitution de partie civile méritent d'être questionnées. Seuls treize motifs²²²⁴ sont concernés sur les vingt-trois énumérés par l'article 225-1 du Code pénal. Si la mention spécifique de discriminations fondées sur l'origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse était, là encore, compréhensible au moment de la création de l'article 2-1 du CPP – la loi Pléven étant première et focalisée sur ces motifs –, rien ne justifie désormais que seules certaines victimes puissent bénéficier d'une protection d'associations spécialisées. Cette logique de cloisonnement des habilitations²²²⁵ et des objets sociaux antidiscriminatoires des associations en fonction des motifs semble largement

²²¹⁷ *Idem*, p. 2290. Il ajoutait : « pour régler des problèmes nouveaux qui se trouvent posés depuis certains événements, on doit tenir compte de ceux qui ont parfois contribué à les poser, même si, par définition, leurs associations représentatives sont plus récentes que les autres ».

²²¹⁸ En ce sens, v. TAQUET, F., « Les nouveaux moyens de la lutte contre les discriminations », *Gaz. Pal.*, n° 61, 2002, p. 2.

²²¹⁹ JORF, AN, Séance du 7 juin 1972, p. 2289.

²²²⁰ V. art. 2-14 du CPP relatif aux associations de protection de la langue française et art. 2-15, al. 1, du CPP relatif aux associations de défense des victimes d'accidents survenus dans les transports collectifs.

²²²¹ V. art. 2-21 du CPP relatif aux associations de protection du patrimoine.

²²²² V. art. 2-22 du CPP relatif aux associations et syndicats de lutte contre le travail illégal.

²²²³ En ce sens, v. BRISSEY, S., *JCl TT*, fasc. 11-17, 2015, § 70.

²²²⁴ Origine nationale, ethnique, raciale, religieuse (art. 2-1 du CPP), sexe, mœurs, orientation ou identité sexuelle (art. 2-6 du CPP), état de santé, handicap, âge (art. 2-8 du CPP), vulnérabilité économique et situation de famille (art. 2-10 du CPP).

²²²⁵ Béatrice Lapérou-Schneider évoque au sujet des habilitations partielles du CPC « la manière anarchique dont cet édifice a été érigé ». V. LAPÉROU-SCHNEIDER, B., « À la recherche d'une cohérence de l'exercice par les associations d'exercer le droit reconnu à la partie civile », *loc. cit.* En ce sens, v. encore LARONDE-CLÉRAC, C., *JCl. ST*, Fasc. 174-20 Associations – Constitution. Capacité, III., B., 2°, d).

dommageable. Avec Béatrice Lapérou-Schneider, il est possible de regretter cette disparité qui « ne semble pas pouvoir être justifiée par la nature même des critères de discrimination »²²²⁶. Dans ce domaine comme dans d'autres, il serait opportun de ne pas fragmenter à outrance la lutte contre les discriminations et considérer l'importance d'un régime commun opérationnel. Pourquoi ne pas autoriser une association antiraciste à se constituer partie civile pour une discrimination fondée sur le lieu de résidence, sur l'apparence physique, voire sur les opinions politiques²²²⁷ ? Aucun de ces trois motifs ne bénéficie à ce jour des considérations des articles 2-1 et suivants du CPP. À l'instar des versions actuelles des articles L. 1134-3 du Code du travail, 1263-1 du CPC et R. 779-9 du CJA, une habilitation pénale indifférente aux motifs, et par conséquent les englobant tous, constituerait une perspective opportune. D'autant qu'émerge une possible judiciarisation des discriminations multiples, intersectionnelles ou composées²²²⁸. L'habilitation consentie aux associations par le législateur ne serait guère plus étendue – car toujours focalisé sur les discriminations au sens de l'article 225-2 du Code pénal – et n'entraînerait donc pas de bouleversement déraisonnable dans l'exercice des droits de la partie civile²²²⁹.

604. En prolongement de cette critique des habilitations pénales, l'absence de disposition prévoyant la possible substitution d'une association dans certains domaines non couverts par l'article 2 de la loi du 27 mai 2008 (*e.g.* le logement) pourrait également être dénoncée en droit civil.

605. Quant au consentement de la victime à l'action de substitution, Laurence Pécaut-Rivolier relevait qu'il constituait la principale cause du faible recours par les syndicats à l'article L. 1134-2 du Code du travail : « le risque est dès lors que les syndicats, après avoir constitué un dossier long et difficile pour établir la discrimination collective, se heurtent à la résistance et à la crainte des salariés individuels de voir leur nom figurer dans la procédure »²²³⁰. Cette justification apportée par les syndicats semble néanmoins spécieuse dès lors qu'ils n'ont pas à justifier d'un mandat exprès du salarié, lequel dispose néanmoins de la possibilité de s'opposer à l'action dans un délai de quinze jours à compter de la notification de la volonté d'ester en justice²²³¹. Une notification préalable ainsi

²²²⁶ *Ibidem*.

²²²⁷ Pour un cas d'irrecevabilité de la constitution partie civile de SOS Racisme en contestation d'une discrimination fondée sur les opinions politiques et non sur l'origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse, v. TGI Toulon, corr., 5 mai 1998, n° XTGIT050598X.

²²²⁸ V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, II, B.

²²²⁹ Même décloisonné au regard des motifs, l'objet social de lutte contre les discriminations demeurerait une exigence en vue de l'exercice des droits de la partie civile. Sur la spécialité comme « moyen de canaliser la puissance de la personne morale », v. not. DUPRÉ DE BOULOIS, X., « Les droits fondamentaux des personnes morales – 3^e partie », *RDLF*, chron. n° 1, 2012.

²²³⁰ PÉCAUT-RIVOLIER, L., *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, *op. cit.*, p. 81.

²²³¹ L'art. L. 1134-2 du Code du travail dispose en effet qu'il suffit que le principal intéressé « ait été averti par écrit de cette action et ne s'y soit pas opposé dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention d'agir ».

qu'une patience de quinze jours suffiraient en conséquence à soulager les syndicats du risque de constituer un dossier « long et difficile » qui serait finalement avorté en raison de la résistance et de la crainte des salariés. Certes, ces derniers peuvent toujours intervenir par la suite à l'instance pour y mettre un terme²²³². Cependant, la suppression complète de l'exigence du consentement ne semble nullement opportune en ce qu'elle aboutirait à une dépossession extrêmement problématique de la victime à l'égard de son propre préjudice. Reste la seconde cause du faible recours à l'article L. 1134-2 que mentionne Laurence Pécaut-Rivolier, à savoir l'intérêt relatif des syndicats pour la thématique des discriminations en entreprise²²³³, à l'exception des discriminations syndicales²²³⁴.

606. En matière pénale, soulignons en complément que si les articles 2-1, 2-8 et 2-10 prévoient sans ambiguïté la condition d'accord de la victime, du moins lorsque la discrimination est commise à l'encontre d'une personne considérée individuellement, une clarification est nécessaire pour l'article 2-6 du CPP. Celui-ci n'exige expressément le recueil du consentement qu'en ce qui concerne les discriminations commises sous la forme d'un harcèlement sexuel, sans que cette spécificité – et les exemptions de consentement pour les autres actes discriminatoires – ne puisse être justifiée²²³⁵. Sans doute conviendrait-il de généraliser sur ce point l'exigence d'un accord de la victime.

607. Il est enfin possible de s'interroger en prolongement sur la pertinence d'une dissociation des modalités de recueil du consentement de la victime en droit du travail. Alors qu'il doit être explicite pour les associations, il peut n'être que tacite pour les syndicats puisque ces derniers n'ont pas à justifier d'un mandat de la victime. Un assouplissement pourrait éventuellement être envisagé par le biais de la généralisation de ce second régime, plus favorable. Force est de reconnaître que les

²²³² En ce sens, v. les conclusions de Frank Petit : « les actions de substitution, qui appartiennent en propre aux syndicats représentatifs, sont loin d'apparaître comme attentatoires à la liberté personnelle des salariés. Leur déclenchement est soumis à une procédure qui laisse peu de place à l'ignorance de l'individu concerné, lequel peut aussi intervenir à l'instance, à tout moment, pour préciser l'objet de la demande, voire mettre un terme à l'instance ; dans les matières mettant en cause l'intimité du salarié, son consentement est, de toute façon, expressément requis », in PETIT, F., « L'action de substitution, un cadeau promis à un avenir meilleur », *Dr. Soc.*, 2004, p. 262.

²²³³ *Ibidem*. En ce sens, une étude d'impact relevait en 2015 que : « le constat de la faible attractivité de la voie judiciaire est inversement proportionnel à la multiplicité des dispositifs mis à la disposition des organisations syndicales pour conduire des actions contentieuses » (ministre de la Justice, *Étude d'impact. Projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^{ème} siècle*, NOR : JUSX1515639L, 31 juillet 2015, p. 172).

²²³⁴ Pour une illustration marquante de la mobilisation syndicale, v. not. au sujet du collectif « lutte contre les discriminations » de la CGT, v. CHAPPE, V-A., *L'égalité en procès : sociologie politique du recours au droit contre les discriminations au travail*, *op. cit.*, p. 447-502. D'autres facteurs peuvent être avancés pour expliquer l'absence de mobilisation du droit par les syndicats dans une perspective contentieuse, qu'il s'agisse de la faiblesse de certaines structures ou de la voie privilégiée de la négociation en entreprise. Sur ce point, v. CHAPPE, V-A., GUILLAUME, C. et POCHIC, S., « Négocier sur les carrières syndicales pour lutter contre les discriminations. Une appropriation sélective et minimaliste du droit », *Travail et emploi*, n° 145, 2016/1, p. 121-146 et CHAPPE, V-A., DENIS, J-M., GUILLAUME, C. et POCHIC, S., *La fin des discriminations syndicales ? Luites judiciaires et pratiques négociées*, Vulaine-sur-Seine, Éd. du croquant, 2019.

²²³⁵ Pour un point de vue critique, v. not. LAPÉROU-SCHENEIDER, B., « À la recherche d'une cohérence de l'exercice par les associations d'exercer le droit reconnu à la partie civile », *loc. cit.*

situations ne sont cependant pas équivalentes. Les syndicats sont immergés dans l'entreprise et disposent de moyens d'investigation facilités par leur proximité avec les autres salariés ainsi qu'avec le cadre dans lequel la discrimination s'est produite. Les associations se trouvent en revanche dans une situation de dépendance accrue à l'égard de la victime, à tel point qu'il est difficile d'élaborer un dossier solide sans les informations fournies par son concours direct. Si elle peut sembler préjudiciable aux associations, cette différence des régimes applicables ne semble, par conséquent, pas problématique. Sans garantir une efficacité contentieuse plus importante, sa suppression impliquerait une certaine dépossession de la victime, non engagée dans des rapports de proximité avec l'association, comme cela peut être le cas avec un syndicat.

608. En même temps que l'assouplissement de ces restrictions juridiques aux actions de substitution ou à la constitution de partie civile des associations et syndicats, une clarification des voies procédurales qui permettent les tierces interventions pourrait également contribuer à favoriser la participation contentieuse des tiers, non-victimes de discrimination.

2) Simplifier l'action des tiers intervenants

609. Avant d'envisager la clarification des procédures qui permettent l'intervention des tiers, une distinction préliminaire paraît opportune entre les trois différents niveaux d'implication contentieuse en soutien de la victime : l'intervention de l'*amicus curiae*, l'intervention volontaire accessoire²²³⁶ et l'action de substitution. C'est à ces trois niveaux qu'il convient d'envisager la simplification des modalités procédurales d'engagement des tiers. L'intervention volontaire principale²²³⁷ doit, elle, être écartée en ce que le tiers ne recherche pas dans cette hypothèse le soutien de la victime de discrimination mais l'élévation d'une prétention à son propre profit.

610. Si le droit français ignore le concept d'intervention « amicale »²²³⁸, sans qualité de partie, et se borne à la tierce intervention accessoire, il reconnaît en revanche le rôle d'*amicus curiae*, davantage ami des magistrats que de la victime. Les formalités se veulent relativement faibles et demeurent essentiellement fonction de l'appréciation discrétionnaire des juges, notamment quant à

²²³⁶ Art. 330 du CPC et R. 632-1 du CJA.

²²³⁷ Art. 329 du CPC.

²²³⁸ Art. 185 et 187 du Code de procédure civile du Québec (Chapitre C-25.01) : « L'intervention est dite amicale lorsque le tiers ne demande qu'à participer au débat lors de l'instruction » ; « Le tiers qui entend intervenir à titre amical lors de l'instruction doit être autorisé par le tribunal. Il doit présenter un acte d'intervention exposant le but et les motifs de son intervention et le notifier aux parties au moins cinq jours avant la date fixée pour la présentation de sa demande au tribunal. Le tribunal peut, après avoir entendu le tiers et les parties, autoriser l'intervention s'il l'estime opportune ; il prend en compte l'importance des questions en litige, au regard notamment de l'intérêt public, et l'utilité de l'apport du tiers au débat ».

l'opportunité de son concours²²³⁹. Comme le souligne Rafael Encinas de Munagorri, « cet ami est le plus souvent défini par la négative : il n'est ni une partie au litige, ni un témoin, ni un auxiliaire de justice »²²⁴⁰. Il ne s'apparente pas non plus à un expert et dispose pour cette raison de la faculté de se prononcer sur des éléments de droit, sans toutefois que sa sollicitation ne puisse porter précisément sur la résolution d'un point litigieux pour le compte du juge²²⁴¹. La sollicitation croissante de ce « produit rare »²²⁴² pourrait présenter une perspective d'amélioration – et de démocratisation²²⁴³ – du contentieux antidiscriminatoire. Ce statut qui bénéficie d'ores et déjà au Défenseur des droits et avant lui à la HALDE²²⁴⁴ – sous les réserves mentionnées *infra* – a largement démontré ses vertus positives, d'autant plus en l'absence de spécialisation juridictionnelle²²⁴⁵. Forme hybride entre le statut d'expert et de « lobby »²²⁴⁶, cette figure pourrait être davantage sollicitée afin de faciliter l'intervention de personnalités associatives ou universitaires, qui ne souhaitent pas nécessairement prendre fait et cause pour l'une des parties, mais qui détiennent des connaissances susceptibles d'éclairer la décision juridictionnelle. L'expertise fournie par le sociologue Nicolas Jounin, quoique cité en qualité de témoin dans le cadre d'une récente décision du conseil de prud'hommes de Paris, a par exemple permis de mettre en lumière la dimension systémique de la discrimination en cause dans le cas d'espèce²²⁴⁷. À l'instar du développement des mesures d'instruction, les évolutions semblent sur ce point largement conditionnées par l'*habitus* du juge, dans la mesure où ce dernier dispose d'une liberté discrétionnaire dans la convocation de ses *amici*. C'est par conséquent sur cet *habitus* qu'il conviendrait d'influer en tentant de stimuler la convocation par les cours de tiers susceptibles d'éclairer les appréhensions conceptuelles et techniques parfois

²²³⁹ La figure peut être rapprochée des art. 27 et 237 du CPC. V. aussi : CE, 8/3 SSR, 6 mai 2015, *Association tutélaire d'Ille-et-Vilaine*, n° 375036, Lebon et CONNIL, D., « De la nature et des finalités de l'*amicus curiae* », *AJDA*, 2015, p. 1545.

²²⁴⁰ ENCINAS DE MUNAGORRI, R., « L'ouverture de la Cour de cassation aux *amici curiae* », *RTD civ.*, 2005, p. 88. V. aussi ENCINAS DE MUNAGORRI, R., « Quel statut pour l'expert ? », *RFAP*, n° 103, 2002/3, p. 379-389.

²²⁴¹ Sur CE, 8/3 SSR, 6 mai 2015, *Association tutélaire d'Ille-et-Vilaine*, v. POUPEAU, D., « Recours à un *amicus curiae* : le juge doit s'en tenir aux observations générales », *Dalloz Actualités*, 12 mai 2015.

²²⁴² CONNIL, D., « De la nature et des finalités de l'*amicus curiae* », *loc. cit.*

²²⁴³ BUGNON, C., « L'*amicus curiae* : facteur de démocratisation du procès administratif », *AJDA*, 2011, p. 1608.

²²⁴⁴ Art. 33 de la loi du 29 mars 2011 : « les juridictions civiles, administratives et pénales peuvent, d'office ou à la demande des parties, l'inviter à présenter des observations écrites ou orales ». À distinguer de la présentation d'observations de droit, décidée par le Défenseur des droits. V. également art. 13 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la HALDE.

²²⁴⁵ Sur la spécialisation de certaines juridictions antidiscriminatoires, v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, II, B, not. 1).

²²⁴⁶ « L'*amicus curiae* prend donc tantôt le visage d'un expert ad hoc invité par la cour en marge des procédures traditionnelles ; tantôt celui d'une entité intervenant afin d'exercer un *lobbying* argumentatif pour le compte d'intérêts privés ou publics. Dans les deux cas, l'intervention de l'*amicus curiae*, qui doit être autorisée par la cour, a pour finalité de l'éclairer et d'enrichir les arguments susceptibles d'être pris en compte », in ENCINAS DE MUNAGORRI, R., « L'ouverture de la Cour de cassation aux *amici curiae* », *loc. cit.*

²²⁴⁷ CPH Paris, 17 décembre 2019, n° 17/10051.

déliçates de la discrimination²²⁴⁸. Les protocoles de collaboration développés entre le Défenseur des droits et les parquets pourraient notamment agir en ce sens.

611. Pour les tiers qui souhaitent davantage s'engager en soutien d'une partie, l'intervention volontaire accessoire apparaît plus propice. Si le tiers intervenant dispose de l'initiative de l'action contrairement à *l'amicus curiae*, celle-ci demeure sujette à conditions. Le Conseil d'État exige ainsi la justification d'un intérêt suffisant eu égard à l'objet du litige²²⁴⁹. L'article 330 du CPC évoque « un intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir [l'une des parties] » au litige. Le droit pénal requiert quant à lui la satisfaction des conditions ci-dessus évoquées afin de se constituer partie civile. Or, en la matière, les procédures ne sont pas nécessairement connues des acteurs de terrain et il est possible que la consolidation des dispositions dans une loi générale²²⁵⁰, qui préciserait de manière concentrée les modalités d'action contentieuse, puisse contribuer à leur visibilité et à leur utilisation. Une disposition pourrait être insérée en ce sens au sein de la loi du 27 mai 2008 pour préciser qu'une personne ou un organisme peut devenir partie à la demande avant qu'il ne soit définitivement statué sous réserve des conditions ci-dessus retranscrites.

612. Concernant le cas spécifique du Défenseur des droits, il dispose actuellement d'une faculté de saisine des juridictions. Cette faculté demeure, cela dit, restreinte aux cas de refus ou d'inexécution d'une transaction pénale qui lui permet de mettre en mouvement l'action publique par voie de citation directe²²⁵¹. Le paradoxe est qu'il dispose de cette faculté uniquement lorsque la discrimination constitue un délit pénal, et alors qu'un organisme public est d'ores et déjà chargé des poursuites. Refuser à l'organisme national de promotion de l'égalité l'intervention contentieuse devant les juridictions administratives, civiles et prud'homales, en tant que partie à l'instance par l'intermédiaire de l'action de substitution, alors qu'elle est admise pour les associations et syndicats, peut à cet égard sembler surprenant²²⁵². La reconnaissance de l'action de substitution pourrait pourtant constituer un appui à la revendication du droit à la non-discrimination. Elle s'avérerait particulièrement utile en cas d'institutionnalisation d'une aide juridique spécialisée telle qu'envisagée *supra*²²⁵³. Cela engendrerait, certes, davantage de frais et de formalités que la seule présentation d'observations en justice²²⁵⁴.

²²⁴⁸ V. not. les enjeux mentionnés *in* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

²²⁴⁹ CE, 25 juillet 2013, *Office français de protection des réfugiés et apatrides*, n° 350661, Lebon.

²²⁵⁰ Sur la consolidation du droit de la non-discrimination, v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, II, B.

²²⁵¹ Art. 28, IV de la loi du 29 mars 2011.

²²⁵² La tierce intervention semble en revanche exclue dans la mesure où le Défenseur des droits ne pourrait agir pour la conservation de ses propres droits (intervention volontaire accessoire). Art. 330 du CPC : l'intervention volontaire accessoire « est recevable si son auteur a intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir cette partie ».

²²⁵³ Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, II, B.

²²⁵⁴ Cette hypothèse d'action contentieuse ponctuelle ne semble pour autant pas plus incongrue que le paiement par le Défenseur des droits de provisions pour frais de procédures ou de « secours financiers temporaires », un temps

613. À ces premières facilitations de l'intervention des tiers en soutien de la victime de discrimination pourraient s'en ajouter d'autres, potentiellement inspirées de mécanismes mis en œuvre à l'étranger. À titre d'illustration, l'Ontario (Canada) offre une nouvelle innovation particulièrement intéressante lorsque l'article 34(5) de son code antidiscriminatoire dispose qu'« une personne ou un organisme autre que [l'organisme de promotion de l'égalité] peut présenter une requête auprès du tribunal [spécialisé] au nom d'une autre personne en vue d'obtenir une ordonnance » sous réserve de son consentement et de sa capacité légale à saisir personnellement le tribunal sur le fondement de l'article 34(1). En même temps qu'elle prévoit l'action de substitution des groupements (*e.g.* associations, syndicats, organismes communautaires), cette disposition rend possible l'action de substitution par une personne physique, sans que l'empêchement de la victime ne soit considéré comme une condition de la régularité du mandat individuel de représentation²²⁵⁵. Cette disposition fut précisément conçue afin de briser l'isolement des victimes, de renforcer l'accessibilité juridictionnelle et la protection des requérants particulièrement vulnérables, pour limiter les causes de non-recours au droit en facilitant les actions contentieuses à leur profit²²⁵⁶. Il n'est toujours pas question d'envisager une *actio popularis*²²⁵⁷ ou d'utiliser cette possibilité au profit de professionnels du droit²²⁵⁸. La victime demeure considérée comme le plaignant à l'instance (*claimant*). Simplement, c'est la personne physique qui agit en substitution qui est considérée comme le requérant (*applicant*) et qui est responsable à ce titre de la saisine, des prétentions soulevées et, plus largement, de l'ensemble des démarches contentieuses²²⁵⁹. Les profils des mandataires

envisagé dans le cas de la protection des lanceurs d'alerte. V. art. unique, 1^o, de la loi organique n^o 2016-1690 du 9 décembre 2016 relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte. Disposition déclarée non conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa Décision n^o 2016-740 DC, 8 décembre 2016, cons. 6.

²²⁵⁵ V. ici *G.M.K. v. Lakefield College School*, 2014 HRTO 1581 (CanLII), §26 : « *the appointment of an applicant to bring the application on behalf of a claimant is not linked to any lack of capacity – whether because of age or disability – on the part of the claimant. This distinguishes a delegation in accordance with s.34(5) (which is an act of choice on the part of the claimant) from the appointment of a litigation guardian (which is required by law because a litigant lacks capacity)* ». *A contrario*, v. l'art. 542 du Code de procédure civile du Québec.

²²⁵⁶ *Kacan v. Ontario Public Service Employees Union*, 2010 HRTO 795 (CanLII), §11-12 : « *a provision of this kind would promote accessibility to the Tribunal's process by enabling groups and other individuals to pursue complaints on behalf of [complainants] who may be unable to do so because of vulnerability or disadvantage which makes it difficult for them to take all the steps in an application on their own behalf. In my view, the purpose of s. 34(5) is to promote the accessibility of the Code's processes. It allows an individual to delegate to another individual or organization the ability to take the steps in the Tribunal's process on his or her behalf, for whatever reason he or she believes that this is the best way of pursuing his or her Code rights* ».

²²⁵⁷ *Duncan v. College of Nurses of Ontario*, 2010 HRTO 1883 (CanLII), §19 ou *Gregoire v. Ontario (Government Services)*, 2013 HRTO 1218 (CanLII), §51.

²²⁵⁸ En ce sens, v. *Group of Employees v. Presteve Foods*, 2009 HRTO 944 (CanLII) et *G.M.K. v. Lakefield College School*, 2014 HRTO 1581 (CanLII).

²²⁵⁹ *Kacan v. Ontario Public Service Employees Union*, *op. cit.*, §7.

reconnus jusqu'alors par la jurisprudence sont extrêmement divers : parents²²⁶⁰, enfant²²⁶¹, frères et sœurs²²⁶², époux²²⁶³, amis ou collègues de travail²²⁶⁴, entre autres²²⁶⁵.

614. Une réforme de cette nature en France, qui se rapproche à certains égards des cas d'assistance et de représentation prévus par l'article R. 1453-2 du Code du travail²²⁶⁶, pourrait pareillement contribuer à la revendication du droit à la non-discrimination et à la lutte contre le phénomène de non-recours au droit. Il s'agirait d'une action dans l'intérêt d'autrui, largement ouverte, et pour cette raison assez inhabituelle au regard du modèle du procès civil français et de la règle selon laquelle nul ne plaide par procureur. Elle serait néanmoins susceptible de contribuer à dynamiser les actions contentieuses en soutien de la victime, aux côtés de la mobilisation croissante des *amici curiae*, de la consolidation des dispositions fondant la tierce intervention, de l'ouverture de l'action de substitution au Défenseur des droits, ou encore de l'allègement des conditions à l'action des associations et syndicats. En prolongement de ces précisions, et au-delà du soutien de l'action par les tiers non-victimes de discrimination, c'est l'organisation de l'action conjointe des victimes de discrimination qui présente des perspectives enthousiasmantes et mérite d'être envisagée dans le cadre d'un examen critique.

II. Relativiser l'apport des actions de groupe en matière de discrimination

615. Le 14 janvier 2014, une proposition de loi instaurant une action de groupe en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités était enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale. À la lecture de l'exposé des motifs, l'enthousiasme était de mise et l'objectif était clair. Il s'agissait de répondre à « la question de l'effectivité de l'interdiction des pratiques

²²⁶⁰ E.g. *Dana Lowry v. Thames Valley District School Board*, 2015 HRTO 1554 (CanLII), *Reid v. Squash Ontario*, 2015 HRTO 383 (CanLII), ou encore *Speelman v. Hotel Dieu Hospital*, 2014 HRTO 204 (CanLII), etc.

²²⁶¹ E.g. *Levesque v. Alterna Savings*, 2012 HRTO 1028 (CanLII).

²²⁶² *Bonnici v. Loblaw's Inc.*, 2015 HRTO 1701 (CanLII) ou *No v. Harry Rosen Incorporated*, 2012 HRTO 1261 (CanLII).

²²⁶³ *Hawley v. Fairlea Park Housing Co-operative Inc.*, 2013 HRTO 490 (CanLII), *S.M. v. Ontario (Community Safety and Correctional Services)*, 2012 HRTO 1460 (CanLII), ou encore *Tulul v. King Travel Can*, 2011 HRTO 438 (CanLII).

²²⁶⁴ *Lodge v. Toronto Star Newspapers Limited*, 2013 HRTO 69 (CanLII), *Mu v. Cargill Foods*, 2011 HRTO 846 (CanLII), ou encore *A.A. v. Robert Land Academy*, 2010 HRTO 486 (CanLII).

²²⁶⁵ Sur ce fondement, en cinq années (2010-2015), trente actions de substitution ont été conduites par des personnes physiques mandatées par la victime de discrimination. Si ce chiffre peut sembler négligeable, il est encourageant et équivalent aux constitutions de partie civile (décisions publiées) des deux associations les plus actives en France entre 1981 et 2020 – qui de surcroît doivent être rapportées à une population cinq fois supérieure. En outre, ce chiffre doit être apprécié cumulativement au soutien apporté par le Centre d'assistance juridique en matière de droits de la personne qui représente à titre gratuit une partie des requérants devant le tribunal spécialisé et qui apporte de manière plus large son concours en amont de l'audience, au stade de la saisine, lors de la médiation judiciaire et à l'instance. À ces deux possibilités s'ajoutent encore les actions de substitution des groupements (associations, syndicats).

²²⁶⁶ « Les personnes habilitées à assister ou à représenter les parties sont : 1° Les salariés ou les employeurs appartenant à la même branche d'activité ; 2° Les défenseurs syndicaux ; 3° Le conjoint, le partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou le concubin ; 4° Les avocats ».

discriminatoires »²²⁶⁷. Plus précisément, le renforcement de l'accessibilité des juridictions était visé car « malgré ces proclamations solennelles, les discriminations persistent et leurs condamnations restent très largement des vœux pieux. Et pour cause : près de la moitié des personnes ayant vécu une discrimination n'engagent aucune action »²²⁶⁸. La proposition de loi mentionnée ci-dessus n'ayant pas abouti, c'est finalement la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle du 18 novembre 2016 qui élargit le champ de l'action de groupe en droit français aux fins de contestation de la discrimination. Un examen critique du texte et de ses modalités d'adoption tend néanmoins à nuancer l'enthousiasme initial. Celui-ci céda rapidement le pas aux inquiétudes, dès le stade de l'élaboration législative du nouveau dispositif (A). Loin de renforcer l'accessibilité des juridictions, les actions de groupe, telles qu'actuellement conçues, retardent ou évitent avec soin l'intervention de la phase contentieuse (B). Quant à la réparation du préjudice subi du fait de la discrimination, elle est reléguée à une préoccupation secondaire, notamment afin de tenir compte « d'intérêts économiques puissants »²²⁶⁹ (C). À terme, ces différentes caractéristiques contribuent à relativiser son potentiel dans le cadre de la revendication du droit à la non-discrimination.

A. La mise en place de l'action de groupe

616. Alors qu'il s'agissait d'un mécanisme ardemment espéré par les défenseurs des victimes de discrimination (1), le dispositif envisagé par la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle (ci-après « loi J21 ») fut rapidement l'objet de critiques. Les détails procéduraux ayant vocation à le concrétiser ont, en effet, été contestés en ce qu'ils semblaient orchestrer la neutralisation des espérances véhiculées (2).

1) Une émergence pleine de promesses

617. Le mécanisme des actions de groupe ou *class actions* s'était déjà frayé un chemin dans plusieurs législations étrangères avant d'être envisagé en France. Outre l'expérience étatsunienne, la référence québécoise fut évoquée à maintes reprises lors des débats visant son introduction en droit français de la non-discrimination²²⁷⁰. En Europe, plusieurs pays tels que la Suède, l'Angleterre, le Pays de

²²⁶⁷ Proposition de loi instaurant une action de groupe en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités, enregistrée à la présidence le 14 janvier 2014 (n° 1699), présentée not. par Bruno Le Roux et Razzy Hammadi.

²²⁶⁸ *Ibidem*.

²²⁶⁹ CROZE, H., « Un droit commun de l'action de groupe ? », *Procédures*, n° 2, étude 4, 2017.

²²⁷⁰ Au Québec, l'action de groupe est à la fois consacrée par la Charte québécoise des droits de la personne (art. 74 de la Charte québécoise des droits de la personne et des droits de la jeunesse) et soutenue par un fonds d'aide aux actions collectives afin de favoriser leur mobilisation. V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, I, B, 1).

Galles, les Pays-Bas, l'Italie ou le Portugal avaient également consacré cette voie d'action²²⁷¹, tout en débouchant dans certains cas sur une faible utilisation contentieuse²²⁷². Face à la diversité des expériences, les instances de l'Union européenne plaident en faveur de la création d'un régime juridique unifié²²⁷³. L'un des enjeux assumés de ce régime consiste cependant à le prémunir de certains effets collatéraux des *class actions* étatsuniennes ou canadiennes, notamment concernant la mainmise des cabinets attirés par les indemnités records et la non-réclamation d'une partie des fonds. Le souhait de neutraliser ce risque de captation des fonds explique en partie la présence de l'article 74 au sein de la loi J21 qui sécurise les indemnisations reçues par la création et la réglementation d'un compte à la Caisse des dépôts et des consignations²²⁷⁴.

618. Déjà applicable en France depuis 2015 en droit de la consommation, l'action de groupe a étendu son emprise par la loi du 18 novembre 2016 au droit de la non-discrimination, au droit de l'environnement, au droit de la santé et à la protection des données personnelles. S'il existe quelques variations dans la déclinaison du dispositif entre les différents domaines ainsi qu'au sein des domaines eux-mêmes (discrimination et Code du travail, discrimination et loi Le Pors, discrimination et loi du 27 mai 2008), dans les grandes lignes, un tronc commun émerge des dispositions législatives. Celles-ci sont précisées par le décret d'application du 6 mai 2017 qui définit les règles procédurales applicables devant le juge judiciaire et devant le juge administratif²²⁷⁵. Il est désormais possible sur ces fondements, pour plusieurs victimes de discrimination, de se rassembler et d'agir en justice conjointement afin de maximiser leurs chances de succès. L'attente précédant la mise en place de l'action de groupe ainsi que l'espoir qu'elle a suscité s'expliquent par son potentiel qui repose sur quatre atouts essentiels : l'accessibilité des juridictions, le succès des requêtes, l'efficacité procédurale, la dissuasion.

619. Le principal bienfait de l'action de groupe peut, prosaïquement, être résumé à une idée simple : l'union fait la force. Il s'agit de favoriser par le ralliement autour d'une seule et même

²²⁷¹ V. sur ce point CLÉMENT, E., « L'action de groupe : un remède efficace contre les discriminations ? », *JCP S*, n° 38, 2017, p. 1296 et s.

²²⁷² Sur la faible mobilisation des actions collectives aux Pays-Bas, v. MERCAT-BRUNS, M. et PERELMAN, J. (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination*, *op. cit.*, p. 159.

²²⁷³ V. PARLEMENT EUROPÉEN, Proposition de résolution : « vers une approche européenne cohérente en matière de recours collectif », 12 janvier 2012, n° A 7-0012/2012 et COMMISSION EUROPÉENNE, Recommandation du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union (2013/396/UE), JOUE, 27.7.2013, I. 201/60.

²²⁷⁴ « Toute somme reçue au titre de l'indemnisation des personnes lésées membres du groupe est immédiatement versée sur un compte ouvert auprès de la Caisse des dépôts et consignations. Celui-ci ne peut faire l'objet de mouvements en débit que pour le règlement de l'affaire qui est à l'origine du dépôt ». Sur ce point, v. KEBIR, M., « Décret relatif à l'action de groupe du 21^e siècle : précisions procédurales », *Dalloz actualité*, 19 mai 2017.

²²⁷⁵ Les caractéristiques étant similaires devant le juge administratif et devant le juge judiciaire. En ce sens, v. not. FLEURIOT, C., « L'action de groupe s'ouvre à de nouveaux domaines », *Dalloz actualité*, 22 novembre 2016.

requête l'action de victimes qui, isolées, ne s'aventureraient pas sur la voie des prétoires. Ce rééquilibre des forces²²⁷⁶ était promu par la CNCDH qui voyait dans l'action de groupe un « renforcement de l'accès effectif au juge, condition de l'accès au droit »²²⁷⁷. L'union des victimes peut de surcroît être considérée comme une forme de protection à l'encontre des représailles de nature à rassurer les requérants et à endiguer le phénomène de non-recours au droit. La possibilité de se déclarer nominativement après que la responsabilité du défendeur a été établie par une première décision²²⁷⁸ permet, elle aussi, de minimiser les risques du procès, tant concernant l'issue défavorable que les potentielles représailles. Elle contribue en conséquence à favoriser l'action là où l'incertitude et – parfois – l'aspect modique des sommes en jeu tendent à la brider²²⁷⁹. Il est possible pour ces raisons de supposer que les victimes seront plus promptes à agir dans le cadre de l'action de groupe que par le biais d'actions individuelles²²⁸⁰.

620. Un autre atout non négligeable de l'action de groupe repose sur la facilitation de la preuve pour les victimes qui détermine largement les chances de succès des requêtes. La pluralité des récits, le croisement des témoignages et des éléments probants à disposition de chaque requérant permettent, d'une part, de déceler plus aisément des mécanismes ou comportements discriminatoires systémiques. La force dynamique d'allégations similaires, concomitantes et massives peut, d'autre part, avoir pour incidence de renforcer l'intime conviction des magistrats quant à la responsabilité du défendeur²²⁸¹. Au-delà de la preuve, le succès de la requête peut également être favorisé par la mise en commun de moyens financiers et juridiques au soutien de l'élaboration du dossier et de l'action.

621. L'action de groupe permet encore une rationalisation du traitement contentieux par les juridictions. Celles-ci sont par ce biais en mesure d'appréhender avec davantage de facilité et

²²⁷⁶ En ce sens, BLANCO, F., « L'action de groupe en reconnaissance de responsabilité devant le juge administratif », *AJDA*, 2016, p. 2256 et s. : « En fédérant les forces en présence, elle évite à des justiciables isolés et modestes de se sentir esseulés face à une administration jugée trop puissante, dans une nouvelle lutte du "pot de terre" contre le "pot de fer" ».

²²⁷⁷ CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Année 2015, op. cit.*, p. 136.

²²⁷⁸ Art. 66 : « Lorsque l'action de groupe tend à la réparation des préjudices subis, le juge statue sur la responsabilité du défendeur. Il définit le groupe de personnes à l'égard desquelles la responsabilité du défendeur est engagée en fixant les critères de rattachement au groupe et détermine les préjudices susceptibles d'être réparés pour chacune des catégories de personnes constituant le groupe qu'il a défini. Il fixe également le délai dans lequel les personnes répondant aux critères de rattachement et souhaitant se prévaloir du jugement sur la responsabilité peuvent adhérer au groupe en vue d'obtenir réparation de leur préjudice ».

²²⁷⁹ En ce sens, v. les propos de Laurence Pecaut-Rivolier *in ibidem*. V. aussi CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Année 2015, op. cit.*, p. 136. V. encore EYDOUX, P., « Stratégies contentieuses et perspectives », *in* DÉFENSEUR DES DROITS, *10 ans de droit à la non-discrimination*, actes de colloques, 2015, p. 72.

²²⁸⁰ Sur ce point, v. not. les propos de Emmanuelle Boussard Verrecchia *in* MEHREZ, F., « Justice du 21^e siècle : action de groupe en matière de discrimination », *Dalloz actualité*, 8 juillet 2015.

²²⁸¹ V. les propos de Emmanuelle Boussard Verrecchia *in ibidem*, not. : « Le nombre de cas laisse supposer l'existence d'une discrimination. Cela va forcément jouer sur la perception du juge d'autant que ce que l'on traque là est la discrimination systémique ».

d'efficacité les discriminations de masse fondées sur le sexe (*e.g.* inégalités salariales entre les femmes et les hommes résultant d'une politique d'entreprise), l'état de santé (*e.g.* refus systématique d'aménagement raisonnable), l'âge (*e.g.* mise à la retraite d'office), l'origine (*e.g.* contrôles au faciès) ou encore l'activité syndicale (*e.g.* retard dans l'évolution de carrière)²²⁸². L'amélioration du traitement des séries contentieuses ou « collections d'actions individuelles »²²⁸³ grâce à l'action de groupe permet, alors, de désengorger partiellement les juridictions et ainsi améliorer l'administration de la justice. Il était en ce sens possible d'espérer l'avènement d'une « ère nouvelle, celle d'une efficacité accrue, d'une effectivité mieux assurée, dans les stratégies de lutte judiciaire contre les "discriminations collectives" »²²⁸⁴.

622. Il convient enfin de relever le potentiel effet dissuasif de l'action de groupe. L'éventuelle condamnation pécuniaire tout comme la médiatisation des affaires, de nature à considérablement nuire à l'image du défendeur, constituent des instruments forts de dissuasion. Servie en aval par la réparation du préjudice subi et la satisfaction du droit à la non-discrimination, la réalisation du droit de la non-discrimination le serait également en amont, en raison de la sensibilisation aux types de pratiques organisationnelles susceptibles de constituer une discrimination. Cette sensibilisation peut contribuer à entraîner une mise en conformité volontaire des pratiques et mesures avec l'interdiction de la discrimination afin d'éviter une condamnation et des coûts financiers conséquents. Le potentiel dissuasif de l'action de groupe serait tel que, pour certains auteurs, il se manifesterait par une anticipation aboutissant à la transformation préventive des pratiques organisationnelles²²⁸⁵.

2) Une rapide remise en cause

623. Le bénéfice des avantages relatés ci-dessus demeurerait néanmoins conditionné par la qualité des mécanismes procéduraux ayant vocation à faire de l'action de groupe un instrument de

²²⁸² Sur le ciblage spécifique de ces critères de discrimination, v. PÉCAUT-RIVOLIER, L., *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, *op. cit.*, p. 2.

²²⁸³ SERVERIN, E., et GUIOMARD, F. (dir.), *Des revendications des salariés en matière de discrimination et d'égalité. Les enseignements d'un échantillon d'arrêts extrait de la base JURICA (2007-2010)*, rapport réalisé avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, 2013, p. 171-172.

²²⁸⁴ ADAM, P., « L'action de groupe discrimination. La prudente audace d'une réforme majeure », *Dr. Soc.*, 2017, p. 638 et s. : « Oubliés les inconvénients des actions individuelles sérielles, dépassées les limites de l'action syndicale dans l'intérêt collectif de la profession (exercée à titre principal ou par intervention), rangée au musée des bricoles inutiles l'action syndicale (et nominative) de substitution ! ». V. aussi LOISEAU, G. et MARTINON, A., « Discriminations : action collective ou action de groupe ? », *LCS*, n° 273, 2015, p. 191 ; TIN, L.-G., ALLAL, M. T. et LEMAIRE, S., *Discrimination : s'unir pour ne plus subir*, note de synthèse, Terra Nova, 19 juin 2014 ; DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité. 2015*, *op. cit.*, p. 27.

²²⁸⁵ Not. : ADAM, P., « L'action de groupe discrimination. La prudente audace d'une réforme majeure », *loc. cit.* ; CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Année 2015*, *op. cit.*, p. 136 ; MEHREZ, F., « Justice du 21^e siècle : action de groupe en matière de discrimination », *loc. cit.*

réalisation du droit, pour ne pas se limiter à un simple « affichage politique »²²⁸⁶ ou, pire, à une complexification des voies de droit ouvertes aux victimes. La lecture du rapport Béval remis en 2009 sur demande du Conseil d'État dans le but d'envisager la création d'une action de groupe en droit administratif n'était sur ce point que peu rassurante. L'objectif recherché reposait moins sur la réalisation du droit que sur la « recherche d'efficacité qui a essentiellement pour objet d'améliorer le service rendu au justiciable tout en en réduisant le coût du traitement d'un dossier contentieux pour la collectivité publique, qu'il s'agisse, du reste, tant du coût pour les juridictions elles-mêmes que pour les administrations attraites devant elle »²²⁸⁷. La priorisation d'une réduction des coûts était ici pleinement assumée, y compris pour les défendeurs. Le risque était alors que les garanties posées sept ans plus tard par la loi J21 obéissent davantage à l'impératif d'efficacité et d'économie qu'à celui de réparation du préjudice subi par les victimes de discrimination. Les critiques à l'encontre de l'action de groupe en matière de discrimination n'ont, à ce titre, guère tardé à émerger.

624. C'est en premier lieu le champ d'application de l'action de groupe qui fut dénoncé. Le projet de loi relatif à la modernisation de la justice du XXI^e siècle fut parfois considéré comme une « sorte de modèle réduit » de l'action de groupe, miné par des « dérogations critiquables [...] réduisant sensiblement son effectivité »²²⁸⁸. Il ne s'agissait pas d'une consécration générale de l'action de groupe mais d'un mécanisme sectoriel qui se limitait à étendre à quatre secteurs (le droit de la non-discrimination, le droit de l'environnement, le droit de la santé et la protection des données personnelles) les possibilités offertes jusque-là au seul droit de la consommation. Le dispositif instituait de plus trois sous-dispositifs en matière de discrimination (Code du travail, loi Le Pors, loi du 27 mai 2008) qui reflétaient la fragmentation préexistante du droit²²⁸⁹ et renforçaient un peu plus son illisibilité et sa complexité.

625. Ce sont en continuité l'illisibilité et la complexité du cadre juridique introduit en droit interne qui furent prises pour cibles. Plusieurs auteurs se sont ainsi élevés pour fustiger un dispositif duquel se dégageait une impression de « grande complexité de la procédure »²²⁹⁰, qui débouchait sur des avancées « trop timorées et parfois difficiles à lire »²²⁹¹. Frédéric Guiomar s'interrogeait même sur les raisons de l'introduction en droit français de cette innovation. Il déplorait l'adoption d'une « loi

²²⁸⁶ CNCNDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Année 2015, op. cit.*, p. 136.

²²⁸⁷ BÉLAVAL, P. (dir.), *L'action collective en droit administratif*, groupe de travail interne au Conseil d'État, 2009, en ligne, [URL : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00685958/document>], p. 4. Relevé not. in HACHEMI, A., « L'action de groupe devant la juridiction administrative », *RDP*, n° 5, 2017, p. 1203.

²²⁸⁸ AMRANI-MEKKI, S., « L'action de groupe du 21^e siècle. Un modèle réduit et réducteur ? », *JCP*, n° 45, 2015, p. 2029.

²²⁸⁹ V. ici GUIOMAR, F., « L'action de groupe dans le projet de loi sur la justice du XXI^e siècle : un texte d'anesthésie ? », *RDT*, 2016, p. 52 et s.

²²⁹⁰ KEBIR, M., « Décret relatif à l'action de groupe du 21^e siècle : précisions procédurales », *loc. cit.*

²²⁹¹ AMRANI-MEKKI, S., « Le socle commun procédural de l'action de groupe de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *JCP*, n° 50, 2016, p. 2310

d'anesthésie » composée d'un « ensemble de dispositions opaques, [...] singulièrement illisibles, et dont l'inutilité dans l'ordre juridique [était] patente » en raison d'une « articulation mal maîtrisée entre la procédure générale et les dispositions spéciales », d'une « vision excessivement formaliste du déroulement de l'action », et d'une « complexité des procédures mises en œuvre »²²⁹². En somme, pour l'auteur, « si jamais ce texte était adopté, il ne serait utilisable que de façon anecdotique dans la lutte contre les discriminations »²²⁹³.

626. Ce dernier point, relatif à l'inefficacité de la procédure, au-delà du constat de sa complexité, est davantage problématique. La doctrine partageait largement cette crainte que les modalités concrètes de mise en œuvre – fussent-elles complexes – viennent en outre priver le mécanisme de son efficacité²²⁹⁴. Certains auteurs soulignaient que l'audace du législateur cédait alors le pas à sa prudence, y voyant en transparence un signe de compromission au détriment des requérants²²⁹⁵. D'autres doutaient de l'utilité du mécanisme et de l'intérêt qu'auraient les justiciables d'y recourir du fait de la complexité de la procédure retenue et des conditions strictes déterminant son déclenchement²²⁹⁶. Le Défenseur des droits rejoignait lui aussi le consensus critique et craignait que les difficultés ne persistent (*e.g.* difficile accessibilité des juridictions, délais procéduraux excessifs) en dépit de l'adoption de la loi J21²²⁹⁷, vouée à n'être qu'une simple « loi de papier »²²⁹⁸. Poussant la critique plus avant, la contribution de l'action de groupe à la revendication du droit à la non-discrimination pourrait être éprouvée, notamment en ce qu'elle organise la mise à l'écart du traitement contentieux et du principe de réparation intégrale du préjudice.

B. Une action visant la simple cessation amiable, négociée et collective de l'atteinte

627. La première défaillance de l'action de groupe face à l'impératif de réalisation du droit de la non-discrimination résulte de la complexification de l'accès aux juridictions qu'elle était pourtant censée faciliter. La mise sous conditions, matérielles et personnelles, de l'engagement de l'action ne

²²⁹² GUIOMAR, F., « L'action de groupe dans le projet de loi sur la justice du XXI^e siècle : un texte d'anesthésie ? », *loc. cit.*

²²⁹³ *Ibidem.*

²²⁹⁴ *Inter alia* : CLÉMENT, E., « L'action de groupe : un remède efficace contre les discriminations ? », *loc. cit.* ; ORIF, V., « L'élaboration dans la loi J21 d'un modèle général d'action de groupe : un essai à transformer », *Gaz. Pal.*, n° 5, 2017, p. 80 ; SERENO, S., « Les actions de groupe issues de la loi J21 : outil de modernisation de la justice (sociale) ? », *Gaz. Pal.*, n° 20, 2017, p. 86.

²²⁹⁵ ADAM, P., « L'action de groupe discrimination. La prudente audace d'une réforme majeure », *loc. cit.*

²²⁹⁶ ORIF, V., « L'élaboration dans la loi J21 d'un modèle général d'action de groupe : un essai à transformer », *loc. cit.* ; SERENO, S., « Les actions de groupe issues de la loi J21 : outil de modernisation de la justice (sociale) ? », *loc. cit.* ; GUIOMAR, F., « L'action de groupe dans le projet de loi sur la justice du XXI^e siècle : un texte d'anesthésie ? », *loc. cit.* ; CLÉMENT, E., « L'action de groupe : un remède efficace contre les discriminations ? », *loc. cit.*

²²⁹⁷ DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité. 2016*, *op. cit.*, p. 95.

²²⁹⁸ GUIOMAR, F., « L'action de groupe dans le projet de loi sur la justice du XXI^e siècle : un texte d'anesthésie ? », *loc. cit.*

permet pas pleinement d'ériger cet outil nouveau en un moyen de traitement contentieux massif de la discrimination (1). L'engagement de cette action débouche par ailleurs sur une négociation amiable de la cessation du manquement, voire de l'indemnisation, reléguant l'intervention judiciaire à un rôle largement secondaire (2).

1) Une action contentieuse limitée par sa mise sous conditions, matérielles et personnelles

628. Les failles du cadre général de l'action de groupe se manifestent dès la mention de son objet, à l'article 62 de la loi J21 : « lorsque plusieurs personnes placées dans une situation similaire subissent un dommage causé par *une même personne*, ayant pour cause commune *un manquement de même nature* à ses obligations légales ou contractuelles, une action de groupe peut être exercée en justice »²²⁹⁹. Une telle conception pourrait se révéler problématique au regard de l'appréhension de la discrimination systémique. Comme le souligne Marie Mercat-Bruns, les discriminations systémiques « ne dérivent pas forcément d'une stratégie intentionnelle d'un auteur précis issu des rangs de l'entreprise »²³⁰⁰. Au contraire, elles « peuvent émaner de plusieurs auteurs ou de pratiques perpétrées dans plusieurs filiales d'un groupe, dans un métier, ou à différents niveaux hiérarchiques »²³⁰¹. L'exigence d'une imputabilité à une seule et même personne ainsi que la nécessité d'une causalité commune, à savoir un seul manquement de « même nature », auraient pour effet de complexifier la contestation des discriminations structurelles engendrées par un ensemble de pratiques organisationnelles et décisionnelles²³⁰², notamment dans l'emploi. Opportunément, les articles 86 à 88 de la loi J21, spécifiques à la discrimination en droit civil, en droit du travail et en droit administratif, ne reprennent pas explicitement l'exigence d'« un manquement de même nature ». Ils évoquent néanmoins « *un* manquement »²³⁰³. À la lueur de l'article 62 qui pose le cadre général, cette formulation pourrait potentiellement faire l'objet d'une interprétation restrictive par les juridictions, excluant alors la contestation d'une pluralité d'actes discriminatoires.

629. Les articles 86 et 88 reprennent en revanche distinctement l'exigence d'une imputabilité « à une même personne ». Ce choix peut surprendre si l'on considère, d'une part, que l'action de

²²⁹⁹ Nous soulignons.

²³⁰⁰ MERCAT-BRUNS, M., « L'identification de la discrimination systémique », *loc. cit.* V. aussi MERCAT-BRUNS, M., « Systemic Discrimination: Rethinking the Tools of Gender Equality », *European Equality Law Review*, n° 2, 2018, p. 1-18.

²³⁰¹ *Ibidem*.

²³⁰² SERENO, S., « Les actions de groupe issues de la loi J21 : outil de modernisation de la justice (sociale) ? », *loc. cit.*

²³⁰³ « L'action peut tendre à la cessation *du manquement* » (nous soulignons).

groupe en matière de consommation permet quant à elle d'assigner en justice plusieurs défendeurs²³⁰⁴ et, d'autre part, que l'intérêt de cette voie d'action reposait avant tout sur l'appréhension de la discrimination systémique²³⁰⁵. La dimension qui lui est conférée par la loi J21 nuance donc son intérêt²³⁰⁶. Sophie Sereno souligne en complément une autre limite, liée à l'exigence d'imputabilité du manquement à un auteur unique, en l'occurrence l'exclusion des contestations par ce biais des conventions collectives conclues par les organisations d'employeurs et les syndicats des salariés²³⁰⁷. Les articles 86 à 88, en précisant que le manquement doit engendrer une discrimination « fondée sur un même motif », écartent ensuite la possibilité de contester par ce biais des discriminations multiples, fondées sur plusieurs motifs de discrimination²³⁰⁸. Si le potentiel de l'innovation s'en trouvait ainsi réduit, il fut encore minimisé par la détermination des demandeurs possibles à l'action.

630. L'identité des possibles demandeurs à l'action diffère légèrement en fonction du fondement légal invoqué. Lorsque la loi du 27 mai 2008 sert de fondement, seuls sont habilités à agir deux acteurs : les associations intervenant dans la lutte contre les discriminations ou œuvrant dans le domaine du handicap, ainsi que celles dont l'objet statutaire comporte la défense d'un intérêt lésé par la discrimination en cause. Dans les deux cas, elles doivent avoir été déclarées régulièrement depuis au moins cinq ans²³⁰⁹. Lorsque le Code du travail sert de fondement à l'action, les associations intervenant dans la lutte contre les discriminations ou œuvrant dans le domaine du handicap peuvent également agir, mais uniquement au profit des candidats à l'emploi ou à un stage, et non au bénéfice des salariés. Seuls les syndicats représentatifs aux niveaux national, local ou de l'entreprise peuvent agir pour les salariés lésés en plus de pouvoir agir pour les candidats. La répartition des prérogatives est similaire lorsque la loi Le Pors fonde le recours. Les associations ne peuvent agir qu'au bénéfice des candidats à un emploi, un stage ou une formation, alors que les organisations syndicales représentatives de fonctionnaires – ainsi que le syndicat représentatif des magistrats de l'ordre judiciaire – peuvent également agir pour les agents publics. Cette répartition

²³⁰⁴ L'art. L. 423-1 du Code de la consommation se réfère en effet à « un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles ».

²³⁰⁵ V. les propos de Emmanuelle Boussard-Verrecchia, rapportés in MEHREZ, F. « Justice du 21^e siècle : action de groupe en matière de discrimination », *loc. cit.* : « ce que l'on traque là est la discrimination systémique ».

²³⁰⁶ En ce sens, v. MERCAT-BRUNS, M., « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ? », *op. cit.*, § 40 et MERCAT-BRUNS, M. et PERELMAN, J. (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination*, *op. cit.*, p. 145.

²³⁰⁷ SERENO, S., « Les actions de groupe issues de la loi J21 : outil de modernisation de la justice (sociale) ? », *loc. cit.* V. aussi MINÉ, M., *Droits des discriminations dans l'emploi*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 744.

²³⁰⁸ V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, II, B. Là encore, l'assertion ne fait pas obstacle à ce que les juridictions confèrent à la disposition une signification normative plus large. Sur ce point, v. AZAR-BAUD, M. J., « Action civile et discriminations : l'apport de l'action de groupe », *loc. cit.*

²³⁰⁹ Art. 86 de la loi J21.

des rôles est en conséquence marquée par un double monopole : celui des syndicats sur les travailleurs et celui des associations en dehors de la sphère de l'emploi.

631. Surtout, et là réside l'enjeu principal, le privilège de l'action de groupe n'est réservé qu'à certaines associations et à certains syndicats. Plusieurs impératifs ont été avancés pour justifier cette restriction : éviter « que la dispersion des titulaires ne conduise à une multiplication incontrôlée et incontrôlable d'actions plus ou moins sérieuses » ; réserver l'action à « ceux qui ont traditionnellement en charge la défense de l'intérêt collectif des travailleurs » ; ou encore éviter « tout risque de dérives communautaristes », c'est-à-dire éviter « le danger [...] que des associations ayant pour objet la défense de certaines minorités s'engouffrent dans la brèche »²³¹⁰. Loin de convaincre la doctrine, ces justifications n'ont pas empêché que cette restriction drastique des potentiels demandeurs à l'action soit fustigée, considérée comme trop exigeante et inefficace.

632. Comme mentionné ci-dessus, seules certaines associations se voient offrir la possibilité d'agir dans le cadre de l'action de groupe – avec de surcroît un mandat limité. À l'instar des actions de substitution, la condition d'existence préalable de cinq années est exigée afin de privilégier l'expérience associative²³¹¹. Les rapporteurs du texte à l'Assemblée nationale légitimaient cette restriction par le fait que « l'engagement d'une action de groupe suppose des compétences juridiques et un sérieux reconnus »²³¹². Au-delà des critiques d'ores et déjà formulées à l'encontre de cette exigence²³¹³, l'argument des rapporteurs semble éminemment contestable pour au moins deux raisons. D'une part, il fait dériver la compétence et le sérieux de l'ancienneté. D'autre part, il vise à conditionner l'action en justice à une exigence de compétence juridique. Sont ainsi écartées les associations nouvellement constituées aux fins de l'action²³¹⁴. Or, comme le relèvent le Défenseur des droits et le Conseil national des Barreaux, le regroupement des victimes aurait mérité d'être encouragé, notamment en laissant ouverte la possible création d'une association en vue de l'action²³¹⁵. Cette « rigueur excessive »²³¹⁶ de la loi J21 comporte à défaut un « risque important de

²³¹⁰ ADAM, P., « L'action de groupe discrimination. La prudente audace d'une réforme majeure », *loc. cit.*

²³¹¹ V. not. BUGADA, A., « L'action de groupe en matière de discrimination dans les relations de travail », *JCP S*, n° 4, 2017, p. 1028 et s.

²³¹² ASSEMBLÉE NATIONALE (CLÉMENT J-M et LE BOUILLONEC J-Y.), *Rapport de la commission des lois n° 3726, op. cit.*, p. 278.

²³¹³ Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, I, B, 1).

²³¹⁴ ASSEMBLÉE NATIONALE (CLÉMENT J-M et LE BOUILLONEC J-Y.), *Rapport de la commission des lois n° 3726, op. cit.*, p. 276.

²³¹⁵ DÉFENSEUR DES DROITS, Avis n° 15-23 concernant le projet de loi n° 661 portant application des mesures relatives à la justice du XXIème siècle, 28 octobre 2015, p. 5 ; TUFFAL-NERSON, V., « Le recours collectif, prochain enjeu de l'accès au droit en matière de discrimination », *in* DÉFENSEUR DES DROITS, *10 ans de droit à la non-discrimination*, actes de colloques, octobre 2015, p. 125. V. encore HACHEMI, A., « L'action de groupe devant la juridiction administrative », *loc. cit.*

²³¹⁶ BLANCO, F., « L'action de groupe en reconnaissance de responsabilité devant le juge administratif », *loc. cit.*

non-recours à ce dispositif »²³¹⁷ qui ne permet pas à l'action de groupe de « tenir ses promesses »²³¹⁸. Par ailleurs, l'exigence d'une spécialisation du mandat social axé autour de la lutte contre les discriminations ne semblait en rien indispensable pour s'assurer de l'intérêt à agir du demandeur, d'autant plus que le secteur associatif ne couvre pas la totalité des motifs de discrimination²³¹⁹. Et lorsque de telles associations existent, encore faut-il qu'elles disposent des fonds et de la solidité nécessaires pour porter une telle action, ce qui présente une difficulté supplémentaire.

633. Il ne suffit pas en effet qu'un demandeur potentiel existe pour que celui-ci agisse. Son action est, entre autres, conditionnée par un intérêt²³²⁰ et une capacité financière. À cet égard, il est à craindre que certains groupes de victimes peinent à rallier à leur cause des syndicats ou associations pour engager un processus aussi lourd que l'action de groupe, que ce soit en raison d'un désintérêt ou en raison de l'ampleur de la tâche²³²¹. Relevant le risque intrinsèque d'une limitation de « l'accès collectif au prétoire en le subordonnant au bon vouloir [et à la capacité] d'un tiers »²³²², le Défenseur des droits et le Conseil national des Barreaux ont tenté – sans succès – d'alarmer les pouvoirs publics sur « l'inexistence d'associations suffisamment solides pour s'aventurer dans de tels contentieux »²³²³. Le poids matériel, humain, mais aussi financier de l'action – au regard des éventuels dépens et frais irrépétibles – repose pleinement sur l'association ou le syndicat²³²⁴. Alors qu'ils pourraient permettre d'alléger le fardeau financier pour favoriser l'action contentieuse, les honoraires de résultats ne sont pas autorisés en France²³²⁵. Surtout, la loi J21 aurait pu instituer un fonds de financement des actions collectives. La création d'un tel fonds²³²⁶ fut pourtant mise en

²³¹⁷ DÉFENSEUR DES DROITS, Avis n° 15-23, *op. cit.*, p. 5.

²³¹⁸ TUFFAL-NERSON, V., « Le recours collectif, prochain enjeu de l'accès au droit en matière de discrimination », *op. cit.*, p. 125.

²³¹⁹ En ce sens, v. EYDOUX, P., « Stratégies contentieuses et perspectives », *op. cit.* p. 72.

²³²⁰ BOULMIER, D., « Pot-pourri des acteurs de la justice sociale », *Dr. Soc.*, 2017, p. 584 et s. : « Pour que l'action de groupe prenne son essor, encore faut-il que "le syndicat représentatif" trouve un (son) intérêt à engager l'action ; à défaut d'intérêt pour cet acteur, pas d'avenir à cette action de groupe ».

²³²¹ V. DÉFENSEUR DES DROITS, Avis n° 15-23, *op. cit.*, p. 5 et *idem*, p. 73.

²³²² DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité. 2015*, *op. cit.*, p. 28. Le rapport poursuit : « Cette position est d'autant plus justifiée par la limitation des moyens dont disposent les syndicats et les associations qui, une fois mobilisés par quelques lourds contentieux, ne seront plus [...] en mesure d'offrir un accès au recours collectif ».

²³²³ TUFFAL-NERSON, V., « Le recours collectif, prochain enjeu de l'accès au droit en matière de discrimination », *op. cit.*, p. 125.

²³²⁴ HACHEMI, A., « L'action de groupe devant la juridiction administrative », *loc. cit.*

²³²⁵ Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, I, A, 1). V. aussi COMMISSION EUROPÉENNE, Recommandation du 11 juin 2013 (2013/396/UE), *op. cit.*, § 29-30 : « Les États membres devraient veiller à ce que la rémunération des avocats et son mode de calcul ne créent aucune incitation à engager des procédures judiciaires qui ne soient pas nécessaires dans l'intérêt des parties. Les États membres ne devraient pas permettre le versement d'honoraires de résultat qui risquent de créer une telle incitation. Les États membres qui, à titre exceptionnel, autorisent des honoraires de résultat devraient prévoir une réglementation nationale appropriée de ces honoraires en cas de recours collectif, compte tenu notamment du droit des membres d'un groupe constituant la partie demanderesse à obtenir une réparation intégrale ». Sur ce point, v. CLÉMENT, E., « L'action de groupe : un remède efficace contre les discriminations ? », *loc. cit.*

²³²⁶ Sur cette question, v. aussi ADAM, P., « L'action de groupe discrimination. La prudente audace d'une réforme majeure », *loc. cit.*

échec²³²⁷, en dépit de l'exemple québécois²³²⁸, des recommandations du Défenseur des droits²³²⁹, et des initiatives parlementaires²³³⁰. Le déclenchement de l'action de groupe se trouve en définitive conditionné à la fois par l'existence des acteurs collectifs appropriés, par leur intérêt à l'action, ainsi que par leur capacité financière.

634. Constatant l'insuffisance du dispositif actuel, plusieurs acteurs ont envisagé l'hypothèse d'un élargissement des demandeurs. Si certaines législations étrangères permettent que l'action de groupe soit portée par une personne physique²³³¹, cette perspective n'a jamais été sérieusement envisagée en France. Selon Laurence Pécaut-Rivolier, un individu isolé ne disposerait pas de la légitimité suffisante pour porter l'intérêt collectif et agir en fonction²³³². Le Défenseur des droits a en revanche recommandé d'ouvrir l'action de groupe à « tout collectif de personnes se réunissant pour les [besoins] de l'action »²³³³. Le Conseil national des Barreaux plaidait quant à lui en faveur d'une suppression du « filtre de l'association » ou, *a minima*, d'une ouverture de l'action au profit des associations de victimes constituées à cet effet²³³⁴. Il souhaitait à titre subsidiaire que l'action d'associations de victimes soit possible dans quatre situations : lorsqu'il n'existe aucune association susceptible d'introduire l'action, lorsqu'une association mise en demeure n'a pas agi, lorsque l'association pressentie ne dispose pas des ressources matérielles pour agir ou encore lorsqu'il existe un conflit d'intérêts avec elle²³³⁵. Le filtre fut cependant maintenu, en dépit de ces préconisations, et malgré le fait que « l'écran de l'association ou du syndicat n'apparaît ni vecteur d'accès au droit, ni garant de l'efficacité technique et juridique du recours »²³³⁶.

635. Loin d'être le fruit des maladroites, cette limitation de l'accès à l'action de groupe en matière de discrimination résulte, selon Sophie Latraverse, d'une « pression forte du patronat sur le gouvernement »²³³⁷ pour limiter l'évolution des droits. Elle traduit une tendance à l'opposition

²³²⁷ Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, I, B, 1).

²³²⁸ Loi sur le fonds d'aide aux actions collectives, RLRQ c F-3.2.0.1.1 et Règlement sur le pourcentage prélevé par le Fonds d'aide aux recours collectifs, RLRQ, R-2.1, r.2.

²³²⁹ DÉFENSEUR DES DROITS, Avis n° 15-23, *op. cit.*, v. fiche annexe 2, p. 22-23.

²³³⁰ Amendement CS 1072 déposé par les rapporteurs en Commission spéciale le 16 juin 2016.

²³³¹ Art. 5, d) de la Loi sur le Fonds d'aide aux actions collectives et 575 du Code de procédure civile du Québec.

²³³² PÉCAUT-RIVOLIER, L., *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, *op. cit.*, p. 103 : « L'idée d'action collective sous-tend une capacité de son initiateur à défendre un intérêt collectif, ce qui, au moins dans la culture juridique française, ne peut être reconnu à un salarié individuel ». V. encore CLÉMENT, E., « L'action de groupe : un remède efficace contre les discriminations ? », *loc. cit.* : « Le salarié victime d'une discrimination ne peut pas exercer une action collective, ni en être directement initiateur. On approuvera sans réserve cette impossibilité dès lors qu'en droit du travail, un salarié dénué de tout mandat représentatif n'a pas qualité pour agir au nom de l'intérêt collectif ».

²³³³ DÉFENSEUR DES DROITS, Avis n° 15-23, *op. cit.*, p. 5.

²³³⁴ TUFFAL-NERSON, V., « Le recours collectif, prochain enjeu de l'accès au droit en matière de discrimination », *op. cit.*, p. 125.

²³³⁵ *Ibidem*. V. aussi EYDOUX, P., « Stratégies contentieuses et perspectives », *op. cit.*, p. 73-73.

²³³⁶ TOUBON, J., « L'avenir du droit à la non-discrimination », in DÉFENSEUR DES DROITS, *10 ans de droit à la non-discrimination*, actes de colloques, octobre 2015, p. 133.

²³³⁷ LATRAVERSE, S., « France : le jeu des acteurs », in MERCAT-BRUNS, M. et OPPENHEIMER, D. B. (dir.), *Comparative Perspectives on the Enforcement and Effectiveness of Antidiscrimination Law. Challenges and Innovative Tools*, *op. cit.*, p. 202-203.

systématique « de certains syndicats d'employeurs, qui estiment que la protection d'employés non productifs (femmes enceintes, salariés malades ou handicapés), et le coût de la correction des inégalités représentent des charges démesurées pour les entreprises altérant leur compétitivité »²³³⁸. La double limitation de l'objet de l'action de groupe et des demandeurs potentiels ne semble en conséquence en rien renforcer l'accessibilité des autorités d'application du droit. Ce constat s'aggrave lorsqu'il est saisi à la lueur de l'essence idéologique de cette réforme, qui consiste à reléguer les prétoires au second plan en évitant, à tout prix, le règlement contentieux au profit du règlement amiable.

2) L'action contentieuse comme instrument auxiliaire d'une cessation amiable privilégiée

636. De la lecture des dispositions de la loi J21 et de son décret d'application ressortent deux constats essentiels. Le premier concerne la priorisation des objectifs de l'action de groupe. Au premier plan se trouve la cessation du manquement, en soi et pour soi, à savoir le simple fait de stopper le comportement ou la mesure discriminatoire, sans autre considération. Là est la priorité, la raison d'être de l'action de groupe. Ce n'est qu'au second plan qu'émerge l'objectif d'indemnisation – étant entendu qu'il serait abusif au regard des restrictions envisagées ci-après d'évoquer une réparation du préjudice. Le second constat s'attache à la nature du processus visant à atteindre ces deux objectifs. Contrairement à plusieurs expériences étrangères qui font rimer *class actions* et juridictionnalisation, la loi du 18 novembre 2016 accorde une place prépondérante à la négociation amiable qui constitue le procédé privilégié en vue de la cessation du manquement²³³⁹, puis en vue de l'indemnisation. L'intervention juridictionnelle est en somme reléguée au statut de menace instrumentale, d'épée de Damoclès auxiliaire. Cette relégation de l'intervention du juge reflète la prise en compte des intérêts défendus par des acteurs économiques réticents (*e.g.* Mouvement des entreprises de France) qui, comme le souligne, Patrice Adam, insistaient sur le « risque de dérives – dont certains systèmes étrangers porteraient l'anxiogène témoignage – de nature "à faire peser sur les entreprises une menace constante de judiciarisation, extrêmement lourde de conséquences" financières et "réputationnelles" »²³⁴⁰. Face à ce risque et afin de préserver

²³³⁸ *Ibidem*.

²³³⁹ Sur la désignation et le rôle potentiel d'un tiers en vue de la mise en œuvre des mesures permettant la cessation du manquement, v. l'art. 1 du décret n° 2017-888 du 6 mai 2017 relatif à l'action de groupe et à l'action en reconnaissance des droits. Certains auteurs ont pu plaider en faveur d'un rôle accru du Défenseur des droits par ce biais. V. not. BUGADA, A., « L'action de groupe en matière de discrimination dans les relations de travail », *loc. cit.* V. aussi sur le rôle potentiel de ce tiers MERCAT-BRUNS, M., « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ? », *op. cit.*, § 43-45.

²³⁴⁰ ADAM, P., « L'action de groupe discrimination. La prudente audace d'une réforme majeure », *loc. cit.*

des « intérêts politiques et économiques puissants »²³⁴¹, la voie d'une simple négociation de la cessation amiable du manquement fut privilégiée.

637. Cette optique se traduit notamment par l'obligation faite au demandeur (*i.e.* l'association ou le syndicat) de mettre en demeure la personne contre laquelle elle compte agir par la voie de l'action de groupe afin que celle-ci mette un terme au comportement discriminatoire²³⁴². En matière d'emploi, public ou privé, la mise en demeure est remplacée par une demande datée de cessation du manquement formulée auprès de l'employeur²³⁴³ – bien que derrière le vernis sémantique, l'esprit demeure identique. Cette sommation préalable à la saisine juridictionnelle a vocation à offrir un premier temps de négociation pour aboutir à une cessation amiable du manquement éventuel et, selon l'exposé des motifs du projet de loi, ainsi « éviter toute judiciarisation inutile [pour] privilégier la voie consensuelle »²³⁴⁴.

638. Non seulement une sommation préalable à l'action contentieuse est nécessaire mais, de surcroît, l'absence de réponse à cette sommation neutralise l'action. À compter de la réception de la mise en demeure, l'association ou le syndicat devra patienter quatre mois avant de pouvoir intenter l'action lorsque celle-ci est fondée sur la loi du 27 mai 2008 – hors emploi²³⁴⁵. En matière de discrimination dans l'emploi, public ou privé, ce délai est augmenté à six mois, que la discrimination alléguée soit commise à l'encontre de candidats à l'emploi ou à la formation, de salariés ou d'agents publics. Seul le rejet explicite de la demande par l'employeur permet d'engager l'action sans attendre l'échéance des six mois²³⁴⁶. L'imposition de ce délai en sus de l'exigence d'une sommation préalable permet de laisser la possibilité au défendeur de mettre un terme au comportement litigieux en amont de la saisine. Plus expressément, à en croire les rapporteurs du texte, il est surtout question de conférer une forme de protection à l'employeur en lui permettant « d'éviter le lancement d'une action de groupe à son encontre »²³⁴⁷.

639. Si les procédures envisagées par la loi J21 et par son décret d'application n'imposent pas un véritable mode alternatif de résolution des conflits, elles imposent cependant une « obligation générale de tentative de résolution précontentieuse »²³⁴⁸. L'irrecevabilité – potentiellement soulevée d'office – de la demande qui ne respecte pas cette exigence de sommation préalable et le délai de

²³⁴¹ CROZE, H., « Un droit commun de l'action de groupe ? », *loc. cit.*

²³⁴² Art. 64 de la loi J21.

²³⁴³ Art. 87 et 88 de la loi J21.

²³⁴⁴ Exposé des motifs de la loi J21, en ligne, [URL : <https://www.legifrance.gouv.fr>].

²³⁴⁵ Art. 64 de la loi J21.

²³⁴⁶ Art. 87 et 88 de la loi J21.

²³⁴⁷ ASSEMBLÉE NATIONALE (CLÉMENT J-M et LE BOUILLONEC J-Y.), *Rapport de la commission des lois n° 3726, op. cit.*, p. 280.

²³⁴⁸ SERENO, S., « Les actions de groupe issues de la loi J21 : outil de modernisation de la justice (sociale) ? », *loc. cit.*

carence imposé sanctionne alors « le défaut de tentative de résolution amiable »²³⁴⁹. Par ailleurs, l'imposition d'un délai de six mois peut surprendre. D'abord, parce que cette durée est supérieure à celle imposée pour les autres actions de groupe, y compris en matière de discrimination fondée sur la loi de 2008, ce qui peut paraître difficilement justifiable sauf à considérer les « intérêts économiques puissants » mentionnés ci-dessus. Ensuite, parce que ce délai peut sembler excessif pour un acte qui engendre fréquemment un préjudice matériel important et qui constitue potentiellement un délit pénal²³⁵⁰. Les rapporteurs du texte avaient proposé de réduire le délai de carence à deux mois en cas d'inaction de l'employeur, et de le maintenir à six mois en cas de volonté expresse d'organiser la cessation du manquement²³⁵¹. La proposition ne fut pas retenue. Dès lors, pour certains auteurs, « il serait tentant de supposer que le but poursuivi n'est pas uniquement de filtrer l'accès au prétoire, mais aussi de protéger [le défendeur] »²³⁵², d'autant plus que les justifications susceptibles de fonder l'allongement du délai de carence à six mois ne semblent guère convaincantes.

640. Une justification potentielle pourrait être la nécessité d'informer dans ce délai les institutions représentatives du personnel et les organisations syndicales²³⁵³. Considérant que cette procédure d'information obligatoire applicable en droit du travail n'est pas prévue par la loi J21 en cas d'action de groupe fondée sur la loi Le Pors²³⁵⁴, qui prévoit pourtant également un délai de six mois, il semble peu probable qu'elle explique la durée du délai. Une autre explication potentielle a été avancée par les rapporteurs du texte, tant à l'Assemblée nationale qu'au Sénat. Ces derniers précisait que cette phase de négociation obligatoire préalable avait vocation à « remédier à la discrimination sans remettre en cause la relation de travail »²³⁵⁵ ou, formulé autrement, à « trouver une solution qui permette de remédier à la discrimination sans hypothéquer leur relation de

²³⁴⁹ *Ibidem*.

²³⁵⁰ V. ici HACHEMI, A., « L'action de groupe devant la juridiction administrative », *loc. cit.*

²³⁵¹ ASSEMBLÉE NATIONALE (CLÉMENT J-M et LE BOUILLONEC J-Y.), *Rapport de la commission des lois n° 3726, op. cit.*, p. 320.

²³⁵² HACHEMI, A., « L'action de groupe devant la juridiction administrative », *loc. cit.*

²³⁵³ Art. 87 de la loi J21 : « Dans un délai *d'un mois* à compter de la réception de cette demande, l'employeur en informe le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel, ainsi que les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise. À la demande du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, ou à la demande d'une organisation syndicale représentative, l'employeur engage une discussion sur les mesures permettant de faire cesser la situation de discrimination collective alléguée » (nous soulignons). En ce sens, v. SERENO, S., « Les actions de groupe issues de la loi J21 : outil de modernisation de la justice (sociale) ? », *loc. cit.*

²³⁵⁴ Le propos est à nuancer au regard de l'art. 5 du décret d'application du 6 mai 2016, introduisant l'art. R. 77-11-2 au sein du CJA : « 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 » (nous soulignons).

²³⁵⁵ ASSEMBLÉE NATIONALE (CLÉMENT J-M et LE BOUILLONEC J-Y.), *Rapport de la commission des lois n° 3726, op. cit.*, p. 319.

travail »²³⁵⁶. Par cette affirmation, ils entérinaient le lien de causalité entre la revendication du droit à la non-discrimination et la remise en cause des relations de travail qui, dans ce cas, procéderait d'actes de représailles. L'ineffectivité du droit en matière de protection des victimes de discrimination à l'encontre des représailles²³⁵⁷ est alors conçue comme fondement légitime à la dérivation du contentieux, au bénéfice d'une procédure extrajudiciaire fondée sur la négociation obligatoire, et ce, malgré la subordination des requérants au défendeur du fait de la relation de travail²³⁵⁸.

641. *In fine*, il est possible de conclure à une restriction paradoxale. En rendant obligatoire cette phase préalable de négociation, la loi J21 érige un « obstacle supplémentaire à l'action alors même que l'action de groupe est ouverte pour combattre l'inertie des victimes et renforcer leur accès au juge »²³⁵⁹. Si l'objectif était simplement d'encourager la négociation en amont, il aurait été possible de se contenter du décret du 11 mars 2015 qui encourage la résolution amiable des différends²³⁶⁰.

642. Loin de s'arrêter à ce stade précontentieux, le processus de négociation imprègne largement l'action de groupe, y compris en cas d'indemnisation des victimes. Lorsque le premier filtre est franchi, le juge est amené à statuer sur la responsabilité du défendeur. En cas de discrimination avérée, il est dessaisi et s'amorce une seconde phase de négociation portant cette fois non sur la cessation du manquement mais sur la détermination de l'indemnité adéquate pour les victimes. Deux voies s'ouvrent à l'association ou au syndicat demandeur. Dans le premier cas (*i.e.* la procédure individuelle), les victimes formulent directement ou indirectement par l'intermédiaire de l'organisme collectif une demande d'indemnisation au responsable. Il appartient ensuite à ce dernier de répondre à cette demande²³⁶¹ et, en cas de désaccord sur le montant, l'affaire peut être renvoyée devant la juridiction qui est amenée à trancher²³⁶². Dans le second cas (*i.e.* procédure collective), les victimes peuvent se rallier au groupe sur demande formulée auprès de l'association ou du syndicat qui vaut mandat de représentation²³⁶³ et habilitation à négocier avec le responsable sur le montant

²³⁵⁶ SÉNAT (DÉTRAGNE, Y.), *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles sur le projet portant application des mesures relatives à la justice du XXI^{ème} siècle*, n° 121, enregistré le 28 octobre 2015, p. 118.

²³⁵⁷ Sur ce point, v. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, I.

²³⁵⁸ À noter que cette dynamique se retrouve également lorsque sont envisagées les médiations extrajudiciaires devant la HALDE. V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, I.

²³⁵⁹ AMRANI-MEKKI, S., « L'action de groupe du 21^e siècle. Un modèle réduit et réducteur ? », *loc. cit.*

²³⁶⁰ V. not. *ibidem*.

²³⁶¹ « Le principe est celui de l'exécution spontanée par la personne jugée responsable » (SERENO, S., « Les actions de groupe issues de la loi J21 : outil de modernisation de la justice (sociale) ? », *loc. cit.*).

²³⁶² Art. 69 à 71 de la loi J21. La juridiction saisie doit alors vérifier à ce stade que les conditions de rattachement de la victime au groupe sont réunies.

²³⁶³ Sur les effets du mandat de représentation conféré par l'adhésion des victimes au groupe mené par l'organisation collective, v. not. KEBIR, M., « Décret relatif à l'action de groupe du 21^e siècle : précisions procédurales », *loc. cit.*

de l'indemnisation selon une méthode ou dans un cadre déterminé par le juge²³⁶⁴. Cette voie est néanmoins conditionnée par la demande expresse de l'association ou du syndicat, par la nature des préjudices²³⁶⁵ ainsi que par l'appréciation du magistrat²³⁶⁶. À l'issue de la négociation qui doit intervenir dans un délai fixé en amont par la juridiction saisie, il appartient au juge d'homologuer l'accord conclu entre le l'association ou le syndicat et le responsable de discrimination. En cas de refus d'homologation, une nouvelle période de négociation sur le montant de l'indemnisation intervient pendant deux mois. Si celle-ci échoue, le juge peut être de nouveau saisi pour trancher. La procédure individuelle reste ouverte pour les victimes à défaut de saisine²³⁶⁷.

643. Cette prééminence accordée à la négociation, tant avant la saisine qu'après le jugement concluant à la responsabilité du défendeur, a suscité de vives critiques de la part de la doctrine. Comme le relève Frédéric Guiomar, la loi J21 « édulcore systématiquement l'intervention judiciaire en insérant des dispositifs négociés. Les raisons d'une telle intrusion ont été justifiées par le souhait d'éviter une "judiciarisation inutile" ou même de prendre en compte les "enjeux liés à la préservation de l'emploi". Le résultat est une étrange hybridation entre des actions collectives en justice et des solutions négociées collectivement afin d'y mettre fin, qui conduit inévitablement à affaiblir l'efficacité des dispositions nouvelles »²³⁶⁸. La phase de négociation n'a, en soi, rien de novateur considérant que la médiation facultative – certes individuelle – demeure toujours possible et se trouve même rappelée par les dispositions de la loi J21²³⁶⁹. La spécificité du dispositif est avant tout d'imposer un processus de négociation collective en amont d'une action contentieuse. Cela implique de restreindre le potentiel de ladite action aux seuls cas pour lesquels le défendeur se refuse à toute correction de la situation discriminatoire, tout en impliquant un ralentissement considérable de la procédure contentieuse²³⁷⁰ qui ne débute qu'après mise en demeure, à l'échéance du délai de carence. Elle est par la suite interrompue pour laisser place à des phases de négociation de l'indemnisation. Le paradoxe repose là encore sur l'ambition affirmée de favoriser l'accessibilité

²³⁶⁴ Art. 68 : le juge « détermine, dans le même jugement, le montant ou tous les éléments permettant l'évaluation des préjudices susceptibles d'être réparés pour chacune des catégories de personnes constituant le groupe qu'il a défini. Il fixe également les délais et modalités selon lesquels cette négociation et cette réparation doivent intervenir ».

²³⁶⁵ « Un tel système de recouvrement collectif [...] permet de répondre aux hypothèses dans lesquelles l'évaluation des préjudices ne soulève pas de véritables difficultés (l'exposé des motifs du projet gouvernemental envisageait notamment le cas des "préjudices d'un montant connu dès le jugement sur la responsabilité ou pouvant être forfaitisés"). Il consiste ainsi dans l'attribution d'une somme globale, censée couvrir l'indemnisation de toutes les victimes » (BLANCO, F., « L'action de groupe en reconnaissance de responsabilité devant le juge administratif », *loc. cit.*).

²³⁶⁶ Art. 68 de la loi J21.

²³⁶⁷ Art. 72 et 73 de la loi J21.

²³⁶⁸ GUIOMAR, F., « L'action de groupe dans le projet de loi sur la justice du XXI^e siècle : un texte d'anesthésie ? », *loc. cit.*

²³⁶⁹ Art. 75 et 76.

²³⁷⁰ En ce sens, v. également CLÉMENT, E., « L'action de groupe : un remède efficace contre les discriminations ? », *loc. cit.* (« Finalement, la lourdeur de la procédure suscite des interrogations sur l'attractivité du nouveau mécanisme »).

des juridictions par une action contentieuse novatrice tout en bridant le rôle des juridictions et en orchestrant la lenteur de la procédure.

644. En continuité de l'intervention subsidiaire du juge dans la phase liée à la cessation du manquement, son faible contrôle de l'indemnisation négociée²³⁷¹ semble une garantie bien faible au regard de la nécessité de « remplir les personnes de leurs droits »²³⁷². Réaliser le droit de la non-discrimination implique également la réparation intégrale du préjudice subi en cas de contestation fondée de la pratique ou mesure litigieuse²³⁷³. Or, sur ce point, non seulement l'indemnisation des préjudices n'est pas un objectif prioritaire de la réforme mais, de surcroît, cette dernière contribue à complexifier l'accessibilité de la réparation intégrale pour les victimes²³⁷⁴. C'est ce que confirme les propos de certains commentateurs qui ont retranscrit l'esprit de la loi J21 en affirmant que la cessation du manquement par le biais de l'action de groupe n'était pas perçue comme un simple « pis-aller » mais constituait au contraire « une authentique *alternative* à l'indemnisation des victimes »²³⁷⁵. En conséquence, le mécanisme éloigne plus qu'il ne renforce l'accessibilité des juridictions pour les victimes de discrimination et, en complément, il force par compromission la négociation au détriment de la réparation intégrale du préjudice²³⁷⁶.

C. Le choix de l'efficace contre celui de la réparation intégrale du préjudice

645. Aux carences susmentionnées de l'action de groupe s'ajoute en effet la déconsidération de la réparation intégrale du préjudice qui se trouve écartée au profit d'une indemnisation partielle et dérisoire (1). L'impossible satisfaction de la réparation intégrale rend alors nécessaire une action individuelle complémentaire qui entraîne l'intervention successive des instances. Ce nouvel écueil conduit à faire de l'action de groupe non pas une voie d'action qui se substitue à la multiplicité des saisines individuelles mais qui les précède, en tant que voie complémentaire. En bout de course, c'est le contentieux de la non-discrimination qui s'en trouve complexifié (2).

²³⁷¹ Par l'octroi ou le refus d'homologation dans le cadre de la procédure collective de liquidation des préjudices ou par l'intervention subsidiaire en cas de désaccord dans le cadre de la procédure individuelle.

²³⁷² GUIOMAR, F., « L'action de groupe dans le projet de loi sur la justice du XXI^e siècle : un texte d'anesthésie ? », *loc. cit.*

²³⁷³ Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, I.

²³⁷⁴ En ce sens, ADAM, P., « L'action de groupe discrimination. La prudente audace d'une réforme majeure », *loc. cit.* (« C'est là, sans doute, que la prudence du législateur trouve plus fort éclat »).

²³⁷⁵ BLANCO, F., « L'action de groupe en reconnaissance de responsabilité devant le juge administratif », *loc. cit.* (nous soulignons).

²³⁷⁶ V. également en ce sens CLÉMENT, E., « L'action de groupe : un remède efficace contre les discriminations ? », *loc. cit.*

1) Une indemnisation minimaliste au détriment de la réparation intégrale

646. Une première amputation du principe de réparation intégrale du préjudice repose sur la non-appréhension du dommage antérieur à la sommation préalable en matière d'emploi. Pour les salariés et agents publics, victimes avérées de discrimination, seuls les préjudices nés après la sommation ou mise en demeure qui précède obligatoirement la saisine de la juridiction sont indemnisables²³⁷⁷. Ceux qui sont antérieurs à cette sommation sont exclus et ne peuvent faire l'objet d'une demande d'indemnisation de la part de l'association ou du syndicat qui porte l'action. Ici, un nouveau paradoxe émerge. Alors qu'il est raisonnable de penser que ce sont les préjudices engendrés par le comportement discriminatoire qui fondent – pour partie – la revendication du droit à la non-discrimination et le déclenchement de l'action de groupe, leur réparation se trouve immédiatement évacuée de l'objet de l'action. Une discrimination perpétrée depuis plusieurs années peut dès lors aboutir à une indemnisation des préjudices subis sur quelques mois seulement. C'est donc moins le préjudice lié à la discrimination qui est indemnisé que celui né du refus d'y mettre un terme, « comme s'il ne s'agissait que d'intérêts moratoires »²³⁷⁸.

647. Cela implique également que les victimes et le demandeur ne sont jamais en mesure de déterminer le préjudice indemnisable au moment du déclenchement de l'action puisque celui-ci dépendra d'éléments postérieurs à la sommation préalable (*e.g.* nature de la réponse de l'employeur, délai entre la sommation et l'octroi éventuel de l'indemnisation, aléas futurs et divers aggravant le préjudice économique de la discrimination). L'action de groupe en matière d'emploi a en conséquence moins vocation à sanctionner le comportement discriminatoire que le maintien de ce comportement sur un laps de temps très restreint. Une autre ambition aurait pu être espérée pour une réforme de cette ampleur²³⁷⁹.

648. Une nouvelle restriction considérable vient aggraver le constat et limiter d'autant plus l'indemnisation des victimes en même temps que l'intérêt du dispositif de l'action de groupe. Il s'agit de l'exclusion des discriminations dont le fait générateur est antérieur à l'entrée en vigueur de la loi J21 (*i.e.* 20 novembre 2016). Ces actes et mesures sont insusceptibles de recours. Cette restriction est prévue à l'article 92 de la loi du 18 novembre 2016 en dépit d'une remise en cause au Sénat, à l'initiative du rapporteur, Yves Détraigne. La Commission des lois avait en effet levé cette limite à l'indemnisation des victimes – mais uniquement pour l'action de groupe dite

²³⁷⁷ Art. 87 et 88 de la loi J21.

²³⁷⁸ AMRANI-MEKKI, S., « L'action de groupe du 21^e siècle. Un modèle réduit et réducteur ? », *op. cit.*, p. 2030-2031.

²³⁷⁹ Soulignons que Soraya Amrani-Mekki et Gwénaële Calvès se sont opposées à cette limitation lors de leur audition parlementaire. V. SÉNAT (DÉTRAIGNE, Y.), *Rapport fait au nom de la commission des lois*, n° 121, *op. cit.*, p. 119.

« généraliste » (*i.e.* celle fondée sur la loi du 27 mai 2008)²³⁸⁰. La disposition initiale fut toutefois rétablie par amendement en séance au motif que « la rétroactivité proposée [...] est un facteur d'insécurité juridique pour les entreprises qui pourraient se voir sanctionnées pour des faits antérieurs à ce texte de loi, alors même qu'elles n'auraient pas été en mesure, à cette époque, de mettre en place des dispositifs de lutte contre les discriminations actuellement visées »²³⁸¹. Il ne s'agissait pourtant que d'un aménagement d'une voie processuelle et en aucun cas d'une consécration nouvelle de l'interdiction de la discrimination qui aurait été d'application rétroactive. À aucun moment les obligations des employeurs ne se trouvaient alourdies. L'action de groupe applicable en matière de discrimination contraste, sur ce point, avec celle applicable en matière de santé, qui permet l'indemnisation des préjudices dont le fait générateur est antérieur à l'entrée en vigueur de la loi²³⁸².

649. La volonté du Sénat et du Gouvernement de rétablir cette restriction, au motif que la réparation du préjudice causé par la discrimination « peut avoir des conséquences financières très lourdes pour les acteurs économiques – entreprises, collectivités locales »²³⁸³, semble surprenante. Elle est néanmoins intelligible si l'on considère que l'objectif du législateur était moins de contribuer à l'accessibilité des juridictions, à la réparation des préjudices subis par les victimes, ou à la réalisation du droit de la non-discrimination, que de favoriser l'efficacité du règlement des litiges et l'efficacité pour les défendeurs de la régularisation des discriminations commises.

650. Cette tendance manifeste à reléguer au second plan l'indemnisation des victimes, qui frôle l'hostilité à l'égard de la réparation du préjudice engendré par la discrimination, se trouve confirmée par plusieurs mesures. En ce sens s'inscrit l'interdiction des dommages-intérêts punitifs, en prolongement des positions de la Commission européenne²³⁸⁴, ou encore la tentative notable du Gouvernement et du Sénat d'exclure les préjudices moraux du champ de l'indemnisation par le biais de l'action de groupe. Le projet de loi précisait en ce sens que l'action de groupe peut, « le cas

²³⁸⁰ SÉNAT (DÉTRAIGNE, Y.), *Rapport fait au nom de la commission des lois*, n° 121, *op. cit.*, p. 18-19.

²³⁸¹ JORF, vendredi 6 novembre 2015, n° 121 S (CR), p. 10488 (allocution de Christophe-André Frassa, sénateur Les Républicains). L'argument emporta le soutien de la garde des Sceaux de l'époque (Christiane Taubira : pour « rétablir l'article 46 dans la rédaction initialement proposée par le Gouvernement ») et le revirement du rapporteur (Yves Détraigne : « Je ne puis que prendre acte de l'inquiétude suscitée par la suppression à laquelle nous avons procédé »).

²³⁸² Relevé not. *in* ORIF, V., « L'élaboration dans la loi J21 d'un modèle général d'action de groupe : un essai à transformer », *loc. cit.*

²³⁸³ JORF, vendredi 6 novembre 2015, n° 121 S (CR), p. 10488 (allocution de Christophe-André Frassa, sénateur Les Républicains).

²³⁸⁴ V. COMMISSION EUROPÉENNE, Recommandation du 11 juin 2013 (2013/396/UE), *op. cit.*, § 31 : « La réparation accordée aux personnes physiques ou morales ayant subi un préjudice en raison d'un préjudice de masse ne devrait pas excéder la réparation qui aurait été accordée si la partie demanderesse avait fait valoir ses droits dans le cadre d'une action individuelle. En particulier, il y a lieu de proscrire les dommages et intérêts à caractère punitif, qui consistent à accorder à la partie demanderesse une réparation excédant le dommage subi ».

échéant », viser la réparation des préjudices subis « à l'exception des préjudices moraux »²³⁸⁵. Cette restriction est considérable au regard de l'importance des préjudices moraux en matière de discrimination, plus conséquents dans certains domaines que les préjudices corporels ou matériels parfois réduits à la perte de chance (*e.g.* accès à l'emploi). Supprimée par la Commission des lois du Sénat, qui considérait qu'elle « annihilait la pertinence »²³⁸⁶ et « [vidait] de sa substance la vocation indemnitaire »²³⁸⁷ de l'action de groupe, cette exclusion des préjudices moraux de la part indemnisable fut rétablie en séance pour l'action de groupe fondée sur la loi du 27 mai 2008. En matière d'emploi, la vocation indemnitaire de l'action de groupe fut purement et simplement supprimée²³⁸⁸. L'Assemblée nationale a finalement rétabli la vocation indemnitaire de l'action de groupe en matière d'emploi en même temps que la possible réparation des préjudices moraux, à l'initiative des rapporteurs²³⁸⁹, par le biais d'une formulation large et inclusive sans que la nature (matérielle, corporelle ou morale) du préjudice ne soit précisée²³⁹⁰.

651. Face au constat d'une indemnisation largement réduite des préjudices liés à la discrimination, se pose inévitablement la question des motifs de ce manque d'ambition. Trois explications possibles se distinguent. La première consiste à assumer le caractère accessoire de la réparation des préjudices, préférant focaliser l'action de groupe sur la cessation du manquement. L'intérêt serait avant tout d'appréhender par ce biais la discrimination structurelle, systémique, pour que cette nouvelle voie processuelle engendre une transformation des pratiques organisationnelles en complément de l'indemnisation qui peut être recherchée par la voie individuelle²³⁹¹. S'il est parfaitement audible, ce raisonnement ne recouvre sa valeur que lorsque l'action de groupe permet effectivement de viser les cas de discrimination systémique, chose rendue complexe du fait de sa mise sous conditions matérielles²³⁹². La deuxième explication repose sur l'idée d'un cloisonnement entre intérêt collectif et intérêt individuel. Le premier, objet de l'action de groupe, viserait la cessation du manquement. Le second, distinct, aurait vocation à s'exercer dans le cadre d'une action individuelle en vue de la réparation du préjudice²³⁹³. S'il peut être pertinent de distinguer intérêts collectif et individuel, rien n'impose pour autant de les cloisonner dans des voies processuelles

²³⁸⁵ V. art. 44 du projet de loi. Cette formulation était relative à l'action de groupe « généraliste ». En matière d'emploi la formule suivante lui était préférée : « seuls les préjudices, autres que moraux, nés après la réception de la mise en demeure [...] peuvent être réparés ».

²³⁸⁶ SÉNAT (DÉTRAGNE, Y.), *Rapport fait au nom de la commission des lois*, n° 121, *op. cit.*, p. 18.

²³⁸⁷ *Idem*, p. 114.

²³⁸⁸ V. art. 44 et 45 du texte modifié en première lecture par le Sénat, n° 35, 5 novembre 2015.

²³⁸⁹ ASSEMBLÉE NATIONALE (CLÉMENT J-M et LE BOUILLONEC J-Y.), *Rapport de la commission des lois n° 3726*, *op. cit.*, p. 18, 37, 310, 317 et 318.

²³⁹⁰ *Idem*, p. 273.

²³⁹¹ V. not. LOISEAU, G. et MARTINON, A., « Discriminations : action collective ou action de groupe ? », *loc. cit.*

²³⁹² V. développement *in* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, II, B, 1).

²³⁹³ KEBIR, M., « Décret relatif à l'action de groupe du 21^e siècle : précisions procédurales », *loc. cit.* : « Il ne s'agit pas d'une action introduite dans l'intérêt du demandeur mais pour la satisfaction d'un intérêt collectif ».

distinctes. Leur agencement pourrait au contraire être recherché, d'autant plus lorsque l'efficacité du règlement des litiges et l'accessibilité des juridictions sont au cœur de la démarche. C'est ce que suggère Jacques Toubon pour qui l'action de groupe permet de « passer d'une approche individuelle de la réparation au bénéfice d'une victime [...] à une approche collective de la situation en faveur de l'ensemble des victimes »²³⁹⁴. À travers ce passage, « c'est le risque économique encouru qui incite à régler une situation collective de discrimination » et érige l'action de groupe en « un outil d'accès au droit efficace : *un seul recours* pour toutes les victimes, susceptible de *déboucher sur des réparations*, et, *corrélativement*, une remise en cause des pratiques discriminatoires, l'intérêt financier commandant de les faire cesser »²³⁹⁵. Reste l'explication la plus crédible, celle du coût financier de la réparation des préjudices dans le cadre de l'action de groupe. La rhétorique est présente tant de la part des représentants des entreprises auditionnés (qui se sont « inquiétés du risque financier très élevé constitué par une action de groupe couvrant la réparation de l'intégralité des préjudices », ce qui serait de nature à « menacer [la] survie »²³⁹⁶ de l'entreprise) que de la part des rapporteurs (relayant le poids de ce « risque financier trop important »²³⁹⁷).

652. En raison de l'exclusion des préjudices nés d'un fait antérieur au 20 novembre 2016, ainsi que de l'exclusion – dans certains cas – des préjudices nés avant la mise en demeure du défendeur, la réparation offerte aux victimes de discrimination dans le cadre de l'action de groupe confine à l'« illusion »²³⁹⁸. Comme le relevait le Défenseur des droits, il peut être « économiquement plus "rentable" de maintenir des inégalités de situation dont la correction aurait un coût économique substantiel, dès lors que les poursuites, éventuelles et isolées, sont traitées au cas par cas et n'ont au final qu'un impact économique minimal »²³⁹⁹. C'est à cette situation qu'aurait pu remédier l'action de groupe. Cela aurait néanmoins exigé d'ériger une menace économique réelle pour les défendeurs en laissant ouverte la voie de la réparation intégrale. Le « manque d'audace » d'une action cantonnée à la cessation du manquement et à l'indemnisation de son maintien malgré sommation n'aura pas manqué de faire réagir certains auteurs, comme Patrice Adam (*e.g.* « On peut en être surpris ; presque interloqué » ; « N'est-ce pas là une façon de priver l'action de groupe d'une grande partie de son intérêt, de ce qui en fait véritablement un moyen d'intimidation (et donc de (ré)pression) ? » ; « L'action de groupe se vide de l'intérieur ! » ; elle « manque sa cible parce que la flèche qu'elle utilise est mal équilibrée »²⁴⁰⁰). Alors que l'action de groupe de 2015 en matière de consommation

²³⁹⁴ TOUBON, J., « L'avenir du droit à la non-discrimination », *op. cit.*, p. 132-133.

²³⁹⁵ *Ibidem* (nous soulignons).

²³⁹⁶ SÉNAT (DÉTRAIGNE, Y.), *Rapport fait au nom de la commission des lois*, n° 121, *op. cit.*, p. 119.

²³⁹⁷ Not. JORF, vendredi 6 novembre 2015, n° 121 S (CR), p. 10478 (allocution de Yves Détraigne).

²³⁹⁸ En ce sens, v. CLÉMENT, E., « L'action de groupe : un remède efficace contre les discriminations ? », *loc. cit.*

²³⁹⁹ DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité. 2013*, *op. cit.*, p. 30.

²⁴⁰⁰ ADAM, P., « L'action de groupe discrimination. La prudente audace d'une réforme majeure », *loc. cit.*

était essentiellement créée avec une visée indemnitaire, l'action de groupe antidiscriminatoire en prend le contre-pied²⁴⁰¹. Elle se trouve ainsi réduite au simple statut d'action « collective » et d'action « en cessation »²⁴⁰². Il en découle non une simplification et une efficacité accrue mais bien une complexification et un ralentissement de la réalisation du droit de la non-discrimination.

2) L'action collective en cessation : voie d'action complémentaire ou superfétatoire ?

653. Particularité jusque-là non évoquée, la compétence juridictionnelle en matière d'action de groupe – qu'il serait désormais possible de requalifier en action collective en cessation – est expressément attribuée aux tribunaux judiciaires²⁴⁰³ et aux tribunaux administratifs²⁴⁰⁴. Cette compétence est applicable en vue de la cessation du manquement et de l'homologation de l'accord entre les parties portant sur l'indemnisation²⁴⁰⁵. Le tribunal judiciaire est donc compétent pour connaître des litiges liés aux discriminations sur le fondement de la loi de 2008 (*e.g.* éducation, accès et fourniture de biens et services) et du Code du travail (emploi), au détriment du conseil de prud'hommes. Cette dépossession des conseils de prud'hommes a parfois été critiquée, notamment considérant l'absence de spécialisation des tribunaux judiciaires²⁴⁰⁶. Même non contestée en soi, la compétence du tribunal judiciaire, cumulée à l'inutilité de l'action collective en cessation en matière de réparation du préjudice subi, aboutit à une complexification du contentieux de la non-discrimination en raison de la multiplication des instances. La réparation du préjudice subi du fait d'une discrimination dans l'emploi reste une prérogative des conseils de prud'hommes. Les victimes devront ainsi engager devant eux une action individuelle, en parallèle ou consécutivement²⁴⁰⁷ à l'action collective en cessation devant le tribunal judiciaire²⁴⁰⁸. Indépendamment du droit du travail, en cas de compétence d'une même juridiction pour les deux types d'action (*e.g.* tribunal administratif), la recherche de la réparation du préjudice incitera de toute

²⁴⁰¹ V. encore AZAR-BAUD, M. J., « Action civile et discriminations : l'apport de l'action de groupe », *loc. cit.* : « Il s'ensuit que l'action de groupe ne permettrait pas la réparation des préjudices nés de toutes les discriminations et ne couvre qu'un champ relativement limité ».

²⁴⁰² AMRANI-MEKKI, S., « L'action de groupe du 21^e siècle. Un modèle réduit et réducteur ? », *op. cit.*, p. 2030.

²⁴⁰³ Art. 84 de la loi J21 instituant l'article L. 211-9-2 du COJ. Plus précisément, il s'agit du tribunal judiciaire du ressort où siège le défendeur.

²⁴⁰⁴ Si la loi J21 ne fait pas mention de la compétence expresse des tribunaux administratifs, son décret d'application du 6 mai 2017 s'y réfère à plusieurs reprises. V. not. art. 3 et 8.

²⁴⁰⁵ Voire, en cas de désaccord en la matière, en vue d'une décision sur le fond. Art. 87 de la loi J21.

²⁴⁰⁶ AMRANI-MEKKI, S., « Le socle commun procédural de l'action de groupe de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *op. cit.*, p. 2312.

²⁴⁰⁷ V. not. art. 79 de la loi J21.

²⁴⁰⁸ Pour un constat similaire, v. entre autres : BOULMIER, D., « Pot-pourri des acteurs de la justice sociale », *loc. cit.* ; ADAM, P., « L'action de groupe discrimination. La prudente audace d'une réforme majeure », *loc. cit.* ; ou encore CLÉMENT, E., « L'action de groupe : un remède efficace contre les discriminations ? », *loc. cit.*

façon à emprunter plusieurs voies processuelles²⁴⁰⁹. Se pose alors la question de l'organisation de la succession ou de la concomitance des actions.

654. Pour que la multiplicité des actions préserve une certaine complémentarité, des passerelles entre l'action collective et l'action individuelle auraient pu être envisagées. Il aurait à ce titre été pertinent que les victimes puissent se prévaloir, dans le cadre de leur action individuelle, de la décision du tribunal judiciaire ou du tribunal administratif qui conclut à la responsabilité du mis en cause dans le cadre de l'action collective. Cette décision pourrait suffire à caractériser une présomption de discrimination, invitant le défendeur à justifier son comportement ou sa mesure²⁴¹⁰. Frédéric Guiomar plaidait en ce sens lorsqu'il précisait que l'action collective en cessation « ne serait en conséquence utile que si elle organisait un passage plus aisé entre les actions collectives et les actions individuelles, en gommant certains effets de l'autorité relative du jugement, et en autorisant les victimes à se prévaloir individuellement d'une décision introduite par un syndicat ou une association »²⁴¹¹. Hélas, la loi J21 ne conçoit aucune passerelle de la sorte. Elle aurait pourtant permis de tirer profit de la décision de responsabilité obtenue à la suite de l'action collective. Sont ainsi évacuées les recommandations de Laurence Pécaut-Rivolier pour qui ce jugement devait avoir « naturellement pour effet d'inverser la charge de la preuve »²⁴¹².

655. La juridiction saisie de l'action individuelle devra, de nouveau, procéder sur pièce à la qualification de la discrimination *prima facie* sans être liée par la qualification retenue dans le cadre de l'action collective. En matière de réparation des préjudices, le caractère exclusif ou complémentaire des indemnisations reste par ailleurs à confirmer. Bien que l'hypothèse soit peu probable, un cumul des dommages-intérêts peut être envisagé pour peu que les juridictions considèrent qu'ils correspondent à des chefs de préjudice distincts, respectivement la non-cessation du manquement en dépit de la mise en demeure et la discrimination, en soi²⁴¹³. La coordination des deux voies d'action apparaît, quoi qu'il en soit, peu aisée. Le législateur a, *a minima*, considéré les enjeux en matière de prescription. Les articles 77, 85 et 88 de la loi J21 disposent en effet que

²⁴⁰⁹ En ce sens, SERENO, S., « Les actions de groupe issues de la loi J21 : outil de modernisation de la justice (sociale) ? », *loc. cit.* : « Un système dérogoire important au principe de la réparation intégrale est ainsi institué, ce qui risque fort de dissuader les protagonistes d'emprunter cette voie d'autant que d'autres voies de recours sont possibles et qu'elles ne connaissent pas de telles restrictions. [...] Ainsi, le législateur apporte des limites importantes aux domaines de l'action de groupe qui réduisent d'autant son attrait pour les titulaires de l'action ».

²⁴¹⁰ En ce sens, LOISEAU, G. et MARTINON, A., « Discriminations : action collective ou action de groupe ? », *loc. cit.*

²⁴¹¹ GUIOMAR, F., « L'action de groupe dans le projet de loi sur la justice du XXI^e siècle : un texte d'anesthésie ? », *loc. cit.*

²⁴¹² PÉCAUT-RIVOLIER, L., *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, *op. cit.*, p. 106.

²⁴¹³ Les considérations de Frédéric Guiomar semblent dicter une telle vision : « le préjudice pris en charge par l'action de groupe est celui du défaut de réparation à compter de la mise en demeure, mais le préjudice né de la discrimination demeure étranger à l'action de groupe » (GUIOMAR, F., « L'action de groupe dans le projet de loi sur la justice du XXI^e siècle : un texte d'anesthésie ? », *loc. cit.*).

« l'action de groupe suspend la prescription des actions individuelles en réparation des préjudices résultant des manquements » contestés. Le délai contentieux recommence à courir à compter de la date de jugement définitif ou d'homologation de l'accord pour un minimum de six mois.

656. En conclusion, le scepticisme gagnant la doctrine, de nombreux doutes ont été exprimés sur le développement quantitatif futur de l'action collective en cessation ainsi que sur son utilité réelle²⁴¹⁴. Si trois actions de groupe ont depuis été amorcées, elles l'ont été notamment afin de montrer les limites du dispositif actuellement en vigueur²⁴¹⁵. En dehors de cette démarche spécifique et au regard de ses nombreuses carences, il n'est pas certain que les victimes fassent le choix de la collectivisation du contentieux en vue de la cessation du manquement lorsque celle-ci s'impose en occultant la réparation des préjudices. Une voie alternative est en quelque sorte créée là où elle n'était pas nécessaire. La majorité des discriminations collectives fondées sur un même motif et résultant d'un même manquement imputable à une même personne correspondent à des discriminations indirectes engendrées par une règle ou une mesure en apparence neutre. Si l'action de groupe vise la seule cessation du manquement, en quoi constitue-t-elle un atout face à l'action individuelle – ou à l'action de substitution – qui peut parfaitement impliquer la cessation du manquement par l'intermédiaire de mesures conservatoires et qui, en outre, possède le mérite de ne pas négliger la réparation ? Entre « modèle réducteur » et « justice approximative », l'action de groupe attise les désillusions et force le constat d'un « décalage très important entre l'effet d'annonce [...] et le modèle proposé »²⁴¹⁶. Un tel décalage semble forgé de multiples paradoxes : de l'ambition de favoriser l'accessibilité des juridictions au contournement méthodique de l'intervention du juge par voie de négociation imposée ; de l'optique de simplification à l'édification d'un dispositif complexe façonné par la multiplication hasardeuse des voies d'action ; de la nécessité de réduire les délais contentieux à l'allongement du temps processuel nécessaire à la réparation du préjudice ; de l'objectif d'effectivité du droit antidiscriminatoire à la réduction des coûts pour le responsable de discrimination... Aux côtés des magistrats interrogés par Marie Mercat-Bruns et Jeremy Perelman, il est à craindre qu'en l'absence de réforme d'ampleur, ce

²⁴¹⁴ V. entre autres ORIF, V., « L'élaboration dans la loi J21 d'un modèle général d'action de groupe : un essai à transformer », *loc. cit.*

²⁴¹⁵ La première action de groupe est portée par la CGT à l'encontre de Safran Aircraft Engines SAS et concerne des discriminations fondées sur l'activité syndicale. V. not. CARO, M. et CHAMPEAUX, F., « La première action de groupe devant le TGI de Paris », *Semaine sociale Lamy*, n° 1809, 29 mars 2018. Sur les motivations de cette action de groupe, visant à mettre en lumière les limites du dispositif en vigueur, nous nous référons aux propos de maître Emmanuelle Boussard-Verrechia lors de la journée d'étude *Nouveaux modes de détection et de prévention de la discrimination et accès au droit*, CNAM, 10 décembre 2018. La deuxième action de groupe est portée par Sud Rail à l'encontre de la SNCF et concerne des discriminations fondées sur le handicap. V. « SNCF : une action de groupe pour discrimination des salariés handicapés », *Le Monde*, 7 novembre 2017. La troisième action de groupe est portée par la CGT à l'encontre de la Caisse d'épargne d'Île-de-France et concerne des discriminations fondées sur le sexe. V. AIZICOVICI, F., « La CGT s'empare de l'action de groupe pour lutter contre les discriminations envers les femmes », *Le Monde*, 6 juin 2019.

²⁴¹⁶ AMRANI-MEKKI, S., « L'action de groupe du 21^e siècle. Un modèle réduit et réducteur ? », *op. cit.* p. 2030-2031.

dispositif de l'action collective en cessation produise « l'effet inverse de celui escompté qui doit rester la facilitation de l'accès des justiciables à des décisions équitables, juridiquement motivées et rendues dans un délai raisonnable »²⁴¹⁷.

657. **Conclusion du chapitre 1.** De la qualité des voies processuelles ouvertes aux victimes de discrimination dépend leur aptitude à revendiquer leur droit à la non-discrimination en vue de la réparation du préjudice et de la cessation du dommage. L'analyse des voies processuelles classiques envisageables dans le cadre de l'action individuelle révèle de ce point de vue un potentiel variable des voies pénale, civile et administrative. La première est caractérisée par un défaut d'opérationnalité qui tend à la reléguer à une perspective subsidiaire, utile à la contestation des cas les plus graves mais qui s'avère peu propice à une massification du contentieux. Ce sont en alternative les actions civiles et administratives qui ouvrent largement la voie à une réalisation du droit de la non-discrimination par la revendication du droit à la non-discrimination. L'hypothèse de l'institutionnalisation d'une aide juridique spécialisée pourrait par ailleurs renforcer ce potentiel. Quant aux voies d'action qui font place à une intervention des tiers, en soutien de la victime, leur potentiel demeure altéré en l'état du droit positif en raison des nombreuses conditions à leur déclenchement. Tant en ce qui concerne les actions de substitution que les actions de groupe, l'opportunité de certaines conditions peut toutefois être contestée. La libéralisation de l'action pourrait alors être envisagée afin de favoriser le recours au droit et permettre plus aisément la contestation des actes discriminatoires, notamment lorsque la situation des victimes est caractérisée par un isolement ou une vulnérabilité particulière.

²⁴¹⁷ MERCAT-BRUNS, M. et PERELMAN, J. (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination*, *op. cit.*, p. 145.

CHAPITRE 2 : LES DIFFICULTÉS RELATIVES À LA CONDUITE DE L'ACTION

658. S'assurer d'une « mise en capacité »²⁴¹⁸ des requérants à porter leur cause devant le juge de la non-discrimination impose, en complément de l'existence et de l'efficacité des différentes voies d'action, de s'intéresser aux difficultés qui émergent lors de la conduite de ladite action. L'importance de ces difficultés et leur aspect plus ou moins inhibiteur déterminent la viabilité de la contestation judiciaire. Les implications du droit à un recours « effectif »²⁴¹⁹ ont à cet égard permis d'engendrer un « net renforcement des garanties procédurales en faveur de l'accès des individus à un juge »²⁴²⁰. Y participent notamment la mise en place de l'aide juridictionnelle, la reconnaissance du droit à un procès équitable et celle d'un délai raisonnable de jugement²⁴²¹. *Envisager la réalisation au stade de la production normative invite alors à s'intéresser à la prise en compte, par le droit, des besoins respectifs des parties engagées dans le contentieux de la non-discrimination.*

659. La Cour EDH considère que la conduite de l'action peut être affectée tant par des obstacles juridiques que par des obstacles de fait qui caractérisent la situation des requérants²⁴²² et face auxquels l'État membre « ne saurait se borner à demeurer passif »²⁴²³. Il s'agit de tenir compte des conditions matérielles afin d'éviter, dans la mesure du possible, que celles-ci impactent négativement la capacité d'une victime à solliciter la réparation du préjudice subi. En l'état, l'anticipation des conséquences du procès, notamment financières²⁴²⁴ et temporelles²⁴²⁵, peut, en

²⁴¹⁸ PORTA, J., « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2^e partie) », *loc. cit.*

²⁴¹⁹ *Nota bene* : l'acceptation de l'effectivité, ici liée au recours, est évidemment distincte de celle retenue pour le concept d'effectivité dans l'introduction de la présente étude.

²⁴²⁰ ROULHAC, C., *L'opposabilité des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 329.

²⁴²¹ En ce sens, v. *ibidem*, note 1333.

²⁴²² En ce sens, v. aussi HAVELKOVÁ, B. et MÖSCHEL, M., « Introduction : Anti-Discrimination Law's Fit into Civil Law Jurisdictions and the Factors Influencing it », *op. cit.*, p. 12 : « *Authors of several chapters in this volume note that litigating discrimination cases before the courts is fraught with various procedural obstacles. [...] Often, one finds insufficient levels of damages, both as enacted in legislation and applied by the courts. Access to courts can also be hampered by the award of attorneys' costs to the winning party, as well as high court fees.* ». V. particulièrement CARLSON, L., « Access to Justice in Sweden from a Comparative Perspective », in HAVELKOVÁ, B. et MÖSCHEL, M. (edit.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, *op. cit.*, p. 118-135, not. p. 131-133 concernant les enjeux financiers liés à l'accès à la justice.

²⁴²³ COUR EDH, ch., 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, *op. cit.*, § 25.

²⁴²⁴ V. ici, entre autres : BLANKENBURG, E., « La recherche de l'efficacité de la loi. Réflexions sur l'étude de la mise en œuvre (Le concept d'"implementation") », *op. cit.*, p. 65 (« Le fait de ne pas concrétiser la revendication de ses droits par le recours aux institutions juridiques peut constituer un choix rationnel, étant donné le coût de cette démarche en termes de temps et d'argent ») ; LÖHRER, D., *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, *op. cit.*, p. 143 (« "La justice est chère, c'est un lieu commun". Si le coût des procès varie sensiblement en fonction de la complexité de l'affaire et de sa durée, les honoraires d'avocat, auxquels s'ajoutent les frais du procès proprement dit, impliquent généralement une charge financière que tous les individus ne peuvent supporter »).

²⁴²⁵ V. not. GUINCHARD, S., « Procès équitable », *Répertoire de procédure civile*, mars 2017 (actualisation : mai 2019), § 111 : « La CEDH estime que l'effectivité du droit d'accès à un tribunal exige que les recours, tant administratifs que juridictionnels, soient instruits avec diligence par les autorités concernées, notamment si leur décision peut avoir de

effet, pousser les victimes à renoncer à revendiquer leur droit et ainsi minimiser l'appréhension du phénomène discriminatoire (Section 1). Au-delà des capacités propres du sujet de droit à endurer une éventuelle contestation judiciaire, la nature des relations entre les parties est également en mesure de remettre en cause le bon déroulement de l'action. Tel est notamment le cas lorsqu'il existe entre elles une relation de subordination qui expose la victime qui agit à un risque de représailles. La réalisation du droit de la non-discrimination par la revendication contentieuse ne peut, dès lors, être conduite sans prendre en compte les modalités de protection des requérants à l'encontre d'éventuelles représailles²⁴²⁶. Plus largement, qu'il s'agisse de compenser une inégalité des positions ou une inégalité des armes, c'est la garantie des droits procéduraux qu'il convient d'assurer pour conclure, *in fine*, à l'existence d'un recours effectif dans le contentieux de la non-discrimination (Section 2).

Section 1 : L'insuffisante prise en compte des conditions matérielles des requérants

Section 2 : La garantie perfectible des droits procéduraux des parties

graves conséquences sur l'activité professionnelle et/ou la vie privée du requérant [...] ; l'effectivité s'enracine ainsi dans le délai raisonnable ».

²⁴²⁶ En ce sens, v., entre autres : LAULOM, S., « Les recours judiciaires et extra-judiciaires contre les discriminations », *loc. cit.* (« la relation de pouvoir inhérente à la relation de travail sont autant de raisons qui peuvent, de fait, décourager les salariés à engager une action en justice ») ; GRATTON, L. et LECLERC, O., « Action en justice et mesures de rétorsion », *loc. cit.* (« La protection du salarié contre les mesures de rétorsion prises à la suite de son action en justice, ou de son témoignage, garantit l'effectivité du droit d'accès au juge. Ce faisant, ce sont également les règles de droit substantiel dont le salarié réclame l'application qui se trouvent renforcées ») ; LANQUETIN, M-T., « Discrimination », *op. cit.*, § 179 (« Le droit à une protection juridictionnelle effective comprend aussi le droit à des mesures provisoires. [...] Le juge national est tenu d'accorder ces mesures provisoires, en cas d'urgence, quand le requérant est menacé d'un préjudice grave ou difficilement réparable »).

SECTION 1 : L'INSUFFISANTE PRISE EN COMPTE DES CONDITIONS MATÉRIELLES DES REQUÉRANTS

660. Encore peu exploitée par les juristes, la notion de « capabilité » développée par Amartya Sen offre une résonance particulière à la problématique de la réalisation des droits. Cette problématique ne peut « faire abstraction des conditions socio-économiques dans lesquelles les droits sont proclamés »²⁴²⁷, et notamment des conditions socio-économiques de leurs titulaires, susceptibles de rechercher leur protection à travers le système juridictionnel. En clair, « il ne suffit donc pas qu'il existe formellement un droit au juge, il faut aussi qu'il soit effectivement possible d'accéder au juge »²⁴²⁸. Le droit au recours effectif ne saurait négliger ces conditions matérielles d'existence sous peine de n'avoir qu'un impact limité sur la réalisation des droits. Tenir compte de ces éléments emporte trois implications fondamentales selon Emmanuel Jeuland : l'instauration d'une aide pour les plus démunis, le respect d'un délai raisonnable de procédure et la reconnaissance d'un droit à l'exécution du jugement²⁴²⁹. Sans s'aventurer dès à présent sur le terrain de l'exécution des décisions de justice, le droit au recours effectif dans le cadre du contentieux de la non-discrimination mérite d'être considéré à la lueur des répercussions financières (I) et temporelles (II) du procès²⁴³⁰ qui pèsent sur les victimes. À ces deux niveaux, des marges d'amélioration qui permettent de favoriser la revendication du droit à la non-discrimination demeurent envisageables.

I. Atténuer les implications financières du procès

661. Lorsqu'elle affecte le recours au droit, l'indigence financière des victimes aboutit à entériner l'ineffectivité de l'interdiction de la discrimination. La violation de cette norme échappe à l'appréhension juridictionnelle, non nécessairement par choix mais du fait de circonstances extrajuridiques subies. Le député Razzy Hammadi, rapporteur général sur le projet de loi égalité et citoyenneté adopté en janvier 2017, affirmait précisément qu'« aujourd'hui, si une victime sur deux n'engage pas de poursuites, c'est en raison du coût de la procédure »²⁴³¹. Pour assurer le

²⁴²⁷ CHAMPEIL-DESPLATS, V., « Effectivité et droits de l'Homme : approche théorique », *op. cit.*, p. 22.

²⁴²⁸ JEULAND, E., *Droit processuel général*, *op. cit.*, p. 230.

²⁴²⁹ *Idem*, p. 231.

²⁴³⁰ V. encore CHAPPE, N., OBIDZINSKI, M. et GIRAUD, R., « Analyse économique de l'accès au juge », in DONNIER, V. et LAPÉROU-SCHENEIDER, B. (dir.), *L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 379-380 : « Les déterminants de l'accessibilité [des juridictions] sont de trois ordres : les aspects financiers (frais de justice, rémunération des avocats), le temps et la facilité d'accès, et l'information à la disposition des requérants potentiels » ; concernant plus particulièrement le premier facteur, « la décision d'intenter une action est donc déterminée par [...] les coûts supportés lors de la procédure et les gains (compensations) attendus ».

²⁴³¹ Commission spéciale chargée d'examiner le projet « égalité et citoyenneté », jeudi 16 juin 2016, séance de 15h, compte rendu n° 17, en ligne [URL : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr-csegalite/15-16/c1516017.asp>].

déclenchement du processus de réalisation du droit par la revendication contentieuse, plusieurs soutiens financiers sont envisageables afin que l'épreuve du procès s'approche le plus possible d'un jeu à somme nulle dont les requérants ne sortiraient pas doublement amoindris. Certaines des aides financières envisageables sont relativement classiques et non spécifiques au contentieux de la non-discrimination (A). D'autres, plus novatrices, prennent la forme de fonds spéciaux et s'inscrivent historiquement dans un mouvement proactif de lutte contre les discriminations (B). L'absence d'instauration de ce dernier type d'aides financières en France ainsi que l'aspect perfectible, en certains points, des aides classiques, permettent à terme de souligner l'insuffisance du concours financier apporté aux victimes de discrimination en situation de précarité économique.

A. Les perspectives limitées des modalités classiques de soutien financier au bénéficiaire du requérant

662. Au sein des modalités classiques de soutien financier accordé aux requérants, il est possible de distinguer celles accessibles *a priori*, que la victime de discrimination peut solliciter avant la saisine du juge²⁴³² (1), de celles octroyées *a posteriori*, sur décision juridictionnelle à l'issue de l'action (2).

1) La sous-dotation des dispositifs d'aides financières accessibles dès la phase précontentieuse

663. Parmi les aides financières disponibles *a priori*, l'aide juridictionnelle occupe indubitablement une place prépondérante. Son attribution est régie par les dispositions de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 dont l'article 2 dispose que peuvent en bénéficier « les personnes physiques dont les ressources sont insuffisantes pour faire valoir leurs droits ». Selon le Conseil d'État, cette aide a pour objet de « rendre effectif le principe à valeur constitutionnelle du droit d'exercer un recours »²⁴³³. C'est bien sous cet angle qu'elle peut être envisagée comme facteur de réalisation du droit de la non-discrimination pour les victimes en état de vulnérabilité économique. Les frais qui incombent normalement à la victime sont, dans cette hypothèse, laissés à la charge de l'État qui

²⁴³² V. ici CHAPPE, N., OBIDZINSKI, M. et GIRAUD, R., « Analyse économique de l'accès au juge », *op. cit.*, p. 380 (« Les aspects financiers, c'est-à-dire la mesure dans laquelle les contraintes budgétaires auxquelles font face les requérants potentiels peuvent être un frein à leur accès au juge, et les moyens pour y remédier, sont généralement examinés sous l'angle des aides juridictionnelles et des frais d'avocats ») et p. 389-390 (« Les coûts générés par ces services peuvent alors constituer un frein à l'accès à la justice et au juge en incitant certains justiciables contraints financièrement à renoncer à leur droit. Comment pallier cette difficulté ? Deux systèmes s'opposent : le système fondé sur l'aide juridictionnelle (les dépenses sont prises en charge totalement ou partiellement par les fonds publics) et le système fondé sur la rémunération contingente des avocats (les parties n'ont plus à effectuer les dépenses *ex ante*) »).

²⁴³³ CE, 3/8 SSR, 10 janvier 2001, *Mme Coren*, nos 211878 et 213462, Lebon. V. entre autres, BARTHÉLEMY, J., « Aide juridictionnelle », *Répertoire de contentieux administratif*, septembre 2007 (actualisation : janvier 2014).

endosse les dépenses liées à l'assistance d'un avocat en plus d'assurer le concours des officiers publics. Si elle peut être obtenue en matière gracieuse ou contentieuse, en demande ou en défense et devant toute juridiction, cette aide est néanmoins sujette à conditions. Le demandeur doit être de nationalité française, ressortissant communautaire ou de nationalité étrangère mais résidant habituellement et régulièrement en France. Il doit justifier une insuffisance de ressources qui lui permettra d'obtenir, selon sa situation, une aide totale ou partielle²⁴³⁴. Dans l'éventualité d'une aide partielle²⁴³⁵, en supplément de la part contributive de l'État, la charge d'honoraires ou d'émoluments complémentaires est laissée au bénéficiaire. Lorsque le demandeur de l'aide juridictionnelle se trouve également être le requérant, sa requête ne doit évidemment pas être manifestement irrecevable ou dénuée de fondement²⁴³⁶. Sous réserve de ces conditions, la demande peut être formulée avant ou pendant l'instance, au bureau d'aide juridictionnelle du tribunal judiciaire compétent²⁴³⁷. Ce secours financier peut aussi être accordé à des personnes morales, ce qui inclut les associations qui œuvrent à la lutte contre les discriminations, sous réserve de trois conditions : posséder un but non lucratif, avoir son siège social en France et justifier de ressources insuffisantes²⁴³⁸. Au regard des décisions recensées dans le contentieux de la non-discrimination, cette dernière possibilité ne semble néanmoins pas saisie par les acteurs collectifs. L'aide juridictionnelle individuelle constitue, cela dit, un premier dispositif de droit commun qui témoigne du souci d'accessibilité des prétoires et offre un concours appréciable pour les individus en situation de vulnérabilité économique qui désirent faire valoir leur droit à la non-discrimination.

664. La mise en place d'une d'aide juridique spécialisée témoignerait en complément de l'intérêt politique attaché au succès des allégations de discrimination estimées fondées. Cette assistance, telle qu'envisagée *supra*²⁴³⁹, pourrait contribuer à l'accessibilité financière des prétoires en couvrant une partie des frais liés au processus de résolution du litige du fait de l'accompagnement de la victime (*e.g.* service d'orientation, informations sommaires, avis, aide à la saisine, constitution du dossier,

²⁴³⁴ Depuis le 1^{er} janvier 2019, les plafonds d'admission fixés sont respectivement de 1 031 et de 1 546 euros. V. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Circulaire du 17 janvier 2019, n° SG-19-003 (NOR : JUST1901743C). L'appréciation des ressources tient compte de la moyenne mensuelle sur la dernière année civile. Sur le calcul, v. not. art. 5, al. 1 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 et art. 2 du décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991 portant application de la loi du 10 juillet 1991.

²⁴³⁵ Art. 34 de la loi du 10 juillet 1991.

²⁴³⁶ Cette ultime condition confère un pouvoir conséquent aux bureaux d'aide juridictionnelle qui doit toutefois être nuancé : d'une part parce qu'il ne s'agit que de l'appréciation d'une carence « manifeste » et, d'autre part, parce que dans l'hypothèse où l'aide juridictionnelle n'a pas été accordée et que le juge fait droit à l'action, le demandeur bénéficiera du remboursement des frais et honoraires engagés à hauteur de l'aide juridictionnelle dont il aurait dû bénéficier.

²⁴³⁷ V. art. 13 et 14 de la loi du 10 juillet 1991. Les cours suprêmes disposent de leur propre bureau d'aide juridictionnelle.

²⁴³⁸ Art. 2, al. 2 et 70 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 et art. 5 du décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991. Sur cette question, v. encore MAURICE, S., « Le contentieux administratif et les associations (1^{ère} partie) », *loc. cit.*

²⁴³⁹ V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, II, B.

recherche de la preuve, représentation lors d'une médiation conventionnelle ou judiciaire, représentation à l'instance, assistance en vue de l'exécution des jugements). Elle serait susceptible de favoriser la réduction des causes de non-recours au droit, de contribuer à l'augmentation quantitative des contestations judiciaires ainsi qu'à l'amélioration qualitative de leur traitement. En prenant en charge ces affaires, elle éviterait par ailleurs de faire reposer la revendication du droit à la non-discrimination pour les victimes indigentes sur le seul activisme judiciaire des associations, lesquelles disposent de moyens limités²⁴⁴⁰. L'aide juridique spécialisée présenterait également l'avantage par rapport à l'aide juridictionnelle d'améliorer qualitativement la représentation des victimes sans pour autant en augmenter les coûts. Des auteurs étrangers ont pu constater à cet égard que l'aide juridictionnelle avait pour effet de rémunérer les conseils des victimes de discrimination au tarif légal, ce qui n'encourageait guère le développement de l'expertise. Là où elle fut mise en œuvre, l'aide juridique spécialisée a, quant à elle, permis l'engagement et la formation antidiscriminatoire d'avocats, ne serait-ce qu'en raison de la structuration d'une démarche collective fondée sur l'expertise (*e.g.* clinique juridique)²⁴⁴¹.

665. Quelle que soit l'hypothèse envisagée, aide juridictionnelle ou aide juridique spécialisée, les coûts sont transférés aux pouvoirs publics qui assument la charge du financement. Ces coûts sont conséquents. Environ 500 millions d'euros sont consacrés annuellement à l'aide juridictionnelle en France²⁴⁴². Quant à l'aide juridique spécialisée, pour obtenir un ordre de grandeur, dans les trois principales provinces canadiennes qui ont instauré un tel système (*i.e.* Ontario, Québec et Colombie-Britannique), regroupant cumulativement 40 % de la population française, ce sont 12,14 millions d'euros (*i.e.* 17,7 millions de dollars²⁴⁴³) qui y sont consacrés²⁴⁴⁴. Un investissement significatif semblerait indispensable en France alors même que, en parallèle, la CNCDH, le Sénat,

²⁴⁴⁰ MERCAT-BRUNS, M. et PERELMAN, J. (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination*, *op. cit.*, p. 173.

²⁴⁴¹ DAY, S., *Rolling Back Human Rights in BC. An Assessment of Bill 53 – the Government of British Columbia's Draft Human Rights Legislation*, Vancouver, Canadian Centre for Policy Alternative BC Office, 2002, p. 15.

²⁴⁴² DÉFENSEUR DES DROITS, Avis n° 19-09, 27 mai 2019, p. 3 : « D'une certaine façon, l'AJ est victime de son succès. Le budget alloué à l'AJ en 2018 était de 478,8 millions d'euros contre 447,2 millions d'euros en 2017, soit une augmentation de 7,1 %. Par ailleurs, il ressort du projet de loi de finances pour 2019 que les dépenses relatives à l'AJ devraient atteindre 506,7 millions d'euros et le nombre de personnes éligibles à l'AJ pour 2019 devrait continuer d'augmenter, poursuivant la tendance observée ces dernières années ».

²⁴⁴³ Taux du jour à 0,7183 (11 octobre 2019). Source : Banque du Canada.

²⁴⁴⁴ 9 millions en Ontario (correspondant à la réduction des dépenses de la Commission entre 2008/2009 et 2010/2011 à la suite de la réforme du *Bill 107*, environ 63 % du budget total, somme préalablement consacrée au traitement préjuridictionnel des plaintes et réaffectée au Centre d'assistance juridique et au tribunal des droits de la personne – complétée de cinq millions de dollars supplémentaires pour gérer la transition du nouveau système), 6,723 millions au Québec (correspondant à la moyenne des dépenses pour la fonction préjuridictionnelle entre 2012 et 2015 consacrées à la recevabilité, à l'enquête, à la médiation et au contentieux, soit environ 44 % du budget total de l'institution ; cette somme peut être assimilée à une dépense d'aide juridique spécialisée considérant la fonction de représentation des requérants devant le tribunal des droits de la personne qui incombe à la commission, contrairement au Défenseur des droits en France dont l'intervention se cantonne à un traitement extrajuridictionnel) et 2 millions en Colombie-Britannique (correspondant à la somme affectée annuellement à la *BC Human Rights Clinic*).

l'ancienne Garde des Sceaux ou encore le Défenseur des droits plaident régulièrement pour une revalorisation des moyens de l'aide juridictionnelle qui, eux aussi, font défaut selon ces acteurs²⁴⁴⁵. Une première limite semble ainsi résider dans la sous-dotation des aides d'État qui ont vocation à pallier l'indigence des requérants pour favoriser leur action.

666. D'autres aides financières pourraient être envisagées pour renforcer l'accessibilité des prétoires. Tel est notamment le cas des honoraires de résultats ou honoraires conditionnels. La difficulté tient alors à ce que, en droit français, « toute fixation d'honoraires qui ne le serait qu'en fonction du résultat judiciaire est interdite »²⁴⁴⁶. Cela reviendrait à un pacte de *quota litis*²⁴⁴⁷, également prohibé par l'article 11.3 du règlement intérieur du Barreau de Paris²⁴⁴⁸. En revanche, « est licite la convention qui, outre la rémunération des prestations effectuées, prévoit la fixation d'un honoraire complémentaire en fonction du résultat obtenu ou du service rendu »²⁴⁴⁹. Il serait de la sorte envisageable de limiter temporairement les frais immédiats de représentation pour la victime, quitte à les revaloriser par la suite, en fonction des honoraires complémentaires, eux-mêmes tributaires du succès de la requête. Le développement de cette pratique apparaît néanmoins peu souhaitable. Elle aurait pour principale conséquence de faire supporter au conseil le poids de l'aide à la victime afin de favoriser l'accessibilité des juridictions et la réalisation du droit de la non-discrimination. Elle placerait par ailleurs l'intérêt indemnitaire au premier plan de l'action, ce qui peut engendrer des conflits d'intérêts entre le client et son conseil concernant la suite à donner au litige²⁴⁵⁰.

²⁴⁴⁵ V. respectivement : PORTMANN, A., « La CNCDH demande au gouvernement de réévaluer l'aide juridictionnelle », *Dalloz Actualité*, 3 octobre 2013 ; MUCCHIELLI, J., « Un rapport du Sénat prône le doublement de l'aide juridictionnelle », *Dalloz Actualité*, 10 juillet 2014 ; FLEURIOT, C., « Christiane Taubira veut revaloriser le plafond de l'aide juridictionnelle totale », *Dalloz Actualité*, 18 décembre 2014. Une revalorisation conséquente des moyens attribués doit depuis être soulignée. V. toutefois récemment DÉFENSEUR DES DROITS, Avis n° 19-09, 27 mai 2019, p. 10 : « Il ressort de ces données que les plafonds d'admission à l'AJ laissent en dehors du système une partie des justiciables dont les revenus sont les plus modestes » ; « Le Défenseur des droits recommande le relèvement des plafonds d'admission à l'AJ ».

²⁴⁴⁶ Art. 10, al. 5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971.

²⁴⁴⁷ V. sur ce point CHAPPE, N., OBIDZINSKI, M. et GIRAUD, R., « Analyse économique de l'accès au juge », *op. cit.*, p. 391-393.

²⁴⁴⁸ « Il est interdit à l'avocat de fixer ses honoraires par un pacte de *quota litis*. Le pacte de *quota litis* est une convention passée entre l'avocat et son client avant décision judiciaire définitive, qui fixe exclusivement l'intégralité de ses honoraires en fonction du résultat judiciaire de l'affaire, que ces honoraires consistent en une somme d'argent ou en tout autre bien ou valeur ».

²⁴⁴⁹ Art. 10, al. 5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réformes de certaines professions judiciaires et juridiques, introduit par l'art. 72 de la loi n° 91-647 du 11 juillet 1991. La convention devra indiquer la nature exacte du résultat attendu, les modalités de calcul des honoraires ainsi que le pourcentage à appliquer ou la somme forfaitaire qui sera due. V. à cet égard GJIDARA-DECAIX, S., « Les règles de répartition des frais en procédure civile », *RIDC*, vol. 62, n° 2, 2010, p. 343-348. Le cas échéant, le juge se réserve la possibilité de réduire les honoraires de résultat convenus initialement entre l'avocat et son client lorsqu'ils ceux-ci apparaissent exagérés au regard du service rendu (Cass. civ. 2^e, 13 mars 2003, n° 01-15.933, *Bull.* II, n° 59, p. 52).

²⁴⁵⁰ Par exemple, réticence du conseil à opter pour la voie de la médiation. Sur ce point, v. CHAPPE, N., OBIDZINSKI, M. et GIRAUD, R., « Analyse économique de l'accès au juge », *op. cit.*, p. 392.

667. La rareté de ces pratiques et leur inopportunité invitent en conséquence à insister sur l'importance première d'une dotation adéquate de l'aide juridictionnelle ainsi que sur la nécessité d'une institutionnalisation et d'un financement d'une aide juridique spécialisée. Outre les aides intervenant avant tout procès, il est également possible de se tourner, en complément, vers les aides financières accessibles sur décision juridictionnelle.

2) Le potentiel restreint des aides financières accessibles sur décision juridictionnelle

668. Bien que plus tardives, certaines décisions juridictionnelles peuvent contribuer à atténuer rétrospectivement les difficultés financières rencontrées lors de la conduite de l'action. Il en va ainsi des condamnations aux dépens et au remboursement des frais irrépétibles qui permettent de recouvrer une partie des sommes engagées dans le cadre du procès. Les frais inclus dans les dépens se trouvent limitativement énumérés par voie législative ou réglementaire et varient en fonction de la matière contentieuse envisagée, qu'elle soit administrative²⁴⁵¹, civile²⁴⁵² ou pénale²⁴⁵³. Le principe de leur répartition est quant à lui commun aux matières administrative et civile puisque les dépens sont dans les deux cas supportés par la partie perdante, sauf si les circonstances de l'affaire conduisent le juge à en mettre la totalité ou une fraction à la charge d'une autre partie²⁴⁵⁴. La gratuité de la procédure pénale implique en parallèle d'attribuer à l'État la charge des dépens²⁴⁵⁵. Quant aux frais irrépétibles (*i.e.* somme déterminée par le juge au titre des frais exposés et non compris dans les dépens, notamment les honoraires d'avocats)²⁴⁵⁶, le juge est habilité à les attribuer à la partie tenue aux dépens ou, à défaut, à la partie perdante – *a fortiori* en matière pénale²⁴⁵⁷. Pour ce faire, il tient compte de l'équité et de la situation économique de la partie concernée et peut, le cas échéant, renoncer à cette condamnation.

²⁴⁵¹ En matière administrative, les dépens sont entendus de manière restrictive comme les frais d'expertise, d'enquête et de toute autre mesure d'instruction dont les frais ne sont pas à la charge de l'État. V. art. R. 761-1 du CJA.

²⁴⁵² Plus généreusement, le CPC (art. 695) considère tant les droits, taxes, redevances, que les frais de traduction, les indemnités des témoins, les rémunérations de techniciens, les débours tarifés, les émoluments des officiers publics ou ministériels, les rémunérations réglementées des avocats, les frais de notification, etc.

²⁴⁵³ Art. R. 92 du CPP.

²⁴⁵⁴ Art. R. 761-1, alinéa 2 du CJA et 696 du CPC. À noter toutefois plusieurs situations particulières. Tout d'abord, lorsque la partie perdante bénéficie de l'aide juridictionnelle, l'art. 42 de la loi du 10 juillet 1991 dispose qu'elle supporte « exclusivement » (*i.e.* sans concours de l'État) la charge des dépens et des frais exposés par son adversaire – à moins que le juge n'en décide autrement. En revanche, dans l'hypothèse inverse, lorsque la partie perdante ne bénéficie pas de l'aide juridictionnelle mais que la partie adverse en bénéficie, la première est tenue de rembourser au Trésor public les sommes exposées par l'État (art. 42 de la loi du 10 juillet 1991). Toujours dans cette hypothèse, l'avocat de la partie victorieuse peut renoncer à percevoir la somme correspondant à la part contributive de l'État et poursuivre contre la partie condamnée aux dépens et non bénéficiaire de l'aide juridictionnelle le recouvrement des émoluments que le bénéficiaire de l'aide aurait exposés s'il n'avait pas été bénéficiaire de l'aide juridictionnelle (art. 37 de la loi du 10 juillet 1991). V. encore HAÏM, V., « Frais de justice », *Répertoire de contentieux administratif*, septembre 2014, not., § 41-49.

²⁴⁵⁵ Art. 800-1 du CPP.

²⁴⁵⁶ V. art. R. 93 du CPP.

²⁴⁵⁷ Art. L. 761-1 du CJA, 700 du CPC et 475-1 ou 618-1 du CPP.

669. La condamnation aux dépens repose traditionnellement sur une volonté de compenser *a posteriori* les frais engagés par la partie qui était dans son bon droit. Elle peut éventuellement découler d'une volonté de sanctionner des conduites déraisonnables ou vexatoires ayant occasionné des coûts supplémentaires lors du procès. Il n'est toutefois pas exclu qu'elle puisse aussi avoir comme justification la garantie de l'accessibilité de la justice. Tel est par exemple l'usage défendu par la Cour suprême du Canada qui relevait en 2003 que, « dans des cas spéciaux où des parties aux ressources limitées cherchent à faire respecter leurs droits constitutionnels, les tribunaux exercent souvent leur pouvoir discrétionnaire d'adjudication des dépens de façon à ne pas les mettre dans une situation difficile que pourrait causer l'application des règles traditionnelles »²⁴⁵⁸. Elle a ainsi reconnu qu'en dérogeant à ces règles traditionnelles, les tribunaux contribuent « à aider les citoyens ordinaires à avoir accès au système juridique lorsqu'ils cherchent à régler des questions qui revêtent de l'importance pour l'ensemble de la collectivité »²⁴⁵⁹. L'attribution des dépens peut alors être érigée en instrument de politique juridique d'accessibilité des prétoires au bénéfice des requérants en matière de discrimination.

670. Concernant la pratique des juridictions françaises, l'analyse – non exhaustive – de la jurisprudence révèle une pratique équilibrée, voire irréprochable. Les juridictions administratives, civiles, prud'homales et pénales condamnent presque systématiquement la partie reconnue responsable de discrimination, non seulement au paiement des dépens, mais également au remboursement des frais irrépétibles²⁴⁶⁰. Ils ne condamnent en parallèle la victime alléguée qui succombe à ses prétentions que lorsqu'elle n'apporte aucun élément de fait, lorsqu'elle est responsable d'un comportement initial fautif²⁴⁶¹ ou, en matière pénale, lorsque sa constitution de

²⁴⁵⁸ *Colombie-Britannique (ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 RCS 371, § 27.

²⁴⁵⁹ *Ibidem*. Dès lors, la part d'intérêt général que recèle un litige est érigée par la Cour suprême en facteur justificatif de l'allocation de dépens au nom de l'accessibilité du système judiciaire. Pour ces motifs, la partie perdante peut être exemptée du paiement des frais de la partie adverse. De surcroît, pour ces mêmes motifs, il est possible que les frais de la partie perdante soient pris en charge par le défendeur victorieux. En effet, dans un second temps, la Cour a considéré que : « dans des affaires vraiment exceptionnelles mettant en cause des questions d'intérêt public, la partie qui perd sur le fond peut non seulement être dispensée du paiement des frais de la partie adverse, mais aussi voir ses propres frais payés par l'intervenant ou la partie victorieuse » (*idem*, § 28). Alors, tout en reconnaissant avec le juge Osler qu'il ne faut pas traiter le défendeur « comme une source de fonds intarissable de manière à encourager les demandes marginales » (*Canadian Newspapers Co. Ltd. v. Attorney-General of Canada and two other actions*, 1986 ONSC 2675 (CanLII)), la Cour suprême conforte les propos du juge Epstein qui insistait sur le fait que « l'octroi des dépens peut être utilisé comme instrument de politique juridique » lorsqu'il s'agit de « donner aux citoyens ordinaires la possibilité d'intenter des poursuites fondées sur la Charte » (*Rigers v. Sudbury (Administrator of Ontario Works)*, 2001 ONSC 28087 (CanLII)).

²⁴⁶⁰ Soulignons une exception pour la CA Nîmes. V. CA Nîmes, 29 janvier 2013, n° 11/05375, n° 11/05376, n° 11/05377, et CA Nîmes, 11 octobre 2011, n° 10/01411.

²⁴⁶¹ Pour la jurisprudence administrative, v. CAA Nancy, 3ème ch., 20 mars 2014, n° 13NC00964, CAA Lyon, 3ème ch., 18 mars 2014, n° 13LY00275, CAA Bordeaux, 6ème ch., 4 janvier 2016, n° 14BX01497 ou encore CAA Lyon, 3ème ch., 18 mars 2014, n° 13LY02084. Pour la jurisprudence judiciaire (sociale), v. : Cass. soc., 3 avril 2013, n° 12-16.870 à 12-16.877, inédits ; Cass. soc., 3 juillet 2012, n° 10-25.747, inédit ; CA Colmar, 15 mars 2012, n° 10/05414 ; CA Agen, 6 novembre 2007, n° 06/01400 ; CA Nancy, 29 juin 2007, nos 04/03291, n° 04/03292.

partie civile est jugée abusive ou dilatoire²⁴⁶². En cas de relaxe ou d'acquiescement, l'article 800-2 du CPP dispose de plus que la personne poursuivie peut rechercher l'obtention d'une indemnité à la charge de l'État – et non de la prétendue victime – au titre des frais irrépétibles²⁴⁶³. La pratique française n'est dès lors pas préjudiciable aux requérants qui allèguent une discrimination. Elle s'avère au contraire pleinement satisfaisante. En effet, il serait manifestement excessif de plaider en faveur d'un système absolument dissymétrique où les requérants seraient systématiquement exemptés de la charge des dépens et où les défendeurs innocents ne récupèreraient jamais leur mise.

671. La condamnation au versement de dommages-intérêts punitifs pourrait, elle aussi, être perçue comme une modalité potentielle de renforcement de l'accessibilité financière des prétoires pour les victimes de discriminations. Elle est néanmoins exclue en France où le principe de la réparation intégrale limite l'affectation des dommages-intérêts à la seule réparation du préjudice subi, excluant tout usage proactif ou punitif²⁴⁶⁴. Une telle condamnation est généralement motivée à l'étranger par une atteinte intentionnelle ou inconsidérée mais non par le renforcement de l'accessibilité des juridictions²⁴⁶⁵. Le caractère punitif serait, il est vrai, pour le moins inapproprié à la poursuite de cette finalité. La piste de l'aide financière sur prononcé juridictionnel en France semble alors se limiter, pour les victimes de discrimination, aux modalités de condamnation aux dépens et aux frais irrépétibles. Une ultime possibilité peut néanmoins être envisagée, liée aux dépens, mais exigeant leur versement avant la fin du litige dans le cadre de la provision *ad litem*.

672. La provision *ad litem* ou provision pour frais d'instance s'applique habituellement en tant que mesure provisoire en matière de divorce²⁴⁶⁶. Elle peut également être octroyée dans d'autres domaines par le juge des référés sur le fondement des articles R. 541-1 du CJA (référé provision)²⁴⁶⁷, R. 1455-7 du Code du travail²⁴⁶⁸ et 809, alinéa 2 du CPC. Ce dernier dispose que, « dans les cas où

²⁴⁶² Conformément à l'al. 2 de l'art. 800-1 du CPP. *E.g.* Cass. crim., 2 février 1993, n° 91-80.368, inédit et Cass. crim., 25 avril 1989, n° 86-96.046, inédit.

²⁴⁶³ V. en complément art. R. 249-2 du CPP. Il peut en être autrement uniquement « sur réquisitions du procureur de la République et par décision motivée, si [le juge] estime que la constitution de partie civile a été abusive ou dilatoire » et si l'action publique a été mise en mouvement par la partie civile (art. R. 249-5 du CPP).

²⁴⁶⁴ Le principe de la stricte équivalence entre l'indemnité et l'évaluation monétaire du préjudice subi fut notamment invoqué par le gouvernement pour s'opposer à la création d'un fonds d'action collective qui bénéficierait d'un financement des parties condamnées. V. Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi « égalité et citoyenneté », jeudi 16 juin 2016, séance de 15h, compte rendu n° 17, à propos de l'amendement CS1072.

²⁴⁶⁵ *E.g.* art. 53(3) de la Loi canadienne sur les droits de la personne et art. 49 de la Charte québécoise.

²⁴⁶⁶ Art. 255, 6° du Code civil.

²⁴⁶⁷ « Le juge des référés peut, même en l'absence d'une demande au fond, accorder une provision au créancier qui l'a saisi lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable. Il peut, même d'office, subordonner le versement de la provision à la constitution d'une garantie ». V. sur ce point DUBREUIL, C-A., « Le référé-provision, référé administratif au fond ? », *RFD-A*, 2007, p. 1005. Pour une application de cette disposition dans un litige concernant un refus discriminatoire de scolarisation d'enfants roms, v. CE, 4/1 ch., 19 décembre 2018, *M. et Mme B. c. Commune de Ris-Orangis*, n° 408710, mentionné aux tables.

²⁴⁶⁸ « Dans le cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, la formation de référé peut accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire ».

l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, [le juge] peut accorder une provision au créancier » sans condition d'impécuniosité²⁴⁶⁹. Une provision peut encore être attribuée – plus rarement – sur le fondement de l'article 808 du CPC, qui prévoit en cas d'urgence le prononcé de « toutes les mesures [...] que justifie l'existence d'un différend », ou de l'article 145 du même code, dans le cadre des mesures d'instruction et sous réserve d'un « motif légitime »²⁴⁷⁰. À l'étranger, la provision *ad litem* fut parfois perçue comme un moyen d'accès aux tribunaux. Le Lord Chancellor britannique estimait en ce sens en 1742 dans un arrêt *Jones v. Coxeter* que : « *the poverty of the person will not allow her to carry on the cause, unless the court will direct the defendant to pay something to the plaintiff in the mean time* »²⁴⁷¹. Elle peut ainsi être ponctuellement octroyée en tenant compte de la vulnérabilité économique d'une des parties afin de garantir la possibilité de faire valoir un droit. Aux fondements de ce pouvoir, se trouve la volonté de garantir l'accès à la justice, d'atténuer les inégalités financières entre les parties aux litiges, et d'éviter le non-recours au droit résultant de l'indigence²⁴⁷².

673. Cette argumentation se retrouve – certes plus timidement – en France et pourrait être envisagée dans le cadre de certains litiges fondés sur un cas de discrimination. Comme le relève Yves Strickler, pour justifier l'octroi d'une provision *ad litem*, le juge a parfois associé les articles 809 du CPC et 10 du Code civil tout en affirmant le droit à un procès équitable et à l'égalité des armes²⁴⁷³. Plaidant avec ferveur pour le développement de cette possibilité en droit français, l'auteur invoque la nécessité de « s'assurer du déroulement d'une procédure équilibrée », « dans des conditions dignes d'un État de droit », par une « mesure à visée conservatoire », constituant « une avance permettant la réalisation des droits » et la révélation de la solution du litige « dans des conditions qui ne placent pas la partie faible à l'instance dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »²⁴⁷⁴. Si l'ordonnance d'une provision *ad litem* pourrait être justifiée et particulièrement utile dans certains cas exceptionnels²⁴⁷⁵, il serait toutefois regrettable qu'elle aboutisse à une garantie générale d'accès à la justice par l'intermédiaire d'une nouvelle méthode de

²⁴⁶⁹ Cass. civ. 2^e, 18 juin 2009, n° 08-14.864, *Bull.* II, n° 166 ; *RGDA*, 2009/04, p. 1322, comm. BEAUCHARD, J. V. aussi : Cass. civ. 2^e, 2 juillet 2009, nos 08-17.881 et 08-17.882 ; KEBIR, M., « Provision *ad litem* : exigence d'une obligation non-sérieusement contestable », *Dalloz actualité*, 25 février 2015 ; KEBIR, M., « Provision *ad litem* : causes d'exonération et recherche du caractère sérieux de la contestation », *Dalloz actualité*, 25 juin 2015.

²⁴⁷⁰ V. STRICKLER, S., « Pour une nouvelle approche de la provision *ad litem* », *D.*, 2013, p. 2588 et s. Pour un cas d'illustration, v. Cass. civ. 2^e, 29 janvier 2015, n° 13-24.691, *Bull.* II, n° 19 (*a contrario* Cass. civ. 1^e, 25 février 2016, n° 15-11.257, *BICC*, 2016, n° 845, I, n° 978). Soulignons en sus l'art. 269 du CPC qui permet au juge d'ordonner à une partie de payer une provision sur la rémunération de l'expert.

²⁴⁷¹ *Jones v. Coxeter* (1742), 2 Atk. 400, 26 E.R. 642 (Ch.).

²⁴⁷² En ce sens, v. encore *Colombie-Britannique c. Bande indienne Okanagan*, *op. cit.*, § 31 et § 38.

²⁴⁷³ STRICKLER, S., « Pour une nouvelle approche de la provision *ad litem* », *loc cit.*, à propos de CA Versailles, 12 septembre 2012, n° 11/08806, et TGI Nanterre, 13 juin 2012, n° 13/01276.

²⁴⁷⁴ *Ibidem*.

²⁴⁷⁵ *E.g.* CE, 4/1 ch., 19 décembre 2018, *M. et Mme B. c. Commune de Ris-Orangis*, n° 408710, mentionné aux tables (affaire relative au refus de scolarisation d'enfants rom).

financement des plaideurs²⁴⁷⁶ qui révélerait en creux un « activisme judiciaire imprudent et malencontreux »²⁴⁷⁷. Le risque est également que l'attribution d'une provision *ad litem* laisse préjuger de l'issue du litige²⁴⁷⁸. Surtout, la condition posée d'absence de contestation sérieuse sur l'existence de l'obligation se prête extrêmement mal à un usage aux fins de renforcement de l'accès au juge dans le contentieux de la non-discrimination, particulièrement casuistique et centré sur l'appréciation des justifications avancées²⁴⁷⁹.

674. Considérant l'aspect satisfaisant des modalités de condamnation aux dépens et frais irrépétibles ainsi que l'inopportunité d'une aide financière par le biais de dommages-intérêts punitifs ou de provision *ad litem*, d'autres modalités de financement, non plus classiques mais liées au fonctionnement de fonds spéciaux en matière de non-discrimination, pourraient se révéler plus appropriées.

B. Le concours inexploité des fonds spéciaux d'aide aux actions contentieuses

675. Des financements alternatifs ont été progressivement développés à l'étranger de manière plus innovante et selon une perspective proactive de lutte contre les discriminations. La France n'a envisagé cette voie que tardivement. En dépit d'une tentative récente, l'institutionnalisation d'un fonds de participation au financement des actions de groupe a été avortée (1). Si les obstacles politiques demeurent, en raison de pouvoirs publics se refusant pour le moment à favoriser par ce biais les requérants qui revendiquent leur droit à la non-discrimination, des perspectives restent ouvertes pour l'avenir. Outre le financement des actions de groupe, l'organisation d'un programme de contestation judiciaire pourrait notamment être envisagée, à l'instar d'un dispositif déjà mis en œuvre au Canada (2).

²⁴⁷⁶ En ce sens, v. *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu)*, [2007] 1 RCS 38, § 5.

²⁴⁷⁷ LE BEL, L., « L'accès à la justice et son impact sur le droit à l'égalité réelle », *op. cit.*, p. 48.

²⁴⁷⁸ Soulignons qu'aucune obligation positive ne l'impose, pas même sur le fondement de l'article 6 de la Convention EDH. V. CA Versailles, 19 juin 2013, n° 12/06311 : « Les dispositions de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui imposent aux États de placer les justiciables dans une situation d'égalité des armes sur le plan juridique et de garantir à chacun un libre accès au juge (ce à quoi la législation française satisfait notamment par les dispositions relatives à l'aide juridictionnelle et par la procédure gratuite devant la cour d'appel visée par l'article L311-12 du code de l'organisation judiciaire) ne sont pas de nature à faire naître une obligation - au sens de [l'article 809, alinéa 2, du CPC] - à la charge [du défendeur] ».

²⁴⁷⁹ Pour une illustration en droit du travail, v. CA Paris, pôle 6, ch. 2, 8 novembre 2018, n° 18/00329 : « Dans ces conditions, le non-versement d'indemnités repas et menus frais à Mme Sylvie G. pendant ses journées de déprogrammation ne constitue pas une discrimination qui caractériserait, en cet état de référé, un trouble manifestement illicite. Par voie de conséquence, les créances indemnitaires alléguées se heurtent à une contestation sérieuse au sens des dispositions de l'article R 1455-7 du code du travail, compte tenu de l'absence du trouble manifestement illicite censé les justifier ».

1) L'échec de la mise en place d'un fonds de participation au financement des actions de groupe en matière de non-discrimination

676. Alors que la loi J21 du 18 novembre 2016 a permis d'élargir l'emprise des actions de groupe en droit français, les moyens financiers extrêmement limités des associations éprouvent la viabilité de ces actions en l'absence de soutien public. Les responsables associatifs insistent sur « leur manque de moyens, accentué ces dernières années par la baisse des subventions publiques »²⁴⁸⁰ et regrettent de ne pas être davantage en mesure de soutenir les individus victimes de discrimination dans leur cheminement contentieux. L'effet défavorable de ce contexte budgétaire s'avère d'autant plus prégnant en matière d'action de groupe que cette voie procédurale repose exclusivement sur l'engagement des associations²⁴⁸¹. Ces difficultés se reflètent inévitablement dans les résultats contrastés de cette voie d'action en matière de consommation et de santé²⁴⁸². Les charges financières sont par ailleurs encore alourdies pour ce type d'action en matière de discrimination au regard de la difficulté du recueil des éléments de preuve – notamment en emploi²⁴⁸³. La question du financement est, pour ces raisons, essentielle. Profitant de l'élan législatif qui avait porté la loi J21, le projet de loi relatif à l'égalité et à la citoyenneté fut l'occasion d'envisager la création d'un fonds dédié au financement de ces actions.

677. Cette initiative s'est d'abord cristallisée en amont par le biais des recommandations du Défenseur des droits. L'organisme de promotion de l'égalité plaidait pour la création d'un fonds de financement des actions de groupe alimenté par des frais de justice spécifiques ou une partie – déterminée par le juge – des amendes civiles ayant pour objet de « sanctionner l'auteur de la discrimination collective eu égard au trouble causé à la société »²⁴⁸⁴. Sa proposition prenait appui sur l'expérience québécoise après que l'autorité constitutionnelle indépendante a rencontré les responsables du Fonds d'aide aux actions collectives²⁴⁸⁵. Implanté à Montréal depuis 1979, le Fonds d'aide aux actions collectives est constitué sous la forme d'une personne morale de droit public. Il a pour mission d'informer des modalités de mise en œuvre des actions collectives et d'assurer, le

²⁴⁸⁰ MERCAT-BRUNS, M. et PERELMAN, J. (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination*, *op. cit.*, p. 173.

²⁴⁸¹ V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, II, B, 1).

²⁴⁸² En ce sens, v. art. 63 *in* ASSEMBLÉE NATIONALE (HAMMADI, R., BIES, P. CHAPDELAINE, M-A. et CORRE, V.), *Rapport n° 3851 fait au nom de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi "égalité et citoyenneté"*, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 17 juin 2016. Précisons que seules dix-huit associations sont habilitées à porter une action de groupe en matière de consommation. Ces associations furent notamment ciblées en raison de leur représentativité et de leur capacité financière.

²⁴⁸³ En ce sens, v. les motifs de l'amendement CS 1072 déposé en Commission spéciale par les rapporteurs le 16 juin 2016, disponible en ligne lige [URL : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/3679/CSEGALITE/1072.asp>].

²⁴⁸⁴ DÉFENSEUR DES DROITS, Avis n° 15-23, *op. cit.*, p. 6 et p. 8.

²⁴⁸⁵ *Idem*, p. 2. V. notamment p. 21-23 et la Fiche annexe 2 relative à la présentation du Fonds québécois.

cas échéant, leur financement²⁴⁸⁶. Il est essentiellement financé par le prélèvement d'un pourcentage variable sur l'indemnisation des victimes en cas de condamnation. Le Fonds était alimenté en 2014 par 416 800 \$ de financement ministériel, notamment pour couvrir les frais de fonctionnement à hauteur de 423 000 \$, et par 2 642 000 \$ de sommes prélevées à l'issue des actions, dont 2 153 000 \$ attribués à l'aide aux recours. Lors de son audition en Commission spéciale, Jacques Toubon estimait que « des mesures de financement des frais de justice sont nécessaires et, de ce point de vue, le modèle québécois²⁴⁸⁷ semble tout à fait approprié »²⁴⁸⁸.

678. Les rapporteurs du projet de loi égalité et citoyenneté se firent le relai de ces recommandations par le biais du dépôt d'un amendement le 16 juin 2016 en Commission spéciale. Ils préconisaient l'institution d'un « fonds de participation au financement de l'action de groupe » doté de la personnalité morale²⁴⁸⁹ et revendiquaient, à leur tour, l'influence transatlantique, précisant que leur mécanisme d'aide aux victimes était « inspiré d'une pratique en vigueur au Québec »²⁴⁹⁰. Le fonds était conçu pour « apporter une aide financière dans le cadre d'une action de groupe exercée en justice » et aurait cette fois été « alimenté par le prélèvement d'un pourcentage des

²⁴⁸⁶ Art. 6 et 7 de la Loi sur le Fonds d'aide aux actions collectives, RLRQ C.F-3.2.0.1.1. V. aussi Règlement sur le pourcentage prélevé par le Fonds d'aide aux recours collectifs, RLRQ, R-2.1, r.2.

²⁴⁸⁷ Afin de bénéficier d'un possible financement de la part du Fonds d'aide aux actions collectives du Québec, le demandeur (*i.e.* représentant de l'action) doit exposer dans un premier temps le fondement du droit qu'il prétend faire valoir ainsi que les faits essentiels qui permettent de conclure à sa violation. Il lui incombe en outre de définir le groupe pour lequel il entend exercer le recours et de justifier de son état financier, ainsi que de celui des membres du groupe qui se sont manifestés tout en indiquant l'affectation prévue des crédits sollicités. Dans un deuxième temps, le Fonds apprécie l'opportunité d'une aide financière, fonction notamment de la possibilité pour le requérant de poursuivre l'action en dépit d'une absence de financement. Le représentant de l'action peut également présenter ses observations devant les membres du Fonds dans le cadre de l'examen du dossier. Soulignons que si la demande est formulée avant l'autorisation du recours collectif par le tribunal, le Fonds apprécie le sérieux du recours. Dans un troisième temps, les membres du Fonds répondent au demandeur dans un délai d'un mois à compter de la formulation de la demande. La décision doit, en cas de refus, être motivée, et peut être contestée sous trente jours devant le tribunal administratif du Québec. En cas d'acceptation, l'aide peut être totale ou partielle et elle se concrétise nécessairement par la conclusion d'une entente qui prévoit le montant de l'aide, les modalités de son utilisation, les avances éventuelles et les modalités de compte rendu. La somme allouée par le Fonds vise essentiellement à couvrir les honoraires d'avocat, les honoraires et frais d'expert, les frais de justice et les frais techniques utiles à la préparation ou à l'exercice de l'action collective. Par ailleurs, le demandeur peut le cas échéant se voir accorder une aide temporaire sous la forme de provision (1000 \$) et sur décision motivée d'un administrateur du Fonds lorsque ce dernier estime qu'une aide immédiate est nécessaire, par exemple en vue du prononcé d'une mesure conservatoire ou afin de contrer l'échéance d'un délai de prescription. Quant à l'attribution finale des frais de justice par le tribunal, elle ne peut intervenir qu'après audition du Fonds qui, en cas d'insolvabilité du requérant et de décision favorable au défendeur, peut rembourser les frais judiciaires de celui-ci en vue d'un recouvrement intégral et se subroger à ses droits sur la partie perdante qui devient débitrice du Fonds. V. not. art. 6, 7, 21, 22, 23, 24, 26, 28, 32, 31 et 35 de la Loi sur le Fonds d'aide aux actions collectives. En pratique, plus d'une trentaine d'actions collectives sont financées chaque année. Parmi les domaines d'intervention figurent la consommation, l'environnement, le secteur bancaire et les droits et libertés. Cet instrument de politique judiciaire proactive n'est cependant pas mis au service de la lutte contre les discriminations. Quatre facteurs peuvent être avancés pour expliquer ce constat : la préférence pour les recours portés devant les juridictions spécialisées, la systématisme du filtre préalable de la Commission québécoise des droits de la personne dans le cadre du système juridictionnel spécialisé, la prise en charge gratuite de la plainte par la Commission, ainsi que la possible saisine collective de cette dernière.

²⁴⁸⁸ ASSEMBLÉE NATIONALE (HAMMADI, R., BIES, P. CHAPDELAIN, M-A. et CORRE, V.), *Rapport n° 3851, op. cit.*, p. 72.

²⁴⁸⁹ V. aussi amendement CS 338 déposé par les rapporteurs en Commission spéciale et adopté le 8 novembre 2016, en ligne [URL : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/4141/CSEGalite/338.asp>].

²⁴⁹⁰ Amendement CS 1072 déposé par les rapporteurs en Commission spéciale le 16 juin 2016.

sommes issues de la réparation des préjudices ordonnée par le juge dans le cadre d'une action de groupe »²⁴⁹¹. L'amendement renvoyait du reste à un décret en Conseil d'État le soin de déterminer les règles de fonctionnement du fonds, les conditions d'octroi de l'aide financière, ainsi que la fraction des sommes constituant ses recettes.

679. Le gouvernement se déclara néanmoins « dubitatif, voire inquiet, face aux effets induits par une telle mesure » en raison de son « effet incitatif, comme on le constate actuellement au Québec »²⁴⁹². Il précisait en complément que la visée de la nouvelle action de groupe « diffère de celle qui prévaut dans ce pays (*sic*) » et est conçue en France sous les traits du « dernier recours »²⁴⁹³. Ces mots résument la nature des blocages qui affectent l'action de groupe en droit français dès lors que celle-ci n'a pas été conçue comme un facteur juridique visant à dynamiser le contentieux de la non-discrimination²⁴⁹⁴. Face à cette initiative, le gouvernement objecta alors plusieurs arguments. Était tout d'abord préféré le maintien des seules règles de droit commun, selon lesquelles le requérant couvre les dépens et les frais irrépétibles et le perdant est condamné à les rembourser. L'alimentation du fonds par le seul biais d'une portion des réparations des préjudices était ensuite perçue comme insuffisante considérant les coûts nécessaires à son fonctionnement et à la couverture des aides financières distribuées. Plus sérieusement, tel que conçu, le mécanisme était enfin estimé contraire au principe de réparation intégrale du préjudice auquel obéit l'octroi des dommages-intérêts²⁴⁹⁵, excluant de ce fait les dommages punitifs, autant que l'amputation d'une partie de la réparation.

680. Pour tenir compte de cette dernière critique, le mécanisme d'alimentation du fonds fut finalement repensé et fondé sur un dispositif de majoration des amendes, cantonné à l'action devant les juridictions répressives. Pourtant, en l'état du droit positif, l'action de groupe n'est possible que devant le juge administratif ou le juge civil. L'article 217 du projet de loi précisait malgré tout : « lorsque l'action de groupe [...] est exercée devant une juridiction répressive, la peine d'amende prononcée, à l'exception d'une amende forfaitaire, peut faire l'objet d'une majoration, dans la limite de 20 % du montant prévu par la loi, perçue lors du recouvrement ». Cette majoration était assujettie aux conditions de l'article 707-6 du CPP qui précise que son montant est déterminé par

²⁴⁹¹ Amendement CS 1072 déposé par les rapporteurs en Commission spéciale le 16 juin 2016.

²⁴⁹² ASSEMBLÉE NATIONALE (HAMMADI, R., BIES, P. CHAPDELAIN, M-A. et CORRE, V.), *Rapport n° 4191 fait au nom de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi "égalité et citoyenneté"*, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 9 novembre 2016, p. 328.

²⁴⁹³ *Ibidem*.

²⁴⁹⁴ V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, II.

²⁴⁹⁵ V. not. : ASSEMBLÉE NATIONALE (HAMMADI, R., BIES, P. CHAPDELAIN, M-A. et CORRE, V.), *Rapport n° 3851, op. cit.*, p. 751-753 ; ASSEMBLÉE NATIONALE (HAMMADI, R., BIES, P. CHAPDELAIN, M-A. et CORRE, V.), *Rapport n° 4191, op. cit.*, p. 325-329 ; les propos de Ericka Bareigts et Razy Hamadi *in* JORF, samedi 2 juillet 2016, n° 72 [3], AN (CR), p. 5146 ; les propos de Jean Desessard, Françoise Gatel et Patrick Kanner, *in* JORF, samedi 15 octobre 2016, n° 93, S (CR), p.15154-15155.

le juge en tenant compte des circonstances de l'infraction, de la personnalité du responsable ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale²⁴⁹⁶. Une fois le texte adopté en lecture définitive, soixante députés et soixante sénateurs saisirent le Conseil constitutionnel. Ils considéraient que l'article 217 était contraire au principe d'égalité devant la loi en raison d'une majoration de l'amende encourue uniquement devant les juridictions répressives. Malgré l'invocation par le Gouvernement d'un objectif d'intérêt général²⁴⁹⁷, les Sages conclurent à l'inconstitutionnalité de la disposition dans la mesure où la majoration de la sanction du défendeur était en effet conditionnée par le choix de la partie civile de porter son action devant la juridiction répressive²⁴⁹⁸ plutôt que civile²⁴⁹⁹. L'article 217 du projet de loi fut ainsi déclaré contraire au principe d'égalité – ici des défendeurs – devant la loi²⁵⁰⁰.

681. Le potentiel des actions de groupe, déjà extrêmement limité, s'en trouve d'autant plus neutralisé du fait de l'absence de financement. En dépit de cet échec, une autre expérience canadienne mérite en complément d'être envisagée. Elle poursuit également l'objectif de dynamiser le contentieux en compensant dans certains cas l'indigence des requérants.

2) L'hypothèse d'un programme de contestation judiciaire finançant les « causes types » en matière d'égalité

682. Plus audacieuse encore est l'initiative du Programme de contestation judiciaire canadien (PCJ) qui repose sur l'administration d'un fonds destiné à subventionner les contestations judiciaires constituant des « causes types » liées aux quatre droits à l'égalité énoncés par l'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés (*i.e.* égale considération de la loi, égalité devant la loi, égale protection et égal bénéfice de la loi²⁵⁰¹). Après un passé tumultueux et des suppressions

²⁴⁹⁶ Art. 217 de la « petite loi » adoptée en lecture définitive par l'Assemblée nationale le 22 décembre 2016 (texte adopté n° 878) portant modification de l'art. 707-6 du CPP. Était également ajouté à cet article un alinéa spécifiant que « lorsque le juge [pénal, NDLR] a été saisi de l'action civile par une action de groupe [...], il ne peut faire [concomitamment, NDLR] application du troisième alinéa de l'article 132-20 du code pénal ».

²⁴⁹⁷ Observation du Gouvernement, n° 2016-745 DC, en ligne [URL : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2017/2016-745-dc/observations-du-gouvernement.148547.html>].

²⁴⁹⁸ Art. 3 du CPP : « L'action civile peut être exercée en même temps que l'action publique et devant la même juridiction » [*i.e.* répressive].

²⁴⁹⁹ Art. 4 du CPP : « L'action civile en réparation du dommage causé par l'infraction prévue par l'article 2 peut être exercée devant une juridiction civile, séparément de l'action publique ».

²⁵⁰⁰ CC, Décision n° 2016-745 DC, 26 janvier 2017, cons. 129 à 134, not. 133 et 134 : « les dispositions contestées subordonnent la majoration de l'amende prononcée par une juridiction répressive à la condition que la partie civile ait porté devant elle son action de groupe. En faisant ainsi dépendre la sanction encourue du choix de la partie civile de porter son action devant le juge pénal plutôt que devant le juge civil, les dispositions contestées créent, entre les défendeurs, une différence de traitement injustifiée. Sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres griefs, l'article 217 de la loi déferée, qui méconnaît ainsi le principe d'égalité devant la loi, est donc contraire à la Constitution ».

²⁵⁰¹ Pour une approche globale du droit de l'égalisation et du droit de la non-discrimination à travers la Charte canadienne des droits et libertés (art. 15), v. entre autres, ALEXANDER, E. R., « The Supreme Court of Canada and the

intermittentes du programme²⁵⁰², le gouvernement libéral de Justin Trudeau annonça en mars 2016 le rétablissement du financement à hauteur de cinq millions de dollars par an²⁵⁰³. Le PCJ est dirigé par un conseil d'administration et deux comités chargés des droits linguistiques et des droits à l'égalité. Ce dernier est composé de sept membres désignés en raison de leurs compétences et connaissances juridiques par différents organismes qui œuvrent à la lutte contre les discriminations. Lorsqu'un individu ou un groupe n'est pas en mesure d'assumer seul la charge financière d'un procès qui soulève une question importante de constitutionnalité, il peut leur soumettre une demande de financement, gratuitement et sans ministère d'avocat²⁵⁰⁴. Le concours financier peut, s'il est octroyé, soutenir l'élaboration de l'action (*e.g.* recherche de preuve, préparation du dossier) ainsi que le défraiement des coûts afférents au procès.

683. L'obtention de ce financement est néanmoins conditionnée. La contestation judiciaire doit premièrement être fondée sur les dispositions constitutionnelles qui énoncent les droits à l'égalité. Le cas soumis doit au surplus constituer une « cause type », c'est-à-dire un cas susceptible d'avoir un impact positif sur l'extension ou la clarification des protections juridiques antidiscriminatoires. La contestation doit encore porter sur la législation fédérale. À cet égard, le CoDESC regrettait en 2006 que le champ d'application de ce programme n'ait pas été étendu et invitait à y remédier pour autoriser le financement des actions à l'encontre de lois provinciales²⁵⁰⁵. En l'état, ne sont financées que les causes types qui présentent des questions nouvelles, qui comportent un intérêt national, et qui portent sur des éléments de droit importants sur lesquels les tribunaux n'ont pas encore été amenés à se prononcer²⁵⁰⁶. L'objectif implicite est de servir de catalyseur à la jurisprudence relative à la Charte des droits et libertés. Ces différentes conditions peuvent, sous certains aspects, être

Canadian Charter of Rights and Freedoms », *University of Toronto Law Journal*, vol. 40, 1990, p. 1-73, MAJURY, D., « Equality and Discrimination According to the Supreme Court of Canada », *Canadian Journal of Women and the Law*, vol. 4, 1991, p. 407-439, MAHONEY, K. E., « The Constitutional Law of Equality in Canada », *New York University International Law and Politics*, vol. 24, 1992, p. 759-793, ou encore HURLEY, M. C., *Charter Equality Rights : Interpretation of Section 15 in Supreme Court of Canada Decisions*, Ottawa, Library of Parliament.

²⁵⁰² Le programme fut supprimé en février 1992 par le gouvernement conservateur avant d'être rétabli en 1994 par le gouvernement de Jean Chrétien. À cette date, le PCJ fut doté d'un organisme indépendant spécifiquement chargé de la gestion des fonds affectés. À nouveau, le programme fut *de facto* supprimé par le gouvernement conservateur de Stephen Harper qui stoppa les dotations en 2006, sans consultation ni avertissement préalable. V. entre autres, ELIADIS, P., *Speaking Out on Human Rights*, *op. cit.*, p. 8.

²⁵⁰³ GOVERNMENT OF CANADA, *Grow the Middle Class. Budget 2016. Chapter 5: An Inclusive and Fair Canada*, Ottawa, House of Commons, 22 mars 2016. La partie du PCJ correspondant aux droits linguistiques a partiellement été restaurée par l'intermédiaire du Programme d'appui aux droits linguistiques (*Language Rights Support Program*).

²⁵⁰⁴ Quatre éléments essentiels sont requis : renseignement sur le demandeur, renseignement sur la cause, plan de travail et ébauche du budget.

²⁵⁰⁵ CODESC, Trente-sixième session, Examen des rapports présentés par les États parties conformément aux articles 16 et 17 du Pacte, Observations finales, E/C.12/CAN/CO/4 et E/C.12/CAN/CO/5, 1^{er} et 19 mai 2006, § 13 et § 42.

²⁵⁰⁶ *E.g.* les couples homosexuels revendiquant des droits similaires aux couples hétérosexuels concernant les déductions et avantages fiscaux issus de la Loi sur l'impôt sur le revenu ; les parents d'enfant ayant une incapacité cherchant à bénéficier de l'assurance emploi afin de couvrir les périodes durant lesquelles ils sont contraints de délaissier leur travail en vue de prodiguer des soins à leur enfant.

rapprochées des conditions de recevabilité d'une question prioritaire de constitutionnalité en France²⁵⁰⁷, à ceci près que le PCJ ne cible que les seules dispositions constitutionnelles relatives à l'égalité – et aux droits linguistiques.

684. En cas de réponse positive, plusieurs niveaux de financement sont envisageables²⁵⁰⁸. Le premier est celui d'une subvention destinée à l'élaboration de la cause. Le requérant peut alors obtenir un total de 15 000 \$ consacrés à la recherche et la préparation des arguments juridiques (5 000 \$), à la consultation des victimes, membres du groupe considéré ou experts (5 000 \$), ainsi qu'à la recherche de la preuve ou à la constitution d'une « coalition communautaire » (5 000 \$). Le financement de la cause au procès permet ensuite de bénéficier éventuellement de 60 000 \$ pour les parties, ou de 35 000 \$ pour les tiers intervenants, desquels est déduite, le cas échéant, la somme allouée pour l'élaboration de l'affaire. Ce montant a vocation à couvrir les honoraires d'avocats, les frais techniques, les honoraires des témoins et les frais de déplacement. En cas d'appel, un maximum de 35 000 \$ peut être accordé. Un financement extraordinaire de 25 000 \$ est susceptible de s'y ajouter lorsque la cause présente des difficultés particulières qui complexifient la préparation du dossier ou la défense au procès. Enfin, une subvention additionnelle de 5 000 \$ est envisageable dans l'hypothèse où une étude d'impact apparaît opportune pour déterminer les répercussions de la décision judiciaire qui est sollicitée.

685. Dans son rapport d'activité de 2006, le PCJ soulignait que le Canada est le seul pays au monde à assurer un tel programme²⁵⁰⁹ « que toutes les évaluations et la majorité de la société canadienne estimaient efficace, utile et efficient »²⁵¹⁰, et qui était considéré comme le « fer de lance de la clarification des droits à l'égalité »²⁵¹¹. Quatre motifs de discrimination concentraient près de 60 % de ces aides : l'appartenance à une nation autochtone (19 %), la race (17 %), l'incapacité (13 %) et le sexe (10 %)²⁵¹². Entre 1994 et 2006, le PCJ a accordé 909 aides financières, représentant 62,5 % des demandes, pour 416 causes types, dont 116 devant la Cour suprême du Canada²⁵¹³. Chacune de ces causes a contribué autant à l'accessibilité des prétoires qu'à l'évolution de la jurisprudence, soutenue par un engagement proactif, fruit de l'action du PCJ et des personnalités qualifiées qui

²⁵⁰⁷ V. loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

²⁵⁰⁸ En cas de réponse négative à la demande de financement, il est possible de solliciter une révision sur le fond de la décision du Comité des droits à l'égalité, sous réserve de motivation. Si la décision révisée est identique, il est possible de faire appel devant le Conseil d'administration du PCJ qui ne statuera néanmoins que sur le respect de la procédure décisionnelle. V. not. PROGRAMME DE CONTESTATION JUDICIAIRE DU CANADA (ci-après PCJ), *Trousse d'information*, Winnipeg, PCJ, 2002, p. 19.

²⁵⁰⁹ PCJ, *Rapport annuel 2005-2006*, Winnipeg, PCJ, 2006, p. 4.

²⁵¹⁰ PCJ, *Rapport annuel 2006-2007*, Winnipeg, PCJ, 2007, p. 6.

²⁵¹¹ *Ibidem*.

²⁵¹² PCJ, *Rapport annuel 2005-2006*, *op. cit.*, p. 5.

²⁵¹³ *Idem*, p. 47 et s.

assurent sa mise en œuvre. Ces résultats confortent l'objectif qui était attribué au programme en 1985, à savoir favoriser la revendication du droit à la non-discrimination par le renforcement de l'accessibilité des juridictions²⁵¹⁴ (« *the imbalance in financial, technical and human resources between the opposing parties constitutes a serious impediment to those who might wish to claim the benefit of section 15 thus reducing the effectiveness of resorting to the courts as a means of obtaining redress* »)²⁵¹⁵.

686. Ces mêmes arguments furent régulièrement avancés lors des périodes de suspension du programme pour insister sur le fait qu'un « système judiciaire à la fine pointe ne sert à rien si la population ne peut s'en prévaloir »²⁵¹⁶. Après la suppression temporaire du programme, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale recommandait en 2007 au gouvernement canadien « de prendre les mesures nécessaires pour garantir à toute personne relevant de sa juridiction l'accès sans discrimination à la justice »²⁵¹⁷. L'organisme onusien exhortait « l'État partie à rétablir le Programme de contestation judiciaire ou à concevoir à titre prioritaire un système de remplacement opérationnel d'effet équivalent »²⁵¹⁸. Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes regrettait également un an plus tard la suppression du PCJ en ce qu'il « facilitait l'accès des femmes aux procédures pour des violations présumées de leur droit à l'égalité »²⁵¹⁹ et encourageait les autorités « à revenir sur [sa] suppression »²⁵²⁰ – comme le fit à nouveau le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale en 2012²⁵²¹.

687. Au regard des conditions posées, la transposition d'un tel programme en France n'apparaît pas excessivement complexe. Elle pourrait parfaitement se manifester par l'organisation d'un financement public des actions contentieuses soulevant une question prioritaire de constitutionnalité recevable²⁵²². Le soutien financier pourrait, le cas échéant, être circonscrit à

²⁵¹⁴ De 1978 à 1982, son bénéfice était restreint aux litiges relatifs aux langues minoritaires ou, plus exactement, aux litiges fondés sur l'article 133 de la Constitution de 1867. Avec l'adoption de la Charte canadienne des droits et libertés en 1982, le bénéfice *ratione materiae* du PCJ fut étendu aux litiges fondés sur les articles 16 et 23 de la nouvelle Charte puis, avec l'entrée en vigueur de l'article 15 en 1985, celui-ci fut également intégré en même temps que les articles 27 et 28 relatifs au multiculturalisme et à l'égalité des sexes.

²⁵¹⁵ BOYER, J. P., *Equality for All: Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights*, Ottawa, House of Commons – Subcommittee on Equality Rights, 1985, p. 133.

²⁵¹⁶ PCJ, *Rapport annuel 2006-2007*, *op. cit.*, p. 3.

²⁵¹⁷ COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE, Soixante-dixième session, Examen des rapports présentés par les États parties conformément à l'article 9 de la Convention, Observations finales, CERD/C/CAN/CO/18, 25 mai 2007, § 26.

²⁵¹⁸ *Ibidem*.

²⁵¹⁹ COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES FEMMES, Quarante-deuxième session, Observations finales, CEDAW/C/CAN/CO/7, 7 novembre 2008, § 21-22.

²⁵²⁰ *Ibidem*.

²⁵²¹ COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE, Quatre-vingtième session, Examen des rapports présentés par les États parties conformément à l'article 9 de la Convention, Observations finales, CERD/C/CAN/CO/19-20, 13 février et 9 mars 2012, § 21.

²⁵²² *I.e.* contestation portant sur une disposition législative applicable au litige, posant une question nouvelle et sérieuse sur laquelle les juridictions n'ont pas encore statué et invoquant une atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution.

l'invocation des seules dispositions relatives à l'égalité. Quant à l'appréciation de l'opportunité de ce soutien et la gestion du fonds alimenté par les deniers publics, elles pourraient être confiées au Défenseur des droits²⁵²³ ou à certains bureaux d'aide juridictionnelle. Cette hypothèse formulerait un écho aux considérations de Bernard Stasi qui, en 2004, envisageait la nécessité d'une institution qui apporte en matière de discrimination un « concours financier aux causes soulevant des questions de principe et susceptibles de faire évoluer la jurisprudence en s'inspirant des précédents de certains pays étrangers »²⁵²⁴.

688. Il convient cependant de préciser que, pour tenir compte des conditions matérielles des requérants et compenser leur éventuelle indigence, le besoin premier demeure sans doute de renforcer le système d'aide juridictionnelle étatique et de développer une aide juridique spécialisée complémentaire. Des dispositifs spécifiques tels qu'un fonds de participation aux actions de groupe ou un programme de financement des questions prioritaires de constitutionnalité pourraient être envisagés en supplément. Cela exigerait toutefois de dépasser la conception d'un contentieux de « dernier recours » pour privilégier pleinement le soutien des actions en justice visant la revendication du droit à la non-discrimination.

II. Atténuer les délais de règlement des litiges

689. Au-delà des considérations financières, le respect d'un délai raisonnable de règlement des litiges constitue un autre facteur essentiel de l'effectivité du recours²⁵²⁵. L'anticipation par le titulaire du droit à la non-discrimination de délais excessifs de jugement peut le conduire à renoncer à son exercice²⁵²⁶. L'instauration d'une voie de traitement des réclamations dans un cadre non juridictionnel pourrait alors sembler opportune. Cette opportunité est néanmoins fonction de deux enjeux essentiels. Le premier est relatif à la réduction du temps nécessaire au règlement du litige et à l'obtention d'une réparation du préjudice (A). Le second concerne les modalités d'interaction entre les institutions non juridictionnelles et juridictionnelles. Plus précisément, l'effet suspensif de

²⁵²³ Pour tenir compte de la décision du Conseil constitutionnel du 8 décembre 2016 (CC, Décision n° 2016-740 DC, 8 décembre 2016, *Loi organique relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte*, cons. 5 : « la mission confiée par les dispositions constitutionnelles précitées au Défenseur des droits de veiller au respect des droits et libertés ne comporte pas celle d'apporter lui-même une aide financière, qui pourrait s'avérer nécessaire, aux personnes qui peuvent le saisir », et dans l'hypothèse d'une implication du Défenseur des droits dans la gestion de ce fonds, il serait sans doute préférable de ne lui attribuer qu'une fonction de filtre et de sélection des dossiers susceptibles de bénéficier d'une aide, sans lui confier directement la charge de l'attribution du financement, qui pourrait revenir à un organisme tiers ou aux bureaux d'aide juridictionnelle.

²⁵²⁴ STASI, B., *Vers la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, *op. cit.*, p. 66-67.

²⁵²⁵ JEULAND, E., *Droit processuel général*, *op. cit.*, p. 232.

²⁵²⁶ V. en ce sens LÖHRER, D., *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, *op. cit.*, p. 150 et 152 : « bien souvent, la perspective d'une attente de plusieurs années pour voir apporter une solution au litige décourage le requérant. Ce dernier, gagné par la résignation, se résout à ne pas saisir le juge, quitte à ce que l'atteinte portée à ses droits fondamentaux demeure affranchie de toute sanction ».

la saisine des premières permet que l'articulation des délais de traitement en cas de succession des modes de résolution du litige ne soit pas préjudiciable au requérant (B). Sous réserve de répondre à ces deux enjeux, le traitement non juridictionnel des réclamations peut formuler une réponse adéquate aux délais relativement longs du contentieux de la non-discrimination (C).

A. Délai raisonnable et réclamations devant le Défenseur des droits : une prise de position diligente à défaut de règlement systématique du litige

690. Le Défenseur des droits semble de prime abord cantonner son intervention dans des délais relativement courts. Lorsque la réclamation pouvait être réglée localement par un délégué, le délai moyen de traitement d'un dossier était de quatre mois en 2015²⁵²⁷. Quant au délai moyen de traitement des dossiers par le siège à Paris, il oscillait entre quatre et huit mois en fonction de la complexité du cas d'espèce et du nombre d'intervenants nécessaires²⁵²⁸. Ces premières données permettent de conclure à une prise en charge extrajuridictionnelle diligente. Elles méritent cependant d'être affinées afin de dissocier les dossiers faisant l'objet d'une déclaration d'irrecevabilité, qui peuvent être traités en quelques jours seulement, et ceux impliquant un processus d'enquête, lesquels présentent davantage d'intérêt pour l'analyse.

691. Lors de son évaluation de l'activité du Défenseur des droits, la Cour des comptes relevait en 2013 un délai moyen de traitement de deux mois et huit jours pour un peu moins de 7 000 dossiers clos²⁵²⁹. Considérant le faible nombre de dossiers nécessitant un traitement approfondi, elle qualifiait malgré tout ce délai de « relativement long »²⁵³⁰. Dans l'hypothèse d'un traitement approfondi, le délai était porté à environ neuf mois (264 jours), avec une importante variation selon les pôles d'activité : six mois pour le pôle santé (179 jours), un peu plus d'un an pour le pôle déontologie (406 jours) et près d'un an et demi pour le pôle protection sociale et solidarité (516 jours)²⁵³¹. En ce qu'ils sont transversaux et relatifs à l'ensemble des domaines de compétence du Défenseur, ces chiffres ne permettent toutefois d'appréhender les délais de traitement des dossiers en matière de discrimination que de manière extrêmement imparfaite.

692. En l'absence de ventilation officielle des données, l'analyse des décisions rendues en matière de discrimination fournit davantage de précisions. Soulignons ici que tous les modes d'intervention

²⁵²⁷ DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2015*, *op. cit.*, p. 95. Les données ne sont plus ventilées en fonction des domaines de compétences à compter de 2016 dans les rapports annuels d'activité.

²⁵²⁸ DÉFENSEUR DES DROITS, « Aide », « Quel est le délai moyen de traitement d'un dossier ? », [URL : <http://www.defenseurdesdroits.fr/fr/aide>] consulté le 27 septembre 2016.

²⁵²⁹ COUR DES COMPTES, *Le Défenseur des droits : mission et gestion*, Paris, Cours des comptes, 2014, p. 28.

²⁵³⁰ *Ibidem*.

²⁵³¹ *Idem*, p. 29.

du Défenseur des droits ne peuvent être mis en perspective de manière pertinente avec le règlement par voie contentieuse. Il est à ce stade envisageable de dissocier les intercessions amiables informelles, les médiations formelles et les recommandations. Une analyse des délais d'intercessions amiables concluantes et des médiations conduites par l'institution n'aurait de sens qu'appréciés au regard des délais de médiations conventionnelles et judiciaires, qui constituent leurs équivalents de droit commun. Nous n'avons néanmoins pas accès à ces données. En conséquence, le choix a été fait de se concentrer sur les recommandations du Défenseur, rendues après un travail préalable d'instruction et formulées par le biais d'une décision. Sur cent une décisions rendues et publiées au cours de l'année 2015 en matière de discrimination²⁵³² (*confer* annexe 1), seules soixante-quatre rendent possible l'identification de la date de saisine du Défenseur des droits. Avec un écart-type oscillant entre quelques jours²⁵³³ et plus de cinq années de traitement²⁵³⁴, le délai moyen entre la saisine et la formulation de la décision était de vingt mois pour cette année d'exercice (six cent dix-neuf jours).

693. Ces délais de traitement sont, pour partie, fonction de l'état d'engorgement de l'institution. Ils demeurent susceptibles de croître à mesure de l'augmentation de la popularité du Défenseur des droits et du nombre de réclamations qu'il reçoit dans le cadre de sa mission de traitement extrajuridictionnel des litiges fondés sur une allégation de discrimination²⁵³⁵. En son temps, le Médiateur de la République avait par exemple fait preuve d'une discrétion volontaire afin de pouvoir gérer l'afflux des saisines²⁵³⁶. Cette difficulté semble relativement contenue à ce stade, du moins en matière de discrimination, puisque le nombre de réclamations demeure faible. Seules 5 631 réclamations ont été reçues en 2018²⁵³⁷. Elles sont, pour l'immense majorité, considérées comme irrecevables. Le dernier bilan officiel à avoir procédé à une ventilation des réclamations en fonction des domaines de compétence établissait qu'environ 85 % d'entre elles étaient rejetées, faute de preuve ou en raison d'une justification « légitime de la part du mis en cause²⁵³⁸ ».

²⁵³² Le traitement de ces données a été effectué en 2017, après consultation, téléchargement et analyse des décisions publiées sur la base de données accessible à cette date sur le site du Défenseur des droits (annexe 1).

²⁵³³ DÉFENSEUR DES DROITS, Décision n° MDE-MSP-MLD-2015-154 du 8 juin 2015 relative à un refus d'hébergement d'urgence.

²⁵³⁴ DÉFENSEUR DES DROITS, Décision n° MLD-2015-225 du 7 octobre 2015 relative au défaut d'aménagement d'un poste de travail ainsi qu'à la prise en compte des absences dans la notation.

²⁵³⁵ En ce sens, v. BENICHOUS, s., *Le droit à la non-discrimination « raciale »*, *op. cit.*, p. 396.

²⁵³⁶ « Malgré le "filtre" que constitue la saisine parlementaire, l'afflux des dossiers est devenu tel que – les moyens financiers et en personnel n'ayant pas suivi au même rythme – Monsieur Aymé Paquet a été contraint à une certaine discrétion. Le recours le plus large à la presse et l'utilisation des moyens audiovisuels d'information auraient en effet (je viens d'en avoir moi-même la preuve) mieux fait connaître l'institution, mais aurait provoqué un afflux supplémentaire de dossiers et de courrier allongeant déraisonnablement les délais de réponse », *in* MÉDIATEUR DE LA RÉPUBLIQUE, *Rapport annuel 1980*, [URL : <http://www.juripole.fr/Mediateur/1980/introduction.html#A1>].

²⁵³⁷ DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2018*, *op. cit.*, p. 9.

²⁵³⁸ HALDE, *Rapport annuel 2010*, *op. cit.*, p. 13-14. Nous ne sommes néanmoins pas en mesure d'affirmer que ce taux de rejet est identique en matière de discrimination pour les réclamations reçues par le Défenseur des droits lors des

L'augmentation des réclamations est en conséquence attendue par l'institution qui constate une sous-utilisation de ses services et un phénomène inquiétant de non-recours au droit²⁵³⁹. En cas d'augmentation des réclamations, et à moyens constants, ces délais de traitement, évalués à vingt mois pour les décisions rendues en 2015, seraient potentiellement amenés à croître.

694. Soulignons toutefois que l'adoption de la décision par l'institution au terme du délai est dépourvue de force exécutoire. À valeur indicative, tout au plus incitative, elle exprime une prise de position ou une recommandation dans un cas particulier²⁵⁴⁰. La décision du Défenseur des droits peut aboutir à différentes conclusions : une invitation à la réparation du préjudice ou à l'indemnisation de la victime dans 35 % des cas en 2015 pour les décisions examinées, soit formulée seule (22 %), soit en complément d'une autre mesure (13 %) ; une demande de modification des pratiques dans 30 % des cas, formulée seule (19 %), ou conjointement avec une autre mesure (11 %) ; un simple rappel à la loi dans 11 % des cas, prononcé seul (5 %), ou accompagné d'une mesure complémentaire (6 %). Si une partie des recommandations est effectivement suivie par les mis en cause, tel n'est pas systématiquement le cas. Ces décisions ne sauraient dès lors être assimilables à un règlement systématique du litige²⁵⁴¹.

695. Anticipant un éventuel défaut d'exécution volontaire de la mesure, ou pour d'autres raisons (*e.g.* contestation amorcée en parallèle par le réclamant devant une juridiction et gravité de l'acte litigieux, ou cas d'espèce qui soulève une question de droit importante), le Défenseur des droits propose parfois de présenter ses observations en justice. La décision de l'institution qui annonce la présentation de ses observations n'est toujours pas synonyme de force exécutoire du contenu préconisé. Alors que 37 % des décisions rendues en 2015 en matière de discrimination optaient pour une présentation d'observations devant les juridictions (annexe 1), ces observations n'ont été

dernières années d'exercice. Ces données n'étant plus communiquées dans les rapports annuels, rien ne nous permet de confirmer ou d'infirmier ce chiffre.

²⁵³⁹ V. ici MEDARD INGHILTERRA, R., « À l'heure du bilan quinquennal, quels défis stratégiques pour le Défenseur des droits ? », *RevDH, Actualité Droits-Libertés*, 2015, et DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2015, op. cit.*, p. 15-29.

²⁵⁴⁰ Les recommandations « à visée générale » sont ici écartées. Sur ce point, v. SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi, op. cit.*, p. 589-631.

²⁵⁴¹ En contraste, la Cour EDH rappelle que l'échéance de la computation du délai raisonnable est le jour du jugement définitif exécutoire. COUR EDH, 2^e sect., 15 juillet 2003, *ER c. France*, req. n° 50344/99, § 35 : la Cour « rappelle que l'article 6 § 1 de la Convention oblige les États contractants à organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs cours et tribunaux puissent [...] garantir à chacun le droit d'obtenir une décision définitive dans un délai raisonnable ».

suivies que dans 48 % des cas²⁵⁴². Ce chiffre contraste avec le taux général d'observations suivies pour l'ensemble des domaines de compétence de l'institution (83 % en 2016)²⁵⁴³.

696. Outre la question du délai de la prise de position du Défenseur des droits par le biais de ses décisions, se pose en prolongement celle, plus cruciale, des répercussions de l'articulation entre les voies extrajudictionnelle et juridictionnelles qui se cristallisent autour d'un point fondamental : l'effet non suspensif de la saisine de l'institution.

B. Les répercussions de l'effet non suspensif de la saisine du Défenseur des droits

697. Lorsque la revendication du droit à la non-discrimination est envisagée à travers le prisme des délais extrajudictionnels, un des enjeux primordiaux se rapporte aux effets de la saisine de l'institution chargée des réclamations. Il s'agit plus particulièrement de déterminer si elle possède un effet suspensif sur les délais des recours devant les juridictions compétentes. Dimitri Löhner présentait l'absence d'interruption des délais de recours comme étant non seulement « préjudiciable à l'effectivité de la protection proposée par les traditionnelles voies de droit », à savoir les voies juridictionnelles, mais également préjudiciable « pour l'ombudsman lui-même »²⁵⁴⁴. D'une part, la revendication du droit est rendue périlleuse du fait d'un risque de forclusion de l'action contentieuse en cas de saisine préalable de l'*ombudsman*²⁵⁴⁵. D'autre part, ce dernier pâtit d'un « risque de dépréciation » de son intervention car « cet obstacle procédural débouche sur des rapports concurrentiels » avec les juridictions²⁵⁴⁶. De telles conclusions semblent pleinement recevables en matière de discrimination puisque la saisine du Défenseur des droits « n'interrompt ni ne suspend par elle-même les délais de prescription des actions en matière civile, administrative ou pénale, non plus que ceux relatifs à l'exercice de recours administratifs ou contentieux »²⁵⁴⁷.

698. Sans rendre les recours contentieux impossibles, dans la mesure où la saisine du Défenseur des droits est facultative, l'absence d'effet suspensif les complique indiscutablement. Le choix de cette articulation étonne considérant que les délais de prescription susmentionnés sont suspendus en cas de saisine de plusieurs autorités. Tel est le cas de la saisine du Médiateur des communications

²⁵⁴² En 2015, en matière de discrimination, cinquante-sept observations ont été portées devant les tribunaux par le Défenseur des droits, dont vingt sans instruction préalable. Sur les trente-sept autres, pour lesquels l'institution était intervenue avant la phase juridictionnelle, six sont inclassables (trois non-lieux, une prescription, une présentation tardive d'observations, une affaire non tranchée sur la question de la discrimination). Sur les trente-et-une restantes, quinze ont été suivies par la juridiction.

²⁵⁴³ DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2016*, *op. cit.*, p. 10.

²⁵⁴⁴ LÖHRER, D., *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, *op. cit.*, p. 601.

²⁵⁴⁵ *Idem*, p. 600.

²⁵⁴⁶ *Ibidem*. V. également p. 102.

²⁵⁴⁷ Art. 6, alinéa 3, de la loi organique du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

électroniques ou encore du Médiateur de l'assurance²⁵⁴⁸. Les articles 2238 du Code civil²⁵⁴⁹ et L. 213-6 du CJA²⁵⁵⁰ disposent également que ces délais sont suspendus à compter du jour où les parties conviennent de recourir à une médiation conventionnelle. Il est dès lors peu aisé de justifier cette divergence des régimes, entre la tentative de résolution extrajudictionnelle du litige par le Défenseur des droits (*e.g.* par intercession amiable informelle, par médiation formelle, par recommandation) et celle procédant par l'intermédiaire de la médiation civile ou administrative de droit commun.

699. L'analyse des débats parlementaires et des travaux des rapporteurs de la loi organique du 29 mars 2011 démontre que la question, en dépit de son importance, fut étonnement éludée, y compris lorsque les travaux préparatoires portaient explicitement sur l'article 6. L'articulation entre la saisine du Défenseur et les voies juridictionnelles, ainsi que l'absence d'effet suspensif, aurait pourtant mérité une justification méticuleuse²⁵⁵¹. En l'absence de motivation expresse de ce choix par le législateur, Lucie Cluzel-Métayer l'impute de manière convaincante à deux facteurs explicatifs : la reproduction des dispositifs des quatre autorités absorbées en 2011 et la traditionnelle perception en France d'un rapport de concurrence entre les protections juridictionnelles et extrajudictionnelles²⁵⁵².

700. La reprise des mandats des quatre autorités absorbées constitue le seul point relatif à l'effet suspensif ou non de la saisine à avoir été mentionné – de manière fugace – dans les travaux préparatoires. Le rapport de Patrice Gélard justifiait ainsi l'article 6 de la loi organique par le fait que « les textes relatifs aux autorités que le Défenseur est appelé à remplacer comportent des dispositions similaires »²⁵⁵³. En l'absence d'argumentation liée à son opportunité, cette continuité fut décrite comme « une réforme *a minima*, ne faisant finalement qu'agglomérer des dispositions qui auraient pu faire l'objet d'amélioration »²⁵⁵⁴. Le modèle ibérique ayant inspiré les travaux du

²⁵⁴⁸ En ce sens, v. CLUZEL-MÉTAYER, L., « Réflexions à propos de la saisine du Défenseur des droits », *RFAP*, n° 139, 2011/3, p. 459.

²⁵⁴⁹ « La prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de la médiation ou de la conciliation. La prescription est également suspendue à compter de la conclusion d'une convention de procédure participative ou à compter de l'accord du débiteur constaté par l'huissier de justice pour participer à la procédure prévue à l'article 1244-4 ».

²⁵⁵⁰ « Les délais de recours contentieux sont interrompus et les prescriptions sont suspendues à compter du jour où, après la survenance d'un différend, les parties conviennent de recourir à la médiation ou, à défaut d'écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation. Ils recommencent à courir à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur déclarent que la médiation est terminée. Les délais de prescription recommencent à courir pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois ».

²⁵⁵¹ En ce sens, v. CLUZEL-MÉTAYER, L., « Réflexions à propos de la saisine du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 448.

²⁵⁵² *Ibidem*.

²⁵⁵³ SÉNAT (GÉLARD, P.), *Rapport n° 482, op. cit.*, p. 62. En référence à l'art. 7 de la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 pour le Médiateur de la République, à l'art. 6 de la loi n° 2000-196 du 6 mars 2000 pour le Défenseur des enfants, à l'art. 4, alinéa 6, de la loi n° 2000-494 du 6 juin 2000 pour la CNDS, et à l'art. 4 de la loi du 30 décembre 2004 pour la HALDE.

²⁵⁵⁴ CLUZEL-MÉTAYER, L., « Réflexions à propos de la saisine du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 448.

comité Balladur ne proposait, il est vrai, pas d'autre perspective en ce que la saisine du *Defensor del Pueblo* n'interrompt pas non plus les délais de prescription de l'action devant les juridictions espagnoles²⁵⁵⁵. Cela ne suffit néanmoins à justifier un dispositif qui se répercute négativement sur la revendication du droit et qui augmente le risque de forclusion face à un délai de prescription de cinq ans²⁵⁵⁶, voire de deux mois seulement en cas de recours en excès de pouvoir²⁵⁵⁷. Si la computation du délai de la prescription quinquennale court à compter de la révélation de la discrimination, la personne qui s'estime victime d'une pratique ou mesure ainsi qualifiable peut parfaitement décider de n'emprunter la voie de la dénonciation institutionnelle que trois ou quatre années après en avoir pris connaissance. La saisine du Défenseur des droits s'apparente alors à une véritable alternative, et non à une précaution qui serait préalable à une démarche contentieuse.

701. L'absence d'effet suspensif de la saisine reflète, en creux, une perception concurrentielle des voies juridictionnelles et non juridictionnelles. Lucie Cluzel-Métayer souligne en effet que les dispositifs extrajuridictionnels des institutions absorbées « ont été conçus comme des recours parallèles, juxtaposés au recours juridictionnel, ne s'y insérant pas »²⁵⁵⁸. Le recours au juge reste la voie privilégiée et l'hypothèse d'une saisine de *l'ombudsman* doit, pour éviter la forclusion, s'accompagner d'une saisine concomitante des juridictions. Une saisine interruptive de délai aurait à l'inverse inscrit l'intervention du Défenseur dans une logique plus complémentaire, que certains auteurs ont appelé de leurs vœux, quitte à préconiser sur ce point une modification de la loi du 29 mars 2011²⁵⁵⁹.

702. Face à ce constat, trois articulations types des voies juridictionnelles et de la voie extrajuridictionnelle paraissent envisageables. La première repose sur le *statu quo*, à savoir le maintien d'un effet non suspensif de la saisine du Défenseur des droits. Elle érige son intervention en une modalité de déjudiciarisation du contentieux de la non-discrimination et invite les victimes

²⁵⁵⁵ Il en va de même pour au Portugal pour le *Provedor de Justiça*. V. LÖHRER, D., *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, *op. cit.*, p. 600.

²⁵⁵⁶ Art. 7 *bis* de la loi du 13 juillet 1983 (« L'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination se prescrit par cinq ans à compter de la révélation de la discrimination »), art. L. 1134-5 du Code du travail et art. 2224 du Code civil.

²⁵⁵⁷ Art. R. 421-1 du CJA. Le potentiel de cette voie de recours pour le contentieux individuel est toutefois limité. En ce sens, v. les propos de Lucie Cluzel-Métayer in CLUZEL-MÉTAYER, L. et MERCAT-BRUNS, M., *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 27-29. L'auteure évoque notamment l'arrêt CAA Versailles, 5^e ch., 29 décembre 2009, n° 08VE00296 pour illustrer le potentiel bien plus grand des recours de pleine juridiction. En l'espèce, après avoir été déboutée à l'issue d'un recours en excès de pouvoir, c'est l'introduction d'un recours subséquent de pleine juridiction qui permet la reconnaissance de la discrimination en matière de recrutement fondée sur le sexe.

²⁵⁵⁸ CLUZEL-MÉTAYER, L., « Réflexions à propos de la saisine du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 459.

²⁵⁵⁹ En ce sens, LÖHRER, D., *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, *op. cit.*, p. 600 et, de manière plus mesurée, SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 483 : « Sans doute serait-il pertinent que le législateur organise la suspension des délais de prescription lors de la saisine du Défenseur des droits. Mais une telle réformation risquerait de bouleverser sa qualité en le rapprochant d'une juridiction, ce qu'il n'est pas ».

« à se détourner du juge de droit commun, devant lequel elles commençaient à se porter en nombre croissant »²⁵⁶⁰. La voie extrajudictionnelle est alors perçue comme une voie alternative de règlement des conflits qui obéit à des considérations d'efficacité (*i.e.* réduction des coûts du mode de règlement des litiges) et raccourcit les délais de traitement par l'éviction du processus judiciaire. En revanche, à défaut de saisine parallèle des juridictions, elle implique une absence de force exécutoire des préconisations non contraignantes formulées dans le cadre de l'intercession amiable et de la recommandation, ou une absence de neutralité du médiateur, ainsi qu'une diminution du potentiel jurisprudentiel dont chaque cas d'espèce est porteur.

703. La deuxième articulation envisageable repose sur une saisine du Défenseur des droits qui suspend les délais de prescription de l'action contentieuse. Ici, la saisine conduit à plusieurs modes alternatifs de résolution des conflits (*e.g.* par intercession amiable, médiation formelle ou recommandation) qui ont tous vocation à précéder la voie judiciaire et non à s'y substituer. Les considérations d'efficacité persistent sans entraver le possible traitement contentieux dès lors que le risque de forclusion est évacué²⁵⁶¹. Le réclamant peut attendre la décision de l'*ombudsman* sans avoir à saisir en parallèle la juridiction compétente, ne serait-ce que par précaution. Si cette solution gage d'une plus grande sécurité juridique pour les requérants, elle est néanmoins contraire à « l'esprit de la tradition latine »²⁵⁶² qui privilégie le recours au juge selon Dimitri Löhner. D'autres auteurs ajoutent que cela « reviendrait à considérer l'institution comme une sorte de juridiction »²⁵⁶³. Une troisième hypothèse mériterait d'être envisagée.

704. Cette troisième articulation type consisterait à préserver la complémentarité et la collaboration des forces, judiciaires ou non, tout en écartant la vocation de règlement du litige par voie de médiation et de transaction. Si les autres prérogatives du Défenseur des droits s'inscrivent bien dans le cadre d'un *traitement* extrajudictionnel des réclamations, elles ne s'inscrivent pas nécessairement, en revanche, dans une démarche de *règlement* extrajudictionnel du litige (*e.g.* mise en œuvre des pouvoirs d'enquête, aide à la constitution du dossier, orientation vers les – autres – voies de résolution du litige, y compris la médiation conventionnelle ou judiciaire, assistance du requérant qui emprunte ces voies, présentation d'observations en justice). Elles

²⁵⁶⁰ CALVÈS, G., « Répression des discriminations : l'adieu aux armes », *op. cit.*, p. 47. L'auteure poursuit en évoquant ce mouvement de « dé-judicialisation » comme un mouvement de « fragilisation » du droit et relève que, « entre une autorité administrative omnicompetente conçue sur le modèle d'une autorité de régulation et les institutions judiciaires proprement dites, la relation de complémentarité peine à se mettre en place ».

²⁵⁶¹ Parmi les décisions publiées par le Défenseur des droits en 2015, seul figurait un cas explicite de prescription (Décision MLD-2015-122 du 5 mai 2015 relative à un harcèlement discriminatoire à raison de l'origine).

²⁵⁶² LHÖNER, D., *La protection non judiciaire des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, *op. cit.*, p. 601.

²⁵⁶³ Déjà, au sujet du Médiateur de la République : MALIGNER, B., *Les fonctions du Médiateur*, Paris, PUF, 1979, p. 133. Plus récemment, au sujet cette fois du Défenseur des droits : SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 483.

pourraient demeurer en dépit d'une suppression des deux fonctions susmentionnées en matière de discrimination²⁵⁶⁴, par exemple dans le cadre d'un mandat d'aide juridique spécialisée²⁵⁶⁵ intervenant en complément – et non en substitution – des voies juridictionnelles et des voies classiques de médiation optionnelle précontentieuse, conventionnelle ou judiciaire, déjà existantes²⁵⁶⁶. Le caractère suspensif de la saisine n'est pas indiqué dans ce cas dès lors que ce n'est pas devant le Défenseur que le litige a vocation à être réglé. Cette hypothèse n'exclut pas nécessairement, cela dit, la possibilité de procéder à de simples intercessions amiables informelles dans le cadre de l'aide juridique spécialisée si tel est le souhait du réclamant²⁵⁶⁷. Ce faisant, l'incohérence propre au mandat actuel du Défenseur des droits serait dissipée²⁵⁶⁸, sans écarter la possibilité de la médiation de droit commun et sa capacité à réduire les délais de règlement du litige, tout en préservant la perspective d'une décision exécutoire et le potentiel jurisprudentiel de chaque cas d'espèce.

705. La mise en place d'un tel système en France dépend éminemment de la fonction assignée à l'intervention du Défenseur des droits : déjudiciarisation du contentieux de la non-discrimination, ouverture aux résolutions alternatives des litiges devant un tiers partial en préalable de la voie contentieuse et en doublon des systèmes de médiation déjà accessibles, ou pleine assistance des victimes qui revendiquent leur droit à la non-discrimination. La préférence manifestée à l'égard de l'une de ces trois hypothèses doit, cela dit, être appréciée à l'aune de l'efficacité du processus juridictionnel, notamment au regard des délais de traitement de requête en matière de discrimination.

C. Le contentieux de la non-discrimination au révéléur du délai raisonnable

706. Fréquemment considérée comme une « condition indispensable à l'efficacité et à la crédibilité de la justice »²⁵⁶⁹, l'obligation pour les juridictions de statuer dans un « délai raisonnable »²⁵⁷⁰ repose sur plusieurs fondements juridiques. La Cour EDH a reconnu cette

²⁵⁶⁴ V. not. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, II, B, not. 2). Sur la dissociation de la légitimité du mandat de médiation en fonction des différents champs d'intervention intégrés au sein du Défenseur des droits et sur son possible maintien dans d'autres champs, v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, II, A, not. 1).

²⁵⁶⁵ Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

²⁵⁶⁶ Considérant notamment le faible apport de la médiation institutionnelle au regard des médiations civiles et administratives existantes (Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, II) et le défaut d'impartialité du Défenseur des droits pour conduire une médiation (Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, II, A, 2), ainsi que les doutes déjà émis sur l'opportunité de procéder à une transaction pénale (Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, I, B, 1).

²⁵⁶⁷ Sur ce point, v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, I, not. B.

²⁵⁶⁸ Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, II, A, 2).

²⁵⁶⁹ GILLIAUX, P., *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 714.

²⁵⁷⁰ Sur la notion, v. entre autres : NICOLAS-VULLIERME, L., « Le "délai raisonnable" ou la mesure du temps », *LPA*, n° 1, 2005, p. 3 ; DUFOUR, O., « Qui a peur du délai raisonnable en France ? », *Gaz. Pal.*, n° 12, 2016, p. 8 ; GRAVELEAU, P., « Critères d'appréciation du caractère raisonnable du délai de jugement », *Gaz. Pal.*, n° 43, 2015, p. 29 ; KASSOUL, H., « Quelle sanction pour la violation du délai raisonnable de jugement ? », *Gaz. Pal.*, n° 264, 2015, p. 29 ; CLAUDIO,

obligation dans son arrêt *Kudla c. Pologne*²⁵⁷¹ dans un contexte d'afflux des requêtes adressées à l'encontre des États signataires en vue de contester les lenteurs de la justice. Elle s'est fondée pour ce faire tant sur l'article 13²⁵⁷² que sur le paragraphe premier de l'article 6 de la Convention EDH²⁵⁷³. Au niveau national, le Conseil d'État a également enrichi sa jurisprudence en considérant dans son arrêt *Magiera*²⁵⁷⁴ que le droit pour les justiciables à ce que leur requête soit jugée dans un délai raisonnable appartient aux principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions administratives²⁵⁷⁵. Tout manquement à ce principe est assimilable à un fonctionnement défectueux du service public de la justice. Quant au juge judiciaire, son action obéit aux articles L. 111-3 et L. 781-1 du COJ qui disposent respectivement que « les décisions de justice sont rendues dans un délai raisonnable » et que « l'État est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice ». La difficulté repose alors dans l'appréciation de la lenteur juridictionnelle au regard de ce cadre juridique.

707. Lorsqu'elle est imputable aux dysfonctionnements institutionnels, aux carences de moyens et à l'engorgement des prétoires, la lenteur de la justice est indubitablement dommageable. Outre le fait d'être un facteur d'inefficacité institutionnelle, elle constitue un facteur de renoncement pour

A., « La maîtrise du temps en droit processuel », *Jurisdoctoria*, n° 3, 2009, p. 21 ; LUCAZEAU, G., « Le délai raisonnable est-il bien raisonnable ? », *JCP*, n° 3, 2009, p. 103.

²⁵⁷¹ COUR EDH, Grande ch., 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, req. n° 30210/96.

²⁵⁷² « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale ». Sont entendus comme étant « effectifs » les recours qui « auraient pu empêcher la survenance ou la continuation de la violation alléguée ou auraient pu fournir à l'intéressé un redressement approprié pour toute violation s'étant déjà produite ». V. *idem*, § 158.

²⁵⁷³ « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi ». V. aussi l'art. 5 de la Convention EDH. Pour une approche européenne : MARGUÉNAUD, J.-P., « Le respect d'un délai raisonnable : une exigence renforcée par la Cour européenne des droits de l'homme dans les litiges du travail », *D.*, 2001, p. 2787 ; COUTRON, L., « La réorientation du contentieux du délai raisonnable de jugement dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *RDP*, n° 6, 2014, p. 6 ; KRIEGK, J.-F., « Le délai raisonnable : office du juge et office de l'autorité publique », *LPA*, n° 127, 2003, p. 4 ; KRIEGK, J.-F., « Le délai raisonnable en droit positif européen ou français », *LPA*, n° 5, 2012, p. 6. Pour les récentes condamnations de la France en la matière, v. not. : COUR EDH, 1^e sect., 30 octobre 2014, *Palmero c. France*, req. n° 77362/11 ; COUR EDH, 5^e sect., 12 juillet 2016, *Reichman c. France*, req. n° 50147/11 ; COUR EDH, 5^e sect., 30 juin 2016, *Duceau c. France*, req. n° 29151/11 ; COUR EDH, 5^e sect., 5 novembre 2015, *Henrioud c. France*, req. n° 21444/11 ; COUR EDH, 5^e sect., 18 juin 2015, *Société Bonygues construction et autres c. France*, req. n° 61265/10 ; ou encore COUR EDH, 5^e sect., 21 mai 2015, *Peduzzi c. France*, req. n° 23487/12. Le paragraphe 2 de l'article 47 de la Charte européenne des droits fondamentaux reprend par ailleurs le paragraphe premier de l'article 6 de la Convention EDH. Prolongeant le mimétisme, la jurisprudence de la CJUE se calque, elle aussi, sur celle de la Cour EDH en en reprenant les critères d'appréciation. V. CJCE, 17 décembre 1998, *Baustahlgenese GmbH*, aff. C-185/95 P. V. not. BENOÎT-ROHMER, F., « Chronique Union européenne et droits fondamentaux – Délai raisonnable (art. 47 de la Charte), *RTD eur.*, 2016, p. 370 et CHEVALIER, E., « La promotion d'une justice rapide remet-elle en cause le droit au recours effectif ? Le cas de la Cour de justice de l'Union européenne », *RTD eur.*, 2013, p. 710.

²⁵⁷⁴ CE, Ass., 28 juin 2002, *Magiera*, n° 239575, Lebon.

²⁵⁷⁵ Sur l'approche en droit administratif, v. not. ABIKHZER, F., « Le délai raisonnable dans le contentieux administratif : un fruit parvenu à maturité ? », *AJDA*, 2005, p. 98 et MEZAGUER, M., « L'appréciation du délai raisonnable de jugement par le Conseil d'État : la mise en lumière d'un principe structurant du droit administratif », *Dr. Adm.*, n° 7, étude 13, 2014. Pour le cas plus spécifique du droit de la fonction publique, v. JORDA, J., « Le délai raisonnable et le droit disciplinaire de la fonction publique », *AJDA*, 2002, p. 13.

certaines justiciables²⁵⁷⁶. Lorsqu'elle résulte de la complexité du cas d'espèce et du temps nécessaire à sa considération et à sa résolution, elle apparaît davantage opportune. L'appréciation de l'aspect raisonnable du délai procède en somme de la détermination du juste milieu entre « le temps de la sérénité et le temps de la célérité »²⁵⁷⁷, celui de la diligence²⁵⁷⁸. Il apparaît impertinent pour cette raison de déterminer *in abstracto* une quantification fixe de l'aspect raisonnable du délai, applicable à l'ensemble des litiges²⁵⁷⁹. Dans ses décisions *Frérot c. France* et *Tomasi c. France*, la Cour EDH a, par exemple, qualifié d'excessifs des délais d'environ six ans²⁵⁸⁰. Le Conseil d'État a, pour sa part, considéré dans son arrêt *Magjera* qu'un délai de sept ans et six mois était abusif pour une requête qui ne présentait pas de difficulté particulière²⁵⁸¹. Dans *Acquaviva c. France*, un délai de quatre ans et quatre mois fut en revanche estimé raisonnable par la Cour EDH au regard des circonstances propres au cas d'espèce²⁵⁸².

708. Conformément au raisonnement de la Cour européenne et plus récemment du Conseil d'État²⁵⁸³, le caractère raisonnable du délai de jugement tend à être apprécié de plus en plus au stade de chaque instance et non au regard de délais globaux²⁵⁸⁴. L'annuaire statistique de la justice témoignait sur ce point en 2012 d'une célérité des juridictions civiles pour les litiges liés aux « droits attachés à la personne » avec des délais moyens extrêmement brefs entre la saisine et la décision : 4,8 mois pour les tribunaux d'instance, 0,3 mois pour les tribunaux de grande instance et 3,3 mois pour les cours d'appel²⁵⁸⁵. Les tribunaux correctionnels, les tribunaux administratifs et les conseils de prud'hommes faisaient preuve de davantage de lenteur avec des délais moyens de plus ou moins

²⁵⁷⁶ En ce sens, COSTA, J.-P., « Le droit à un tribunal selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE ET BARREAU DU QUÉBEC, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité*, op. cit., p. 419 ou encore LÖHRER, D., *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, op. cit., p. 150 et 152.

²⁵⁷⁷ GUINCHARD, S., « Les solutions d'organisation procédurale », in COULON, J.-M. et FRISON-ROCHE, A.-M. (dir.), *Le temps dans la procédure*, Paris, Dalloz, 1996, p. 52.

²⁵⁷⁸ V. DAL, G.-A. et DE BAERDEMAEKER, R., « Le temps de la diligence », in *Le temps et le droit. Hommage au Professeur Closet-Marchal*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 63-64 : « la diligence, qui n'est pas seulement une forme de rapidité, ne s'apparente donc nullement à la précipitation. Elle n'empêche pas, et implique même que du temps soit donné au temps dans la mesure où la qualité du travail le requiert. En d'autres mots, c'est la parfaite gestion du temps dans le souci du travail bien fait ».

²⁵⁷⁹ V. ici GUINCHARD, S., « Procès équitable », in *Répertoire de procédure civile*, § 72.

²⁵⁸⁰ COUR EDH, 12 juin 2006, *Frérot c. France*, req. n° 70204/01 et COUR EDH, ch., 27 août 1992, *Tomasi c. France*, req. n° 12850/87.

²⁵⁸¹ CE, Ass., 28 juin 2002, *Magjera*, loc. cit.

²⁵⁸² COUR EDH, ch., 21 novembre 1995, *Acquaviva c. France*, req. n° 19248/91.

²⁵⁸³ CE, 4/5 SSR, 6 mars 2009, *Le Helloco*, n° 312625, Lebon.

²⁵⁸⁴ DELAUNAY, B., « L'appréciation du délai raisonnable de jugement », *RFDA*, 2009, p. 551 et s. : « Pour faire application du droit des justiciables à ce que leurs requêtes soient jugées dans un délai raisonnable, il importe qu'un mode de calcul du caractère raisonnable du délai soit partagé par les différentes juridictions. Aujourd'hui, si celles-ci semblent de plus en plus s'accorder sur la généralisation d'une appréciation au stade de chaque instance, cette évolution n'est pas sans susciter la controverse. En effet, l'abandon du calcul globalisé du délai raisonnable n'est que progressif et l'adoption d'un calcul décomposé reste seulement relative ».

²⁵⁸⁵ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Annuaire statistique de la Justice. Édition 2011-2012*, Paris, La Documentation française, 2012, p. 73.

un an (*i.e.* respectivement 11,1 mois, 11,4 mois et 13,7 mois)²⁵⁸⁶. Les cours administratives d'appel statuaient en moyenne sous 13,7 mois²⁵⁸⁷ quand leurs homologues en droit pénal statuaient sous 32 mois²⁵⁸⁸, auxquels s'ajoutaient éventuellement 7,5 mois en cas de pourvoi devant la chambre criminelle de la Cour de cassation²⁵⁸⁹. Ces délais ne correspondent qu'à des moyennes propres à chaque degré de juridiction. S'ils servent d'éléments de cadrage, ils sont dépourvus de représentativité pour le cas spécifique du contentieux de la non-discrimination. Celui-ci a pu être dénoncé comme donnant lieu à des délais de traitement « exceptionnels » ou « anormalement longs » ainsi qu'à des « instructions interminables »²⁵⁹⁰, au moins en droit pénal.

709. En l'absence de ventilation des données de l'annuaire statistique de la justice, là encore, il convient de recourir à une analyse à partir d'échantillons (*confer* annexe 2). Sur la base de deux cent soixante-deux décisions réparties en cinq échantillons (*i.e.* tribunaux administratifs, cours administratives d'appel, conseils de prud'hommes, tribunaux de grande instance et cours d'appel), les délais de traitement juridictionnel semblent en effet supérieurs aux moyennes évoquées *supra*. Le laps de temps écoulé entre la requête et la décision de première instance demeure néanmoins inférieur ou égal à deux ans. L'analyse des échantillons révèle plus précisément qu'en matière de discrimination, le délai moyen est d'un an et sept mois devant les tribunaux de grande instance, d'un an et neuf mois devant les conseils de prud'hommes et de deux ans devant les tribunaux administratifs. Le délai entre la décision du tribunal et celle de la cour d'appel est ensuite d'un an et neuf mois devant les cours administratives d'appel et de deux ans devant les cours d'appel. Quant au délai moyen entre l'arrêt de la juridiction d'appel et la décision de la Cour de cassation, il est également d'un an et neuf mois.

710. *In fine*, à raison d'un délai moyen d'un an et dix mois entre la saisine et la décision de première instance, et d'un an et onze mois entre la décision de première instance et l'arrêt rendu en appel, les voies juridictionnelles s'avèrent légèrement plus lentes, d'un à deux mois environ, que la voie non juridictionnelle lorsque le Défenseur des droits prend position par le biais d'une décision formalisée²⁵⁹¹. Le fait que la durée de traitement en vue de l'obtention d'une décision devant les juridictions – au stade de chaque instance – ne soit guère plus longue que devant la HALDE ou, désormais, devant le Défenseur des droits, peut alors éclairer certaines pratiques des délégués locaux de l'institution. Comme le relèvent Vincent-Arnaud Chappe et Emmanuel Quernez, il arrive

²⁵⁸⁶ *Idem*, p. 73, 129 et 273.

²⁵⁸⁷ *Idem*, p. 271.

²⁵⁸⁸ *Idem*, p. 137.

²⁵⁸⁹ *Idem*, p. 139.

²⁵⁹⁰ BENICHOUS, S., *Le droit à la non-discrimination « raciale »*, *op. cit.*, p. 186.

²⁵⁹¹ Là encore, les délais d'intercessions amiables et de médiations institutionnelles pourraient en complément être comparés aux délais des médiations de droit commun. Nous n'avons néanmoins pas accès à ces données.

que « certains correspondants assistent le réclamant dans la saisine du procureur de la République ou le recours devant les Prud'hommes tout en lui signifiant l'inutilité d'une requête interminable devant la Halde »²⁵⁹². Cela dit, au-delà de la décision de première instance, les appels et pourvois en cassation tendent à allonger démesurément la durée du procès. Plusieurs facteurs ont alors été envisagés afin de contribuer à une plus grande célérité du traitement juridictionnel²⁵⁹³.

711. Le premier élément à être envisagé par la doctrine au titre de facteur de diligence de la justice s'avère être la reconnaissance d'une responsabilité de l'État en cas de méconnaissance du droit à un délai raisonnable de jugement²⁵⁹⁴. Dès lors que cette méconnaissance est assimilable à un dysfonctionnement de la justice et s'avère susceptible d'être préjudiciable aux parties, celles-ci sont fondées à en demander réparation. Tel est le sens de la jurisprudence *Magiera*²⁵⁹⁵ qui a enrichi en 2002 la jurisprudence *Darmont*²⁵⁹⁶ en consacrant un nouveau principe général du droit en vertu duquel les « justiciables ont droit à ce que leurs requêtes soient jugées dans un délai raisonnable ». Tout manquement à ce principe entraîne la responsabilité pour faute simple de l'État qui est tenu de réparer l'ensemble des préjudices matériels et moraux, directs et certains²⁵⁹⁷. Les juridictions

²⁵⁹² CHAPPE, V-A. et QUERNEZ, E., « La lutte contre les discriminations, entre droit imposé et droit négocié. Analyse des interactions au sein des permanences locales de la Halde », *op. cit.*, p. 127. V. aussi le témoignage relevé in CHAPPE, V-A., « Entre traitement juridique et action politique : la position contrainte de la HALDE dans la lutte contre les discriminations », *op. cit.*, p. 91 sur « l'épine dans le pied » que constitue l'intervention de la HALDE. V. encore QUERNEZ, E., « La fabrique de la lutte contre les discriminations », *op. cit.*, p. 117 : « Cette contrainte temporelle, partiellement imputable à l'institution, est régulièrement pointée par les correspondants locaux, parfois en des termes très durs ». L'auteur relaie notamment le témoignage de l'un d'entre eux : « J'ai estimé avoir quelques dossiers juridiquement solides. Simplement, quand j'appelle la HALDE, on me dit : "On est embouteillé". Avec cette déclaration majeure : "La réponse est dans six mois". Mais les personnes ne peuvent pas attendre. Alors là, c'est clair, moi je refuse de dire à quelqu'un : "Vous allez servir à monter un bon dossier pour les services de la HALDE et vous allez être au chômage en attendant". Souvent, les décisions, il faut les contester dans les deux mois. On est dans un processus. Donc je ne peux pas dire aux gens : "Attendez, la HALDE va s'occuper de votre dossier" ».

²⁵⁹³ V. entre autres sur les solutions à l'encombrement de la juridiction administrative GOHIN, O. et POULET, F., *Contentieux administratif*, 9^{ème} éd., Paris, LexisNexis, 2017, p. 205-222.

²⁵⁹⁴ V. ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., « Délai raisonnable du procès, recours effectif ou déni de justice », *RFDA*, 2003, p. 85 : « les juridictions territoriales, puis les juridictions suprêmes de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, ont choisi de combattre le fléau du délai excessif du procès en se situant sur le terrain de la responsabilité de l'État à raison du fonctionnement défectueux de la justice ». V. encore : STRUILLOU, Y., « La condamnation de l'État pour délai excessif de jugement », *RFDA*, 2006, p. 299 ; BACHELET, O., « Principe de célérité procédurale et droit à un recours indemnitaire », *Dalloz actualité*, 12 octobre 2010 ; GOMA, R., « De la responsabilité de l'État pour inobservation du délai raisonnable par la justice », *AJDA*, 2013, p. 564 ; DONNAT, F. et CASAS, D., « Un requérant peut obtenir réparation, devant le juge administratif français, du préjudice né de la violation du droit à un délai raisonnable de jugement », *AJDA*, 2002, p. 596.

²⁵⁹⁵ CE, Ass., 28 juin 2002, *Magiera*, *loc. cit.*

²⁵⁹⁶ CE, 29 décembre 1978, *Darmont*, n° 96004, Lebon : « si en vertu des principes généraux régissant la responsabilité de la puissance publique, une faute lourde commise dans l'exercice de la fonction juridictionnelle par une juridiction administrative est susceptible d'ouvrir droit à indemnité, l'autorité qui s'attache à la chose jugée s'oppose à la mise en jeu de cette responsabilité, dans le cas où la faute lourde alléguée résulterait du contenu même de la décision juridictionnelle et où cette décision serait devenue définitive ».

²⁵⁹⁷ Pour un chiffre de ce préjudice, v. JEULAND, E., *Droit processuel général*, *op. cit.*, p. 233. Soulignons que le CJA prévoit la compétence du Conseil d'État pour connaître en premier et dernier ressort des actions en responsabilité pour durée excessive de la procédure devant les juridictions administratives. Art. R. 311-1 du CJA.

judiciaires interprètent quant à elles l'article L. 781-1 du COJ²⁵⁹⁸ à la lumière de l'article 6 de la Convention EDH et engagent la responsabilité de l'État non pour faute simple mais pour faute lourde ou déni de justice – interprétés largement²⁵⁹⁹.

712. Certes indispensable, le régime juridique de responsabilité de l'État ne saurait en aucun cas suffire à résorber les latences de jugement. Si bien qu'avec Benoît Delaunay, il est possible de soutenir qu'il importe moins « de sanctionner en aval le délai excessif que de s'efforcer de garantir en amont un délai raisonnable »²⁶⁰⁰. Cela implique d'identifier les facteurs contribuant à l'allongement des délais. L'archaïsme de la carte judiciaire, l'explosion des requêtes ou encore le manque évident de moyens financiers, humains et matériels²⁶⁰¹ ont à cette occasion été mis en cause. À ces facteurs s'ajoute parfois l'appréhension fastidieuse des cas d'espèce en raison du manque de familiarité des juges avec certaines spécificités du contentieux²⁶⁰².

713. Face à ce dernier phénomène et à défaut de spécialisation juridictionnelle, l'apport de l'expertise du Défenseur des droits au contentieux, propre à légèrement accélérer et simplifier le traitement de l'action, s'avère déterminant. Outre sa fonction de présentation d'observations en justice, c'est une fonction d'aide juridique spécialisée – et proactive – au service de cas d'espèce sélectionnés au mérite qui pourrait y contribuer en apportant tout ou partie des soutiens préparatoires suivants : information, orientation et aide à la saisine, préparation du dossier, recherche de la preuve et mise en œuvre des pouvoirs d'enquête, ou encore aide à l'obtention de mesures d'instruction en référé, sur requête ou au cours du procès.

714. En l'absence de revalorisation des moyens financiers, humains et matériels du système judiciaire français, le développement du recours à la médiation présente également un intérêt majeur. Elle possède le mérite d'offrir à ceux qui le souhaitent une voie rapide en vue de la cessation du manquement. Considérant l'adéquation de ces procédures avec les modalités de règlement du conflit que peuvent souhaiter les parties, leur maintien apparaît évidemment nécessaire. Simplement, c'est l'opportunité d'organiser la médiation dans un cadre concurrentiel à l'instance juridictionnelle qui peut être contestée. Son déclenchement, conventionnel ou judiciaire, à

²⁵⁹⁸ « L'État est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice. Cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice ».

²⁵⁹⁹ Cass. Ass., 23 février 2001, n° 99-16.165, *Bull. AP*, n° 5, p. 10 : « constitue une faute lourde toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi ».

²⁶⁰⁰ DELAUNAY, B., « L'appréciation du délai raisonnable de jugement », *loc. cit.*

²⁶⁰¹ ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., « Délai raisonnable du procès, recours effectif ou déni de justice », *loc. cit.*

²⁶⁰² Pour une prise en compte de ce facteur comme concourant, avec d'autres, en droit pénal, au renoncement à la voie juridictionnelle pour lui préférer le traitement extrajudiciable devant la HALDE, conçue comme « un palliatif discutable », v. not. BENICHOUS, S., *Le droit à la non-discrimination « raciale »*, *op. cit.*, p. 395-396.

l'initiative des parties ou du juge, permet un raccourcissement similaire des délais mais préfère la complémentarité à la concurrence des acteurs et des voies de traitement des requêtes²⁶⁰³.

715. En somme, pour prolonger la métaphore du professeur Andriantsimbazovina – qui assimile la justice à une course, le juge national à un pilote, la Cour EDH à un copilote et le système juridictionnel à un bolide²⁶⁰⁴ –, il serait possible de s'appuyer, d'une part, sur la formation du pilote (éclairé par l'expertise du Défenseur des droits assistant le requérant) pour tâcher de lever quelques blocages au traitement contentieux et, d'autre part, sur le choix du parcours (axé sur une reconsidération des médiations de droit commun suspensives des délais contentieux)²⁶⁰⁵ pour mieux articuler les délais en cas de mise en œuvre successive de plusieurs modes de résolution du litige. Pour l'heure, l'accessibilité des autorités d'application du droit semble compromise lorsque sont prises en compte les répercussions matérielles, financières et temporelles, de la revendication du droit à la non-discrimination. Si les aides financières (*e.g.* aide juridictionnelle, aide juridique spécialisée) et fonds d'action (*e.g.* fonds d'aide aux recours collectifs, programme de contestation judiciaire) peuvent pour partie compenser les implications financières du procès, la question de la réduction des délais de traitement s'avère plus délicate à penser. Elle exige *a minima* de mieux concevoir l'articulation des voies de contestation des pratiques ou mesures estimées discriminatoires.

²⁶⁰³ V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

²⁶⁰⁴ V. ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., « Délai raisonnable du procès, recours effectif ou déni de justice », *loc. cit.* : « La justice est actuellement assimilable à un rallye. Elle doit emprunter un parcours de plus en plus sinueux et semé d'embûches dans un laps de temps qui doit être réduit. La performance devient primordiale. Les moyens matériels et humains doivent être à la hauteur car le public est devenu exigeant. Le système juridictionnel d'un État adhérent à la Convention européenne des droits de l'homme est en quelque sorte la voiture de course qui doit assurer le parcours. La Cour européenne des droits de l'homme n'est pas un arbitre. Elle est partie prenante au rallye. Elle joue le rôle de copilote dans chaque voiture en guidant, en orientant et en corrigeant la trajectoire du pilote qui doit être le juge national. L'État adhérent joue le rôle de l'écurie qui doit faire en sorte que la voiture remporte la victoire ».

²⁶⁰⁵ Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, not. II.

SECTION 2 : LA GARANTIE PERFECTIBLE DES DROITS PROCÉDURAUX DES PARTIES

716. Aux côtés des coûts et des délais raisonnables de la contestation judiciaire, la prise en compte, par le droit, des difficultés relatives à la conduite de l'action ne saurait négliger la problématique des droits procéduraux. Leur garantie implique de sécuriser la revendication du droit à la non-discrimination en tenant compte des inégalités et obstacles – non plus matériels mais personnels – qui empêchent le requérant de porter sa cause devant les juridictions. La protection à l'encontre des représailles s'avère à ce titre particulièrement nécessaire en raison de l'inégalité des positions qui caractérise ce contentieux²⁶⁰⁶ et du risque d'entrave à la sollicitation des autorités d'application du droit qui en découle. Sur ce point précis, la nécessité de contrer l'effet dissuasif de l'acte de représailles conduit à questionner la suffisance de la protection conférée par le cadre juridique. Une absence de compensation, par le droit, de l'inégalité des positions des parties ne permettrait ni de répondre aux spécificités du contentieux de la non-discrimination ni de rendre les juridictions effectivement accessibles aux requérants (I). La garantie des droits procéduraux exige ensuite le respect de l'égalité des armes, définie comme l'obligation « d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »²⁶⁰⁷. Cela peut conduire à favoriser l'émergence du litige porté par le requérant en admettant certaines mesures correctrices, par exemple en matière d'instruction, destinées à soutenir la partie faible. Ce soutien ne peut pour autant déboucher sur une atteinte disproportionnée aux droits procéduraux du défendeur. Leur mépris entacherait en effet la régularité de la décision ou freinerait plus simplement son acceptation et, par répercussion, celle de la règle de droit dont il est fait application²⁶⁰⁸. Cette considération a précisément généré de vives critiques, cristallisées autour du Défenseur des droits, dont l'intervention est perçue comme attentatoire à l'égalité des armes, au détriment des défendeurs. Les prérogatives de l'institution – utiles et correctrices – qui orchestrent le soutien des victimes peuvent toutefois être maintenues car les blâmes à leur encontre semblent pour la plupart infondés, à l'exception de l'un d'entre eux, plus sérieux (II).

²⁶⁰⁶ Comme le relève Morgan Sweeney, la relation des parties, plus encore en droit du travail, est entièrement « construite sur le constat d'une inégalité : celle de l'employeur et du salarié » (SWEENEY, M., *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, *op. cit.*, p. 139).

²⁶⁰⁷ COUR EDH, ch., 27 octobre 1993, *Dombo Bebeer B. V. c. Pays-Bas*, req. n° 14448/88.

²⁶⁰⁸ Ce contrecoup se trouve notamment illustré en France par la notion de « plan anti-Halde ». V. NIEL, S., « Faut-il un plan anti-Halde ? », *Cahiers du DRH*, 2007. Pour une critique sévère, v. encore PONCET, S., « La HALDE respecte-t-elle les garanties fondamentales de la personne mise en cause ? », *JSL*, n° 291, 3 janvier 2011.

I. La nécessaire compensation de l'inégalité des positions

717. L'inégalité des positions et les rapports de pouvoirs qui en découlent tendent à exercer sur la victime un effet dissuasif et à constituer un facteur majeur de renoncement à la revendication des droits²⁶⁰⁹. Les directives communautaires précisent pour cette raison que « la mise en œuvre effective du principe d'égalité requiert une protection judiciaire adéquate contre les rétorsions »²⁶¹⁰. La protection de la victime peut alors se manifester sous différentes formes. Une première protection intervenant au fond peut, de manière classique, sanctionner la nullité de l'acte de représailles qui s'est ajouté à la discrimination initialement contestée (A). Des protections complémentaires peuvent intervenir, le cas échéant, avant jugement au fond. Il en va ainsi de la réintégration ordonnée par le juge des référés. Plus audacieusement, c'est encore une suspension automatique, avant même l'intervention d'un juge, qui pourrait dans certains cas être envisagée (B).

A. La protection première du requérant par la sanction des actes de représailles

718. La chambre sociale de la Cour de cassation relevait au sujet des inégalités de positions et de pouvoirs, particulièrement marquées dans le cadre des relations de travail, que « le principe de l'égalité des armes s'oppose à ce que l'employeur utilise son pouvoir disciplinaire pour imposer au salarié les conditions de règlement du procès qui les oppose »²⁶¹¹. Le droit à un recours effectif impose en conséquence de garantir une certaine sécurité au salarié ou à l'agent public qui entend contester une discrimination afin que celui-ci ne supporte pas le coût d'une dégradation subséquente de sa situation (*e.g.* changement d'affectation, rupture du contrat). Tel est également l'avis de la CJCE pour qui « le principe d'un contrôle juridictionnel effectif consacré par l'article 6 de la directive [76/207/CEE] serait privé de l'essentiel de son efficacité si la protection qu'il confère n'incluait pas les mesures [de représailles] »²⁶¹². Elle ajoutait que « la crainte de pareilles mesures contre lesquelles aucun recours juridictionnel ne serait ouvert risquerait de dissuader les travailleurs s'estimant lésés par une discrimination de faire valoir leurs droits par voie juridictionnelle et, partant, serait de nature à compromettre gravement la réalisation de l'objectif poursuivi par la directive »²⁶¹³. Un régime juridique protecteur reposant sur la nullité rétroactive des actes de représailles a notamment été développé en écho à ces considérations (1). Si cette protection de la

²⁶⁰⁹ En ce sens, DUBOUT, É., *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 629 : « outre la difficulté de la preuve, la seconde raison qui dissuade souvent les victimes de discrimination d'exercer une action en justice est la crainte qu'après le procès leur situation ne soit pas améliorée, voire même qu'elle soit aggravée ».

²⁶¹⁰ Points 20 et 30 des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE.

²⁶¹¹ Cass. soc., 9 octobre 2013, n° 12-17.882, *Bull.* V, n° 226.

²⁶¹² CJCE, 22 septembre 1998, *Belinda Jane Coote.*, aff. C-185/97, pt. 24.

²⁶¹³ *Ibidem.*

victime est indispensable, il est apparu nécessaire de conditionner son bénéfice afin de ne pas conférer une immunité aux actions abusives ou dilatoires (2).

1) L'annulation rétroactive des actes de représailles

719. La notion de « représailles » se réfère à toute « mesure prise par un individu ou un groupe pour infliger un inconvénient, physique, économique ou autre, en vue de riposter à un acte posé par autrui »²⁶¹⁴. Le risque d'occurrence d'une telle mesure se trouve renforcé par le rapport de force fondamentalement inégal qui existe entre un employeur et un travailleur, public ou privé, du fait du lien de subordination intrinsèque à la relation de travail. Un rapport de force similaire caractérise les relations entre un bailleur et son locataire ou entre un chef d'ouvrage et ses prestataires de services. Les premiers disposent de moyens de pression et de rétorsion considérables qui viennent généralement s'ajouter à des inégalités de ressources. Bernard Stasi insistait à cet égard sur le fait que les entreprises peuvent considérer le procès comme « un aléa normal de leur activité, traité dans la durée par leurs services juridiques, alors que la victime agit dans une certaine urgence et s'expose à un risque de représailles, auquel s'ajoute la charge financière des frais de justice »²⁶¹⁵. Cette inégalité des positions et ces moyens de pression sont pareillement applicables aux témoins, qui peuvent éprouver une certaine réticence à apporter leur concours à la victime de discrimination en raison de leur propre soumission au pouvoir hiérarchique de l'employeur²⁶¹⁶. La proximité de ces derniers avec l'auteur potentiel de la discrimination au sein des petites communautés professionnelles tend à renforcer ce sentiment²⁶¹⁷. C'est pourquoi plusieurs observateurs et organismes de défense des droits ont plaidé en faveur d'un régime protecteur après avoir constaté que de nombreuses victimes renonçaient, dans ces circonstances, à faire valoir leur droit à la non-discrimination²⁶¹⁸.

720. Ce constat est confirmé par les analyses statistiques. Le troisième baromètre sur la perception des discriminations dans l'emploi constatait en 2010 que 22 % des agents publics et 28 % des

²⁶¹⁴ DION, G., *Dictionnaire canadien des relations de travail*, 2^{ème} éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1986, p. 411.

²⁶¹⁵ STASI, B., *Vers la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, *op. cit.*, p. 38.

²⁶¹⁶ En ce sens, v. GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, *op. cit.*, p. 20 : « Or, les témoins restent silencieux et sont réticents à donner leur concours à la victime de discrimination. Souvent locateur, employeur, commerçant, client, le discriminant est en contact quotidien avec le témoin » ; « Ce silence est le principal obstacle à la répression effective du délit. L'isolement de la victime est incontournable ». V. encore p. 31.

²⁶¹⁷ FRA, *L'accès à la justice en cas de discrimination en Europe. Vers une plus grande égalité*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2014, p. 46 et 60.

²⁶¹⁸ À cet égard, v. : CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Rapport 2015*, *op. cit.*, p. 153 ; FRA, *EU-MIDIS – Enquête de l'Union européenne sur les minorités et la discrimination*, *op. cit.*, p. 221 ; DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2013*, *op. cit.*, p. 41 ; PÉCAULT-RIVOLIER, L., *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, *op. cit.*, p. 81 et 136 ; LIENEMANN, M-N., MAGLIANAO, H. et CALMETTES, J., *Pour une nouvelle politique publique d'aide aux victimes : rapport au Premier ministre*, Paris, La Documentation française, 1999, p. 19 ; ASSOCIATION DROIT POUR LA JUSTICE, *Le traitement de la victime de formation*, Actes du colloque PRELUD, 2011, p. 15-16 ; DHUME, F. et SAGNARD-HADDAOUI, N., *Les discriminations raciales en emploi. Une synthèse problématique des travaux*, Neuville-la-Roche, ISCRA Est, 2008, p. 41.

salariés du secteur privé qui renonçaient à faire valoir leur droit à la non-discrimination étaient motivés par la crainte de représailles²⁶¹⁹. Quatre années plus tard, 13 % des agents publics avançaient ce facteur explicatif pour justifier leur renoncement contre 29 % des salariés du secteur privé²⁶²⁰. Les conclusions du cinquième baromètre sur la discrimination dans l'emploi étaient encore plus frappantes dès lors que 36 % des agents publics et 32 % des salariés du secteur privé indiquaient que leur renoncement était fondé sur la sensation que la revendication de leur droit à la non-discrimination n'aurait pas servi leurs intérêts²⁶²¹. 32 % des agents publics et 36 % des salariés du secteur privé évoquaient en parallèle un renoncement imputable à la volonté de ne pas aggraver leur situation et, plus précisément, à la crainte de rétorsions²⁶²². À Vincent-Arnaud Chappe de conclure avec justesse au sujet de l'importance numérique de ces réponses : cela « rappelle que l'acte discriminatoire ne naît pas dans un contexte de paix et d'égalité, sous la forme d'une déviance exceptionnelle qu'il suffirait de signaler pour la faire condamner »²⁶²³. Le droit d'ester en justice ne saurait être garanti que si les victimes alléguées sont assurées que leur revendication en justice n'aboutira pas à une situation doublement ou triplement négative²⁶²⁴ : discrimination, rétorsion et éventuelle perte du procès – par exemple imputable à la carence d'éléments probants. Aussi, il importe de permettre au juge de sanctionner *a posteriori* ces actes litigieux afin de remettre les parties en l'état.

721. L'initiative est d'abord venue des systèmes internationaux et régionaux²⁶²⁵. La directive 76/207 de 1976²⁶²⁶ et la Convention n° 158 de l'OIT sur le licenciement de 1982²⁶²⁷ prévoient que le fait de déposer plainte ou de participer à des procédures contre un employeur ne constitue pas un motif valable de licenciement. Ce régime protecteur embryonnaire ne s'appliquait toutefois pas en dehors des sanctions manifestées par la rupture du contrat de travail²⁶²⁸. Dès 1998, la CJCE

²⁶¹⁹ HALDE et OIT, *Présentation du 3^e baromètre de l'égalité de la HALDE et de l'OIT*, 2010, p. 3.

²⁶²⁰ DÉFENSEUR DES DROITS, OIT et IFOP, *Baromètre sur la perception des discriminations au travail – Vague 7*, 2014, p. 18.

²⁶²¹ DÉFENSEUR DES DROITS, OIT, CONSUMER SCIENCE et ANALYTICS, *Perceptions des discriminations au travail : regards croisés salariés du privé et agents de la fonction publique. Synthèse de l'Institut CSA. Baromètre 5^{ème} édition*, 2012, p. 14.

²⁶²² *Ibidem*.

²⁶²³ CHAPPE, V.-A., *L'égalité en procès : sociologie politique du recours au droit contre les discriminations au travail*, *op. cit.*, p. 318. V. encore p. 100 et 256.

²⁶²⁴ V. MOULY, J., « Une avancée spectaculaire du droit du salarié d'agir en justice contre l'employeur : la nullité de principe des mesures de rétorsion », *Dr. Soc.*, 2013, p. 415, qui se réfère à COUR EDH, ch., 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, *op. cit.*, § 24.

²⁶²⁵ Sur la construction progressive de ce régime protecteur, v. aussi BENICHOUS, S., *Le droit à la non-discrimination « raciale »*, *op. cit.*, p. 101-104.

²⁶²⁶ Art. 7 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.

²⁶²⁷ V. Art. 5, c) de la Convention publiée par le décret n° 90-140 du 9 février 1990, NOR MAEJ8930128D, JORF n° 39 du 15 février 1990, p. 1939-1941, Convention entrant en vigueur, pour la France, le 16 mars 1990.

²⁶²⁸ V. GRATTON, L. et LECLERC, O., « Action en justice et mesures de rétorsion », *RDT*, 2014, p. 321 et GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, *op. cit.*, p. 32-34

ouvrit la voie à une dimension inclusive de la catégorie des actes de représailles par l'interprétation extensive de la directive 76/209, se fondant à la fois sur l'objectif poursuivi (*i.e.* « parvenir à une égalité des chances effective entre hommes et femmes ») et sur le « caractère fondamental du droit à une protection juridictionnelle effective »²⁶²⁹. Elle en déduit que le simple refus de fournir des références professionnelles à un ancien salarié pouvait constituer un acte condamnable. Les articles 9 et 11 des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE entérinent cette position, au moins pour les matières concernées, en élargissant la protection contre « tout traitement ou toute conséquence défavorable » en réaction à une plainte ou à une action en justice. Quant à la jurisprudence de la Cour EDH, elle assimile la protection contre ces mesures à « une conséquence du caractère fondamental reconnu au droit d'agir en justice »²⁶³⁰ ou du droit d'accès à un tribunal, lui-même inhérent à l'article 6 de la Convention EDH²⁶³¹. Les rétorsions ne peuvent dès lors que nuire à l'effectivité de ce droit²⁶³² ainsi qu'à la liberté fondamentale de témoigner²⁶³³.

722. En droit interne, la protection légale se limitait au début des années 2000 – et depuis 1983 – au seul licenciement imposé en représailles à une action en justice au titre de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes²⁶³⁴. Elle fut interprétée restrictivement par la chambre sociale de la Cour de cassation qui refusa de sanctionner sur ce fondement un licenciement consécutif à une action en justice visant à faire appliquer le principe « à travail égal, salaire égal »²⁶³⁵. La loi du 16 novembre 2001 élargit utilement la protection au licenciement imposé en représailles à la contestation en justice de tout type de discrimination²⁶³⁶. L'enrichissement législatif fut poursuivi pour bénéficier aux témoins²⁶³⁷. Des dispositions similaires furent intégrées à l'article 6 de la loi du

²⁶²⁹ CJCE, 22 septembre 1998, *Belinda Jane Coote*, *op. cit.*, pt. 27.

²⁶³⁰ GRATTON, L. et LECLERC, O., « Action en justice et mesures de rétorsion », *loc. cit.*

²⁶³¹ COUR EDH, Plén., 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 36 : « le droit d'accès constitue un élément inhérent au droit qu'énonce l'article 6 par. 1 (art. 6-1). Il ne s'agit pas là d'une interprétation extensive de nature à imposer aux États contractants de nouvelles obligations : elle se fonde sur les termes mêmes de la première phrase de l'article 6 par. 1 (art. 6-1), lue dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de ce traité normatif qu'est la Convention ».

²⁶³² V. GRATTON, L. et LECLERC, O., « Action en justice et mesures de rétorsion », *loc. cit.*

²⁶³³ Cass. soc., 29 octobre 2013, n° 12-22.447, *Bull. V*, n° 252 : « Le licenciement prononcé en raison du contenu d'une attestation délivrée par un salarié au bénéfice d'un autre et destinée à être produite en justice porte atteinte à la liberté fondamentale de témoigner ».

²⁶³⁴ Ancien art. L. 123-5, devenu L. 1144-3, du Code du travail : « Est nul et de nul effet le licenciement d'un salarié faisant suite à une action en justice engagée par ce salarié ou en sa faveur sur la base des dispositions du présent code relatives à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, lorsqu'il est établi que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse et constitue en réalité une mesure prise par l'employeur à raison de l'action en justice ».

²⁶³⁵ Cass. soc., 20 février 2008, n° 06-40.085, n° 06-40.615, *Bull. V*, n° 38 : « Hors le cas visé par l'article L. 123-5 du code du travail, le licenciement sans cause réelle et sérieuse d'un salarié intervenu en raison de l'action en justice qu'il a introduite sur le fondement d'une violation du principe "à travail égal, salaire égal", n'encourt pas la nullité. Doit donc être approuvé l'arrêt de cour d'appel qui rejette la demande du salarié en ce sens ». Pour une critique, v. LANQUETIN, M.-T., « Discrimination », *op. cit.*, § 330 ou RADÉ, C., « De l'effectivité du principe "à travail égal, salaire égal" », *Dr. Soc.*, 2008, p. 530.

²⁶³⁶ Ancien art. L. 122-45-2, devenu L. 1134-4, du Code du travail.

²⁶³⁷ Al. 3 de l'ancien art. L. 122-45, devenu art. L. 1132-3, du Code du travail : « aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis aux alinéas

13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Ces dernières sont néanmoins plus précises et plus restrictives en ce qu'elles spécifient les champs d'intervention de la mesure de rétorsion (recrutement, titularisation, rémunération, formation, évaluation, notation, discipline, promotion, affectation et mutation). L'article 3 de la loi du 27 mai 2008 finit d'achever une protection jusque-là parcellaire en droit positif et généralisa au sein d'une même disposition la protection contre les représailles intervenant par tout traitement défavorable, à la fois dans l'emploi et au-delà (protection sociale, santé, avantages sociaux, éducation, accès et fourniture de biens et services). La Cour de cassation reconnut enfin en 2013 une nullité de principe des mesures de rétorsion, y compris en l'absence de texte²⁶³⁸.

723. Une réserve pourrait nonobstant être soulevée. Contrairement aux articles L. 1134-4 (discrimination), L. 1144-3 (égalité professionnelle entre les femmes et les hommes), L. 1153-3 (harcèlement) du Code du travail, 6 (discrimination) et 6 *ter* (harcèlement) de la loi du 13 juillet 1983, l'article 3 de la loi du 27 mai 2008 ne prévoit aucune sanction à l'acte de représailles (nullité rétroactive de l'acte, réintégration de droit, indemnité²⁶³⁹, mesure disciplinaire). Alors que l'organisation de la sanction « lui donnerait une plus grande effectivité » selon Laurence Péru-Pirotte²⁶⁴⁰, il laisse aux juridictions le soin de déterminer la réponse adéquate. La sanction des représailles se trouve cependant solidement consacrée en droit interne. Mais le bénéfice de cette protection n'est pas systématique et exige que certaines conditions soient cumulativement remplies par les victimes de discrimination qui s'en prévalent.

2) Une annulation rétroactive triplement conditionnée

724. Plusieurs conditions sont nécessaires afin que les juridictions reconnaissent qu'une sanction constitue un acte de représailles. La première est que l'acte intervienne dans le cadre d'une période considérée comme suspecte en raison de la proximité temporelle entre la mesure litigieuse et l'exercice du droit d'agir en justice ou de la liberté de témoigner. L'éventuelle concordance

précédents ou pour les avoir relatés ». Soulignons qu'une disposition équivalente existait depuis le 4 novembre 1992 à l'art. L. 122-46 de l'ancien Code du travail qui ajoutait à l'interdiction du harcèlement (alinéa 1) un alinéa 2 : « aucun salarié ne peut être sanctionné ni licencié pour avoir témoigné des agissements définis à l'alinéa précédent ou pour les avoir relatés ». Désormais la disposition constitue l'art. L. 1153-3.

²⁶³⁸ Cass. soc., 6 février 2013, n^{os} 11-11.740 à 11-11.748, *Bull.* V, n^o 27. V. aussi Cass. soc., 29 octobre 2013, n^o 12-22.447, *loc. cit.* Sur ce point GRATTON, L. et LECLERC, O., « Action en justice et mesures de rétorsion », *loc. cit.*

²⁶³⁹ Alternativement, en l'absence de réintégration, l'art. L. 1134-4 précise : « lorsque le salarié refuse de poursuivre l'exécution du contrat de travail, le conseil de prud'hommes lui alloue : 1^o Une indemnité ne pouvant être inférieure aux salaires des six derniers mois ; 2^o Une indemnité correspondant à l'indemnité de licenciement prévue par l'article L. 1234-9 ou par la convention ou l'accord collectif applicable ou le contrat de travail ».

²⁶⁴⁰ PÉRU-PIROTTE, L., « La lutte contre les discriminations : loi n^o 2008-496 du 27 mai 2008 », *JCP S.*, n^o 23, 2008, p. 1314. En ce sens, v. aussi BENICHOUS, S., *Le droit à la non-discrimination « raciale »*, *op. cit.*, p. 104.

temporelle s'apparente alors à un « fait troublant »²⁶⁴¹, indispensable, qui pose les bases de la présomption. Elle autorise à poursuivre sur le terrain de la causalité qui doit ensuite être confirmée par la motivation de l'acte. Il convient pour ce faire de lier cet acte à l'action en justice initiale de la victime ou au témoignage d'un tiers. Il ne s'agit pas de démontrer que « la mesure a été prise dans l'unique dessein d'entraver l'exercice légitime par le salarié de [ses] droits fondamentaux »²⁶⁴². Cette conception impliquerait une causalité lourde. À l'inverse, la seule mention dans la lettre de licenciement de l'action en justice, de la plainte ou du témoignage suffit à le rendre illicite et permet de conclure à sa nullité, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs formulés par l'employeur dès lors qu'ils seraient insusceptibles d'effacer le vice²⁶⁴³. Les motivations sont pour autant rarement formalisées, ce qui tend à neutraliser la possibilité d'une preuve directe et à rendre délicat l'établissement du lien de causalité.

725. Pour contourner cette difficulté, la jurisprudence fait le choix d'un glissement de l'objet de la preuve vers des éléments objectifs. Comme le soulignent Laurène Gratton et Olivier Leclerc, « le raisonnement est alors de type inductif et consiste à inférer de la réunion d'éléments objectifs l'existence d'une raison d'agir »²⁶⁴⁴ légitime. Le requérant doit en résumé établir la concordance temporelle et démontrer que la mesure mise en cause ne possède aucune justification objective légitime. C'est ce que prévoient les articles L. 1134-4 (discrimination) et L. 1144-3 (égalité professionnelle entre les femmes et les hommes) du Code du travail. Ils disposent la nullité du licenciement qui fait suite à l'action en justice « lorsqu'il est établi qu'[il] n'a pas de cause réelle et sérieuse ». La chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi estimé que la rupture d'un contrat à durée déterminée avant l'échéance du terme normal, en dehors des cas prévus légalement²⁶⁴⁵, et qui suit chronologiquement l'action en justice du salarié, suffit à caractériser l'acte de représailles²⁶⁴⁶.

²⁶⁴¹ GRATTON, L. et LECLERC, O., « Action en justice et mesures de rétorsion », *loc. cit.*

²⁶⁴² *Ibidem.*

²⁶⁴³ V. not. Cass. soc., 3 février 2016, n° 14-18.600, *BICC*, n° 844, ch. soc., n° 878. V. aussi CORRIGNAN-CARSIN, D., « Nullité du licenciement consécutif à des accusations non avérées de harcèlement moral », *loc. cit.* V. encore CORTOT, J., « Nullité d'un licenciement motivé en partie par l'action en justice du salarié », *Dalloz actualités*, février 2016 et ENJOLRAS, L. « La protection du droit d'ester en justice des salariés contre leur employeur », *RDT*, 2016, p. 433 et s. : « la réponse apportée par la Cour de cassation apparaît désormais marquée par le sceau de l'automatisme : pour les hauts magistrats, la seule mention d'un reproche tiré de la saisine de la juridiction prud'homale est suffisante à caractériser une atteinte à la liberté fondamentale ».

²⁶⁴⁴ GRATTON, L. et LECLERC, O., « Action en justice et mesures de rétorsion », *loc. cit.*

²⁶⁴⁵ Art. L. 1243-1 du Code du travail : « Sauf accord des parties, le contrat de travail à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave, de force majeure ou d'inaptitude constatée par le médecin du travail. Lorsqu'il est conclu en application du 6° de l'art. L. 1242-2, le contrat de travail à durée déterminée peut, en outre, être rompu par l'une ou l'autre partie, pour un motif réel et sérieux, dix-huit mois après sa conclusion puis à la date anniversaire de sa conclusion ».

²⁶⁴⁶ En matière d'égalité entre hommes et femmes : Cass. soc., 28 novembre 2000, nos 97-43.715 et 99-41.661, *Bull.* V, n° 395, p. 302. Également applicable pour l'art. L. 1134-4 du Code du travail.

726. Outre la concordance temporelle et la causalité de l'acte, la nullité de la mesure de représailles, en général, se trouve conditionnée par la bonne foi de celui ou celle qui témoigne ou relate des faits de discrimination. Cette condition a fait l'objet de quelques considérations jurisprudentielles, le plus souvent lorsque n'était pas en cause une sanction en réaction à l'action en justice²⁶⁴⁷. Le caractère fondamental du droit d'ester en justice et de la liberté de témoigner rend toutefois l'application de cette condition malaisée pour le cas qui nous intéresse (*i.e.* contestation ou témoignage relatif à une pratique ou mesure estimée discriminatoire). Tout au plus peut-elle aboutir à écarter de la protection le comportement assimilable à une utilisation abusive ou dilatoire de ce droit et de cette liberté²⁶⁴⁸. La mauvaise foi ne saurait, quoi qu'il en soit, résulter du seul fait d'avoir dénoncé, y compris pour le témoin, des agissements estimés à tort comme étant constitutifs d'un cas de discrimination²⁶⁴⁹. Encore faut-il que le salarié ait conscience de l'absence de véracité de ses affirmations et qu'en dépit de cela, il les relate délibérément²⁶⁵⁰. Seule la diffusion consciente d'allégations mensongères permet en somme de faire obstacle à la protection du salarié²⁶⁵¹.

727. La protection des victimes par la sanction des représailles est donc solidement établie et relativement équilibrée en raison de sa mise sous conditions (*i.e.* concordance temporelle, absence de justification légale, bonne foi). Les dispositions envisagées *supra* permettent l'annulation *a posteriori* des conséquences des rétorsions et leur réparation (*e.g.* indemnités ou réintégration), par exemple à l'issue d'une procédure au fond. Des garanties complémentaires peuvent être envisagées en continuité.

²⁶⁴⁷ La mauvaise foi doit pour cela être caractérisée et les juridictions ne peuvent se limiter à relever le dénigrement par le salarié de son supérieur hiérarchique par le biais de fausses accusations (*i.e.* dénonciation de faits de harcèlement à un supérieur hiérarchique ; Cass. soc., 30 mai 2007, n° 05-18.755, inédit ; Cass. soc., 29 septembre 2010, n° 09-42.057, inédit) ou de dénonciations calomnieuses (Cass. soc., 5 juillet 2011, n° 10-19.561, inédit). Par exemple, des dénonciations inexactes, même calomnieuses ou pénalement répréhensibles, ne justifient pas, en soi, un licenciement pour faute lourde. Statuer en ce sens, « sans rechercher si la dénonciation formulée par le salarié était mensongère ou non, et, dans l'affirmative, si le salarié avait agi de mauvaise foi » prive la décision de base légale (Cass. soc., 12 juillet 2006, n° 04-41.075, *Bull. V*, n° 245, p. 232).

²⁶⁴⁸ V. ici ENJOLRAS, L. « La protection du droit d'ester en justice des salariés contre leur employeur », *loc. cit.*

²⁶⁴⁹ Cass. soc., 27 janvier 2009, n° 07-43.257, inédit : « Mais attendu que la cour d'appel qui a fait ressortir que la salariée n'avait pas agi de mauvaise foi en dénonçant les agissements dont elle avait à tort estimé qu'ils caractérisaient un harcèlement moral et en saisissant la juridiction prud'homale d'une demande de résiliation du contrat de travail fondée sur ces mêmes agissements, a pu décider que ce comportement ne constituait pas une faute grave et a retenu, dans l'exercice du pouvoir qu'elle tient de l'article L. 122-14-3 du code du travail, devenu l'article L. 1235-1, que le licenciement ne procédait pas d'une cause réelle et sérieuse ». V. encore Cass. soc., 10 mars 2009, n° 07-44.092, *Bull. V*, n° 66 : « le salarié qui relate des faits de harcèlement moral ne peut être licencié pour ce motif, sauf mauvaise foi, laquelle ne peut résulter de la seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis ».

²⁶⁵⁰ Cass. soc., 7 février 2012, n° 10-18.035, *Bull. V*, n° 55 : « Attendu que pour débouter la salariée de ses demandes, l'arrêt retient qu'ayant dénoncé des faits qui n'étaient pas susceptibles de caractériser un harcèlement moral, elle est de mauvaise foi ; [...] Qu'en statuant ainsi, par des motifs impropres à caractériser la mauvaise foi laquelle ne peut résulter que de la connaissance par le salarié de la fausseté des faits qu'il dénonce, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

²⁶⁵¹ V. BOSSU, B., « Le licenciement prononcé en violation de la liberté de témoigner est nul », *JCP S*, n° 6, 2014, p. 1061 ou encore GRATTON, L. et LECLERC, O., « Action en justice et mesures de rétorsion », *loc. cit.*

B. La protection complémentaire du droit d'ester en justice du requérant

728. Pour limiter l'effet des représailles, la réintégration peut également être sollicitée devant le juge des référés, ce qui représente une modalité de protection supplémentaire pour les victimes qui entendent contester la discrimination initiale (*e.g.* harcèlement, retard dans l'avancement de carrière, changement d'affectation) tout en poursuivant une relation avec le défendeur, rompue à la suite du déclenchement de l'action (1). Plus audacieusement et sur la base d'un mécanisme présomptif, une suspension automatique des effets d'une mesure litigieuse pourrait être envisagée, sans même l'intervention du juge, en cas de seule concordance temporelle de son édicition et de l'action en justice. Cela permettrait de garantir une certaine inamovibilité aux fins de revendication du droit à la non-discrimination. Mais cette hypothèse imposerait sans doute une charge excessive pour le défendeur. En alternative, une solution conciliatrice peut être esquissée (2).

1) La réintégration prononcée en référé comme garantie d'urgence du droit d'ester en justice

729. Le juge des référés est compétent pour ordonner la poursuite des relations de travail²⁶⁵². Les évolutions jurisprudentielles ont précisé les implications des ordonnances qu'il rend à ce titre, dans et en dehors du seul contentieux de la non-discrimination. Deux décisions méritent d'être brièvement évoquées. La première illustre l'utilité de cette procédure d'urgence pour garantir, dans certains cas, un maintien temporaire en emploi au requérant qui conteste un licenciement qu'il estime discriminatoire dans l'attente d'une décision au fond. La seconde illustre l'utilité de cette procédure pour limiter rapidement les effets d'une rétorsion qui fait suite à l'engagement d'une première contestation judiciaire. Dans les deux cas, le droit d'ester en justice des requérants s'en trouve renforcé.

730. Dans le premier cas d'espèce²⁶⁵³, un agent de surveillance avait été licencié pour faute grave. Contestant son licenciement, le salarié invoquait une discrimination sur le fondement de ses activités syndicales et avait saisi les juridictions prud'homales, à la fois au fond, afin de contester son licenciement, ainsi qu'en référé, afin de demander sa réintégration immédiate. Statuant en référé, la cour d'appel de Versailles ordonna son maintien dans l'emploi, à la suite de quoi, le

²⁶⁵² Cass. soc., 14 juin 1972, n° 71-12.508, *Bull. V*, n° 425, p. 388 ; v. récemment Cass. soc., 6 février 2013, nos 11-11.740 à 11-11.748, *loc. cit.* ; Cass. soc., 30 juin 2016, n° 15-10.557. V. encore sur ces questions MOULY, J., « Une avancée spectaculaire du droit du salarié d'agir en justice contre l'employeur : la nullité de principe des mesures de rétorsion », *loc. cit.*

²⁶⁵³ Cass. soc., 1^{er} avril 2008, n° 07-40.114, *Bull. V*, n° 79.

requérant put poursuivre son activité professionnelle et être élu délégué du personnel. Statuant au fond, la cour d'appel de Paris rejeta ensuite sa demande initiale et confirma le licenciement qui n'était pas discriminatoire. En réaction, le requérant saisit à nouveau le juge des référés pour contester la confirmation du licenciement par son employeur, demander l'octroi de provisions sur dommages-intérêts pour violation du statut protecteur qu'il avait depuis obtenu, ainsi qu'une indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Débouté dans un premier temps, le requérant obtint gain de cause en appel en raison de l'absence de consultation de l'inspecteur du travail pour avis concernant le licenciement d'un délégué du personnel. La chambre sociale cassa opportunément l'arrêt aux motifs suivants : la première décision du juge des référés qui ordonnait la réintégration temporaire possédait un caractère provisoire²⁶⁵⁴, elle était dépourvue d'autorité de la chose jugée au principal²⁶⁵⁵, et la validation du licenciement au fond emportait cessation de la relation de travail, sans qu'une nouvelle procédure de licenciement soit nécessaire, et sans égard accordé à l'élection intermittente du requérant au poste de délégué du personnel. Même si la décision au fond ne permit pas de conclure à l'existence d'une discrimination, cette affaire demeure instructive. Elle fournit une première illustration du recours utile au juge des référés, dans certains cas, au titre de la protection du salarié qui agit en justice pour contester un licenciement qu'il estime discriminatoire. La décision provisoire de maintien dans l'emploi ne préjuge cependant pas du fond de l'affaire et demeure révoicable.

731. Une seconde illustration de l'utilité de cette procédure d'urgence pourrait être avancée à travers l'exposé d'une autre affaire²⁶⁵⁶, largement commentée par la doctrine²⁶⁵⁷. Elle concerne, cette fois, la réintégration à la suite d'une rupture des relations de travail – non pas contestée en ce qu'elle était discriminatoire mais – constitutive d'un acte de représailles en réponse à une contestation judiciaire. En l'espèce, huit salariés de la société France Télécom qui bénéficiaient depuis plusieurs années d'une succession de contrats de travail à durée déterminée avaient saisi la juridiction prud'homale en vue de la requalification de leur dernier contrat en contrat à durée indéterminée. Sept jours plus tard, un huissier leur signifiait la rupture anticipée de leurs contrats au motif d'une surestimation de la charge de travail pour laquelle ils avaient été renouvelés. Considérant qu'il s'agissait d'un acte de représailles, les salariés demandaient leur réintégration, devant le juge des référés cette fois. La cour d'appel rejeta leur demande. Elle estima que si une liberté fondamentale

²⁶⁵⁴ Conformément à l'art. 484 du CPC.

²⁶⁵⁵ En vertu de l'art. 488 du CPC.

²⁶⁵⁶ Cass. soc., 6 février 2013, nos 11-11.740 à 11-11.748, *loc. cit.*

²⁶⁵⁷ MOULY, J., « Une avancée spectaculaire du droit du salarié d'agir en justice contre l'employeur : la nullité de principe des mesures de rétorsion », *loc. cit.* ; BUGADA, A., « Référé prud'homal : réintégration du salarié sous CDD en cas d'atteinte à la liberté fondamentale d'agir en justice pour obtenir la requalification en CDI », *Rev. Proc.*, n° 4, comm. 107, 2013 ; ADAM, P., « Droit d'accès au juge et rupture de rétorsion. Un revirement pour aujourd'hui, un autre pour demain », *RDT*, 2013, p. 630 et s.

d'agir en justice peut effectivement être alléguée en vue de la réintégration, c'est à la condition que les salariés rapportent concrètement la preuve que la rupture du contrat constituait une mesure de représailles. La cour d'appel fixa de surcroît un degré d'exigence élevé. Elle considéra qu'au stade du référé, le caractère manifestement illicite de la mesure de représailles prise par l'employeur devait être « indubitable », ce qui n'était pas le cas en l'espèce. À l'inverse, la chambre sociale de la Cour de cassation écarta cette exigence au visa de l'article 6 § 1 de la Convention EDH. Par cet arrêt, elle apporte trois précisions essentielles. Premièrement, en cas de violation d'une liberté fondamentale par l'employeur (*e.g.* droit d'ester en justice), le juge des référés est autorisé à ordonner la poursuite des relations contractuelles même en l'absence de disposition légale²⁶⁵⁸ en ce sens (*e.g.* L. 1134-4 du Code du travail). Deuxièmement, elle aménage le régime probatoire, y compris en référé, en posant une présomption simple de rétorsion²⁶⁵⁹ dans le cas d'une sanction qui intervient en dehors des cas prévus par la loi²⁶⁶⁰ et qui est prononcée à la suite de l'action en justice du salarié²⁶⁶¹. Troisièmement, en vue de prononcer la réintégration dans l'emploi par cette procédure d'urgence, elle écarte l'exigence tenant au caractère indubitable de l'illicéité de la mesure litigieuse²⁶⁶².

732. Le juge des référés est donc compétent, même en l'absence de texte, pour enjoindre à l'employeur de réintégrer le salarié qui subit une rétorsion à la suite de son action en justice. Une telle décision peut reposer sur une présomption, dérivée de la concordance temporelle et de

²⁶⁵⁸ Alexis Bugada relève que la Cour de cassation s'était pourtant montrée jusque-là réticente à l'égard du « référé-réintégration » en l'absence de texte envisageant explicitement la nullité de la rupture du contrat de travail ou la violation d'une liberté fondamentale : Cass. soc., 13 mars 2001, n° 99-45.735, *Bull.* V, n° 87 ; Cass. soc., 28 mai 2003, n° 02-40.273, *Bull.* V, n° 178. V. BUGADA, A., « Référé prud'homal : réintégration du salarié sous CDD en cas d'atteinte à la liberté fondamentale d'agir en justice pour obtenir la requalification en CDI », *loc. cit.* : « la Cour de cassation le crée, ici implicitement, sous couvert de l'atteinte à une liberté fondamentale garantie par l'article 6, paragraphe 1, de la Convention EDH. Cette entorse à la règle "pas de nullité sans texte" trouve néanmoins deux justifications indirectes, l'une légale, l'autre prétorienne. D'abord, l'article L. 1121-1 du Code du travail précise que nul ne peut porter atteinte à une liberté individuelle sans justification légitime et proportionnée. L'autre trouve sa source dans le célèbre arrêt Clavaud relatif à la liberté d'expression du salarié (Cass. soc., 28 avril 1988, n° 87-41.804 ; *Bull.* V, n° 257). Cette combinaison permet d'entrevoir la nullité de la décision patronale lorsque la liberté méconnue entre dans la catégorie des libertés fondamentales ».

²⁶⁵⁹ Cass. soc., 6 février 2013, nos 11-11.740 à 11-11.748, *loc. cit.* : « il appartient à [l'employeur] d'établir que sa décision est justifiée par des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice, par le salarié, de son droit d'agir en justice ».

²⁶⁶⁰ Art. L. 1243-1 du Code du travail.

²⁶⁶¹ *Quid* de l'application de ce régime en cas de discrimination (au regard de Cass. soc., 28 novembre 2000, nos 97-43.715 et 99-41.661, *Bull.* V, n° 395, p. 302, qui pose pour certains auteurs une présomption irréfragable et non simple en cas de concordance temporelle et de non-justification) ? V. ici les conclusions *in* ADAM, P., « Droit d'accès au juge et rupture de rétorsion. Un revirement pour aujourd'hui, un autre pour demain », *RDT*, 2013, p. 630 et s. : « Reste une question : l'équilibre probatoire, construit par l'arrêt du 6 février 2013 en dehors de l'application de dispositions légales spécifiques, trouvera-t-il terrain d'élection dans le champ de ces dernières (C. trav, art. L. 1144-3 ou L. 1134-4) ? La présomption irréfragable d'antan s'y verra-t-elle battue en brèche ? La lettre des textes en cause ne l'exclut pas, l'esprit de la jurisprudence nouvelle (en ce qu'elle conduit à voir dans ces textes spéciaux simples applications d'une règle générale) le commande. Un revirement aujourd'hui (v. I) qui trace l'horizon l'un revirement pour demain ».

²⁶⁶² V. art. R. 1455-6 du Code du travail : « La formation de référé peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite ».

l'absence de justification légale de la mesure – *a minima* pour la rupture anticipée du contrat et le licenciement –, aboutissant *in fine* à une présomption de réintégration. La charge de la preuve est ainsi allégée, sur le modèle du régime applicable en matière de discrimination *prima facie*²⁶⁶³, pour faciliter la protection du droit d'ester en justice. Même si cette voie est peu usitée, elle permet d'ordonner en urgence la réintégration dans l'emploi du salarié dont le contrat a été rompu après que ce dernier a engagé une action pour contester une discrimination.

733. Deux réserves doivent cependant être soulignées. D'une part, en dépit de sa compétence, la jurisprudence « classique » demeure peu favorable au prononcé en référé de ce type de mesures selon Jean Mouly²⁶⁶⁴. D'autre part, cette protection ne vaut que dans les cas les plus graves, pour lesquels la rétorsion se traduit par la rupture du contrat. Près de 98 % des actions de salariés « ordinaires » engagées devant les conseils de prud'hommes correspondent à cette configuration²⁶⁶⁵. La proportion d'actions en justice de salariés qui sont conduites à l'encontre de l'employeur de manière concomitante à l'exécution des relations de travail s'avère en revanche extrêmement faible. Au regard de ce différentiel, colossal, il serait malgré tout possible d'émettre quelques doutes sur la capacité des protections juridiques actuelles à complètement neutraliser les effets dissuasifs du pouvoir hiérarchique en l'absence de rupture des relations de travail.

734. Si elles peuvent annuler l'acte de rétorsion et limiter ses effets par une procédure d'urgence lorsque les relations ont été rompues, les protections susmentionnées sont-elles en mesure de pleinement contrer les raisons du non-recours au droit lorsque ces relations perdurent ? Résultant de la seule conscience de l'inégalité des positions, l'effet dissuasif d'éventuelles représailles peut favoriser le renoncement à la saisine des juridictions. Les baromètres sur la perception des discriminations dans l'emploi mettent précisément en évidence, de manière significative, le fait que la seule crainte des représailles constitue un facteur explicatif de l'inaction²⁶⁶⁶. Cela tend à démontrer

²⁶⁶³ En ce sens, MOULY, J., « Une avancée spectaculaire du droit du salarié d'agir en justice contre l'employeur : la nullité de principe des mesures de rétorsion », *loc. cit.*

²⁶⁶⁴ *Ibidem.*

²⁶⁶⁵ V. SERVERIN, E., *Connaître la justice prud'homale pour améliorer son fonctionnement*, note à l'attention de M. le président Lacabarats, président de la chambre sociale de la Cour de cassation, 2014, [URL : <http://www.loysel.fr/images/01-Articles/Autre/Note-Serverin-Lacabarats-21-04-2014.pdf>], p. 43, note 70 : « les recours des salariés "ordinaires" devant les CPH se font essentiellement dans un contexte de rupture de contrat de travail (166 233 demandes sur 169 189 demandes de salariés "ordinaires", soit 98 %) et leurs demandes principales visent majoritairement à contester le motif de licenciement (8 demandes sur 10) ». V. aussi GUILLONNEAU, M. et SERVERIN, E., *L'activité des conseils de prud'hommes de 2004 à 2012, Continuité et changements*, Paris, ministère de la Justice, DACS, Pôle d'évaluation de la justice civile, 2013, p. 3. V. aussi *ibidem* : « D'abord, sur un plan pratique, il faut bien convenir qu'il n'est guère commode, pour un salarié placé sous l'autorité de l'employeur, d'agir en justice contre celui-ci alors que le contrat de travail est encore en cours. Ce n'est pas le fait du hasard si le contentieux prud'homal se concentre, pour l'essentiel, au moment de la rupture du contrat ».

²⁶⁶⁶ HALDE et OIT, *Présentation du 3^e baromètre de l'égalité de la HALDE et de l'OIT*, *op. cit.*, p. 3 ; DÉFENSEUR DES DROITS, OIT et IFOP, *Baromètre sur la perception des discriminations au travail – Vague 7*, *op. cit.*, p. 18 ; DÉFENSEUR DES DROITS, OIT, CONSUMER SCIENCE et ANALYTICS, *Perceptions des discriminations au travail : regards croisés salariés du privé et agents de la fonction publique. Synthèse de l'Institut CSA. Baromètre 5^{ème} édition*, *op. cit.*, p. 14.

l'existence d'un *chilling effect*²⁶⁶⁷. Même éventuelle, l'hypothèse de matérialisation de la rétorsion en cas de maintien dans l'emploi peut être anticipée par le requérant et être perçue comme un inconvénient supérieur au bénéfice de l'action en justice. Le problème se résume alors au fait que les perspectives d'une nullité de la mesure reconnue *a posteriori* et d'une réintégration, même ordonnée en référé, qui plus est éventuelles puisque demeurant conditionnées par le combat judiciaire, ne parviennent pas à compenser ce bilan coûts-avantages qui s'impose – instinctivement ou rationnellement – au détriment de la revendication des droits.

2) Contrer les effets de l'acte litigieux par l'extension du statut de salarié protégé

735. Considérant que les mesures de protection de la victime sont justifiées « par le seul droit d'accès au juge [et] non par le bien-fondé de la prétention »²⁶⁶⁸, le droit à un recours effectif ne pourrait-il pas impliquer, par précaution, une suspension automatique des effets de la mesure litigieuse en cas de seule concordance temporelle de cette mesure et de l'action en justice ? Plus exactement, ne faudrait-il pas prohiber toute forme de sanction à l'encontre d'un salarié ou d'un agent public engagé au contentieux contre son employeur pour un fait de discrimination ? L'optique d'une inamovibilité dans l'emploi semble, *a priori*, plus efficace en vue d'annihiler l'ensemble des effets de l'acte de représailles mais aussi ceux liés à son éventualité²⁶⁶⁹, et ainsi garantir une action en justice sereine pour le travailleur. Cette solution ne reviendrait-elle pas à faire peser sur le défendeur une charge définitivement trop lourde ? C'est du moins ce que laisse à penser une partie de la doctrine qui émet de sérieuses réserves face une politique judiciaire d'ores et déjà considérée comme étant trop favorable au requérant²⁶⁷⁰. Garantir l'inamovibilité à ce dernier peut, de prime abord, paraître manifestement démesuré. Cette garantie serait nécessairement fondée sur la présomption simple de nullité de la mesure « suspecte » faisant suite à l'action en justice en

²⁶⁶⁷ La notion de *chilling effect* est essentiellement employée pour qualifier l'effet dissuasif des lois sur l'exercice de la liberté d'expression. La conscience d'une possible sanction de la diffamation, de l'injure, de la provocation à la discrimination ou de l'apologie du terrorisme conduit à une autocensure prévisionnelle. Entendu plus largement, le *chilling effect* peut qualifier l'effet inhibiteur qui résulte de la conscience d'un risque auquel la personne s'exposerait en cas d'action. C'est sous cet angle qu'il peut qualifier le potentiel de nuisance de l'inégalité des positions et de l'éventualité même des actes de représailles en cas de contestation d'une discrimination dans l'emploi.

²⁶⁶⁸ MOULY, J., « Une avancée spectaculaire du droit du salarié d'agir en justice contre l'employeur : la nullité de principe des mesures de rétorsion », *loc. cit.* : « La solution nouvelle est donc particulièrement bienvenue, puisqu'elle permet de protéger des travailleurs précaires, particulièrement fragiles dans le contexte actuel. On remarquera également que la Cour de cassation n'a pas fait dépendre l'application de sa solution du résultat de l'action intentée par les travailleurs, dont d'ailleurs elle ne dit mot. Il convient de l'en approuver, car la nullité des mesures de rétorsion est justifiée par le seul droit d'accès au juge, non par le bien-fondé de la prétention des travailleurs ».

²⁶⁶⁹ V. ENJOLRAS, L. « La protection du droit d'ester en justice des salariés contre leur employeur », *loc. cit.*

²⁶⁷⁰ V. not. CHISS, R., « Le contentieux de la discrimination et de la rupture d'égalité : réflexions sur l'inégalité des armes », *JCP S.*, n° 36, 2010, p. 1339 ou BOSSU, B., « Le licenciement prononcé en violation de la liberté de témoigner est nul », *JCP S.*, n° 6, 2014, p. 1061, ou encore CORRIGNAN-CARSIN, D., « Nullité du licenciement consécutif à des accusations non avérées de harcèlement moral », *JCP*, n° 21, 2009, II, p. 10092.

contestation d'une discrimination. Présumer la violation du droit d'accès au juge lorsque la mesure intervient à la suite de l'action en justice reviendrait ainsi, par automatisme, à poser une présomption de nullité et conduirait, par précaution, à en suspendre les effets. Ce mécanisme pourrait trouver à s'appliquer aussi bien à l'égard de l'employeur qui souhaite licencier un salarié que du bailleur qui désire procéder à l'expulsion d'un locataire avec lequel il est engagé au contentieux. En l'absence d'intervention du juge à ce stade, l'automatisme de la suspension conduirait néanmoins à faire disparaître l'obligation pour le salarié de démontrer l'absence de cause réelle du traitement défavorable imposé en rétorsion.

736. Conséquence non négligeable, une telle mesure reviendrait à priver temporairement l'employeur de son pouvoir de direction, ou le bailleur de son pouvoir de disposition, sans même que ne soit démontré l'usage abusif – car injustifié – de ce pouvoir. Pour soutenir cette mesure qu'il défendait en 2000, le GELD soulignait que l'exercice du pouvoir de direction se trouve déjà limité par les droits fondamentaux parmi lesquels figurent en bonne place le droit à la non-discrimination et le droit d'ester en justice. Invoquant la nécessité de protéger l'action contentieuse par le biais de ce dispositif, « au nom d'impératifs jugés supérieurs au pouvoir de direction de l'employeur »²⁶⁷¹, le GELD avançait de manière audacieuse : « pendant toute une période, dont il convient de déterminer la mesure, l'employeur ne peut procéder au licenciement et/ou sanction du salarié qui a saisi le Conseil de prud'hommes en vue de faire établir une pratique discriminatoire de l'employeur en matière de formation, de qualification... Le licenciement et/ou la sanction prononcés pendant cette période de protection seraient présumés nuls car portant *a priori* atteinte à un droit fondamental »²⁶⁷². Pour renverser cette présomption simple, il appartiendrait à l'employeur de prouver « que le licenciement et/ou sanction reposent sur une autre cause, sans lien avec l'action en justice, dont les juges examineraient le caractère réel et sérieux »²⁶⁷³. Contrairement à la nullité *a posteriori* et à la réintégration ordonnée en référé, un tel mécanisme serait, semble-t-il, en mesure de garantir une stabilité à la victime de discrimination qui ferait valoir ses droits en justice. Il annihilerait l'effet dissuasif de la seule perspective d'une dégradation, même temporaire mais souvent déterminante, de ses conditions d'emploi.

737. Rares sont toutefois les auteurs qui estiment que la situation de dépendance du salarié crée un déséquilibre tel qu'il exigerait une compensation par une régulation du pouvoir disciplinaire patronal en se fondant sur l'article 6, §1 de la Convention EDH. Jean Mouly est de ceux-là. Selon lui, il convient de mobiliser le principe de l'égalité des armes pour « anéantir toute mesure de

²⁶⁷¹ GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, op. cit., p. 33.

²⁶⁷² *Ibidem*.

²⁶⁷³ *Ibidem*.

pression ou de rétorsion »²⁶⁷⁴ à disposition de l'employeur. Plus encore, il convient de « stigmatiser clairement [son] comportement », « de prendre en compte la subordination juridique du salarié pour, au moins provisoirement, la neutraliser » et « [sanctuariser] la période du procès pendant laquelle le pouvoir disciplinaire [...] doit être muselé pour ne pas interférer avec la procédure en cours »²⁶⁷⁵. Les mots sont forts et résonnent en faveur d'une « [mise] entre parenthèses »²⁶⁷⁶ du pouvoir de sanction assimilable, en soi, à une menace dans le contexte d'une contestation judiciaire préexistante.

738. Cette position favorable à la victime alléguée de discrimination est pourtant loin d'être majoritairement partagée par la doctrine pour laquelle les concessions juridiques évoquées *supra* constituent, d'ores et déjà, des atteintes aux droits procéduraux du défendeur. La préoccupation est alors inversée : « n'est-on pas revenu [...] à une situation de déséquilibre entre les parties au procès, mais au détriment de l'employeur ? »²⁶⁷⁷. Sont contestés une définition de la mauvaise foi trop favorable²⁶⁷⁸ à la victime potentielle²⁶⁷⁹ ainsi qu'un partage excessif de la preuve outrepassant les nécessités imposées par l'égalité des armes²⁶⁸⁰. Pour beaucoup, « les normes légales ont été interprétées de manière extrêmement souple au point qu'il est permis de se demander si la Cour de cassation n'aurait pas créé un déséquilibre... dans l'autre sens »²⁶⁸¹. Auquel cas, « ce procès ne serait-il pas lui-même devenu intrinsèquement inégalitaire »²⁶⁸² ? Face à ces réticences, l'inamovibilité par une suspension automatique et préventive de la mesure litigieuse, rappelons-le, sans que le requérant n'ait à établir son absence de justification, n'aboutirait-elle pas finalement à une

²⁶⁷⁴ MOULY, J., « La soumission du pouvoir disciplinaire au principe de l'égalité des armes en cas de litige entre l'employeur et le salarié », *Dr. Soc.*, 2013, p. 1055.

²⁶⁷⁵ *Ibidem*.

²⁶⁷⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷⁷ CHISS, R., « Le contentieux de la discrimination et de la rupture d'égalité : réflexions sur l'inégalité des armes », *loc. cit.* CORRIGNAN-CARSIN, D., « Nullité du licenciement consécutif à des accusations non avérées de harcèlement moral », *loc. cit.* : « si la victime d'un prétendu harcèlement moral peut obtenir la nullité de son licenciement, qu'en est-il de l'auteur présumé d'un harcèlement qui a été injustement licencié ? Lavé de tout soupçon, il pourra certes demander réparation du préjudice subi [...] mais il ne pourra pas obtenir la nullité de son licenciement... ».

²⁶⁷⁸ Rappelons qu'il ne suffit pas que l'information soit erronée mais qu'existe une volonté de dénoncer, témoigner ou relater des faits en dépit de la connaissance de l'inexactitude des informations.

²⁶⁷⁹ BOSSU, B., « Le licenciement prononcé en violation de la liberté de témoigner est nul », *loc. cit.* : « la Cour de cassation retient une définition particulièrement restrictive de la mauvaise foi [...]. La rigueur de la solution s'explique sans doute par la volonté de la Cour de cassation de ne pas dissuader le salarié de dénoncer des faits de harcèlement moral [...]. Pour autant, il ne faut pas oublier qu'une accusation formulée sans preuve peut avoir des conséquences désastreuses pour la personne visée. Par ailleurs, la loyauté est-elle compatible avec un témoignage exprimé dans des termes excessifs et qui ne repose sur aucun fait précis ? Faut-il accorder une immunité à celui qui accuse sans preuve et se contente, en réalité, de colporter une rumeur ? [...]. On peut en douter. L'erreur d'appréciation, que peut légitimement commettre un salarié, ne doit pas être confondue avec la légèreté blâmable ».

²⁶⁸⁰ BUGADA, A., « Référé prud'homal : réintégration du salarié sous CDD en cas d'atteinte à la liberté fondamentale d'agir en justice pour obtenir la requalification en CDI », *loc. cit.* : « Afin de justifier et de faciliter le référé réintégration, [la Cour de cassation] s'aventure sur le terrain de l'inversion de la charge de la preuve en reprochant finalement à la cour d'appel d'être restée fidèle à l'article 1315 du Code civil ».

²⁶⁸¹ CHISS, R., « Le contentieux de la discrimination et de la rupture d'égalité : réflexions sur l'inégalité des armes », *loc. cit.*

²⁶⁸² *Ibidem*.

compensation démesurée des inégalités de positions ? Le professeur Mouly relevait lui-même à l'issue de sa diatribe contre le pouvoir de direction de l'employeur : « sans doute, ce pouvoir ne doit-il pas être totalement paralysé, en particulier pour le cas où le salarié commettrait une faute sans rapport avec le litige en cours ; mais il resterait néanmoins placé sous haute surveillance »²⁶⁸³.

739. Un compromis apparaît alors envisageable. À défaut de suspension automatique des effets de la mesure « suspecte » qui suit chronologiquement l'action en justice, il pourrait être envisagé de conférer à la victime potentielle un statut de salarié « protégé ». La sanction et le licenciement demeureraient possibles. Simplement, en cas de contestation judiciaire préexistante, les personnes impliquées dans cette action, requérants ou témoins, ne pourraient être sanctionnées qu'après respect d'une procédure particulière. En supplément des étapes habituelles (*e.g.* entretien préalable de licenciement), l'employeur devrait solliciter le comité d'entreprise pour avis consultatif par un vote à bulletin secret. Il devrait surtout informer l'inspecteur du travail pour que celui-ci vérifie la réalité du motif de la mesure (*e.g.* sanction disciplinaire, licenciement, modification unilatérale du contrat de travail ou des conditions d'emploi, non-renouvellement du contrat à durée déterminée) et veille à ce qu'elle soit dépourvue de lien avec l'action en justice du salarié. La légitimité de cette hypothèse se trouve par ailleurs renforcée par le mandat conféré à l'inspecteur du travail²⁶⁸⁴. À l'instar du régime applicable aux salariés protégés « classiques »²⁶⁸⁵, ce dernier rendrait une décision motivée et notifiée valant avis conforme pour l'employeur.

740. En cas de non-respect de cette exigence procédurale, deux solutions pourraient être proposées. La première serait de reprendre le dispositif existant selon lequel le manquement à cette procédure expose l'employeur à des poursuites pénales pour délit d'entrave passible d'un an d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende²⁶⁸⁶. La seconde, préférable, serait de déduire de ce manquement une présomption d'absence de justification de la mesure autorisant, cette fois, de manière plus raisonnable, la suspension automatique de ses effets²⁶⁸⁷. Quant à la durée de cette protection, elle ne peut être que temporaire. Elle pourrait éventuellement s'étendre au-delà de l'action en justice considérant que d'anciens salariés protégés sont couverts jusqu'à six mois après l'échéance de leur mandat. Une telle extension semble néanmoins peu propice dans le cas d'une

²⁶⁸³ MOULY, J., « La soumission du pouvoir disciplinaire au principe de l'égalité des armes en cas de litige entre l'employeur et le salarié », *loc. cit.*

²⁶⁸⁴ Art. L. 8113-5 du Code du travail « Les agents de contrôle de l'inspection du travail mentionnés à l'article L. 8112-1 peuvent se faire communiquer tout document ou tout élément d'information, quel qu'en soit le support, utile à la constatation de faits susceptibles de vérifier le respect de l'application : 1° Des dispositions des articles L. 1132-1 à L. 1132-4 du Code du travail et de celles de l'article 225-2 du Code pénal, relatives aux discriminations ».

²⁶⁸⁵ V. la liste énoncée à l'art. L. 2411-1 du Code du travail.

²⁶⁸⁶ Not. art. L. 2146-1 du Code du travail.

²⁶⁸⁷ Resterait encore à déterminer des procédures d'exécution pour permettre le maintien en emploi en cas de refus persistant de l'employeur, le cas échéant en prévoyant des pénalités financières sous la forme d'astreintes.

mesure de protection justifiée par la nécessité de garantir l'accès au juge. Sa limitation au temps de la procédure juridictionnelle, jusqu'à la date de la décision définitive, semble plus cohérente avec les principes qui la fondent.

741. Cette troisième modalité type de protection serait ainsi susceptible de compléter le dispositif qui repose actuellement sur la nullité rétroactive des actes de représailles et le prononcé de la réintégration en référé. En raison de son caractère préventif, elle pourrait être perçue comme un facteur de sécurisation de l'emploi et de neutralisation de l'effet dissuasif fondamental de la – seule – crainte des représailles. C'est parce qu'il présente ces garanties que le statut de salarié protégé a, par ailleurs, été avancé en facteur explicatif du développement particulièrement prégnant de la jurisprudence sociale relative à la discrimination syndicale²⁶⁸⁸. Élargi à l'ensemble des motifs de discrimination, un tel mécanisme pourrait opportunément assurer la protection de l'action en justice du requérant, contribuer à sécuriser la revendication du droit à la non-discrimination²⁶⁸⁹ et lutter contre le non-recours au droit, sans que ne soit toutefois portée une atteinte démesurée au pouvoir de direction de l'employeur.

II. La compensation mesurée de l'inégalité des armes

742. Outre la protection à l'encontre des représailles, certaines mesures spécifiques ayant vocation à soutenir les requérants ont été mises en place (*e.g.* prérogatives d'enquête du Défenseur des droits, observations en justice) et se sont révélées d'une extrême utilité pour faciliter la conduite de l'action. Ces prérogatives ont néanmoins été perçues, elles aussi, par une partie de la doctrine comme des atteintes à l'égalité des armes au détriment des défendeurs²⁶⁹⁰. Or, la garantie du recours effectif d'une partie par la compensation de l'inégalité des armes ne saurait se manifester au détriment des droits procéduraux de l'autre partie. L'acceptation des règles qui régissent la procédure juridictionnelle peut, par ailleurs, être un facteur d'acceptation des solutions sur lesquelles elles débouchent et, par répercussion, de la norme dont il est fait application²⁶⁹¹. Il importe par

²⁶⁸⁸ En ce sens, v. MERCAT-BRUNS, M. et PERELMAN, J. (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination*, *op. cit.*, p. 90-91 : « D'après un inspecteur du travail, "les personnes qui ont des responsabilités syndicales ont moins de crainte à faire valoir leur droit en raison de leur statut protégé et sont conseillées par leur syndicat [...]". On constate, en tout cas, que la majorité des décisions recueillies concerne la discrimination syndicale ».

²⁶⁸⁹ V. DUBOUT, É., *L'article 13 du traité CÉ. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 632 : « Cette garantie de la protection des intérêts des témoins et des victimes [...] de la discrimination protège finalement l'engagement même du procès en amont ».

²⁶⁹⁰ Principe qui englobe aussi bien le respect du contradictoire que celui des droits de la défense. V. JEULAND, E., *Droit processuel général*, *op. cit.*, p. 275.

²⁶⁹¹ V., entre autres : PERRIN, J-F., *Pour une théorie de la connaissance juridique*, *op. cit.*, p. 92-94 sur l'adhésion ou le refus idéologique suscité par la norme ; FRIEDMAN, L. M., *The Legal System: A Social Science Perspective*, *op. cit.*, p. 56, 67 et s. sur la disposition des destinataires à respecter la norme ; RANGEON, F., « Réflexions sur l'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 140-141 sur la légitimité de la norme ; AMRANI MEKKI, S., Audition en application de personnalités qualifiées pour siéger au sein du Conseil supérieur de la magistrature, Commission des lois, mardi 13 janvier 2015 [URL :

conséquent d'apprécier la teneur des critiques formulées pour déterminer si les mécanismes mobilisés en droit de la non-discrimination portent une atteinte manifeste et disproportionnée aux droits procéduraux du défendeur. À l'inverse, une compensation mesurée de l'inégalité des armes justifierait le maintien des prérogatives ciblées par la doctrine qui favorisent utilement la conduite de l'action pour le requérant. Les critiques attachées à certains pouvoirs d'enquête, considérés comme attentatoires au principe du contradictoire, ne semblent à cet égard guère fondées (A). Il est en revanche plus délicat de conclure en ce sens lorsqu'est envisagé le rôle contentieux du Défenseur des droits, perçu comme une atteinte au procès équitable lorsque celui-ci s'est également prononcé dans le cadre d'une tentative de règlement extrajudictionnel du litige (B).

A. Le principe du contradictoire face aux nécessités de l'instruction

743. Si elles doivent être considérées avec sérieux, ces critiques dévoilent un paradoxe en matière de respect du contradictoire. De nombreuses attaques se sont attachées à remettre en cause la procédure conduite par le Défenseur des droits et, avant lui, par la HALDE. L'analyse des prérogatives extrajudictionnelles d'enquête révèle pourtant des garanties suffisantes pour relativiser le poids de ces critiques (1). En contraste, il est possible de souligner que la procédure civile orchestre parfois la mise à l'écart du contradictoire pour faciliter l'accès à la preuve. Tel est le cas des ordonnances sur requête qui s'avèrent sous-utilisées en matière de discrimination alors qu'elles possèdent un potentiel certain pour faire émerger le litige et compenser l'inégalité des armes dont souffre le requérant (2).

1) Devant le Défenseur des droits : des prérogatives d'instruction globalement respectueuses du contradictoire

744. L'inégalité de situations entre les parties qui caractérise le contentieux de la non-discrimination tend fréquemment à complexifier l'accès aux éléments probants pour le requérant. Celui-ci se trouve face à la nécessité de recueillir ces éléments sans pour autant disposer d'une quelconque capacité de contrainte à l'encontre de ceux qui les ont en leur possession, qu'ils soient collègues, employeurs ou bailleurs. La HALDE fut pour cette raison dotée de prérogatives

http://videos.senat.fr/video.135944_57c99e230c14f.auditions-en-application-de-personnalites-qualifiees-pour-sieger-au-sein-du-conseil-superieur-de-la-?timecode=0 (« la légitimité de la décision est éminemment liée aux règles de procédure qui sont respectées »).

d'enquête²⁶⁹² qui ont rapidement suscité « l'ire de la majorité politique et des entreprises »²⁶⁹³. L'institution fut, en effet, « accusée d'outrepasser son rôle [...], de ne pas respecter la procédure contradictoire, d'instruire à charge, de faire preuve de maccarthysme »²⁶⁹⁴. Il est vrai qu'elle ne s'estimait initialement pas tenue au respect du contradictoire au moment du traitement des réclamations, considérant que son rôle ne pouvait être assimilé à celui d'une instance juridictionnelle²⁶⁹⁵. Luc Ferrand, ancien directeur juridique de l'institution, justifiait cette position en effectuant un parallèle avec les pouvoirs d'investigation de la police judiciaire en matière préliminaire, dispensée du respect du contradictoire et secrète²⁶⁹⁶.

745. Certes, la Cour EDH a admis que les exigences du procès équitable étaient applicables à un organisme non juridictionnel lorsqu'il s'apparente à un « tribunal » au sens matériel du terme, c'est-à-dire lorsqu'il tranche « sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence »²⁶⁹⁷. Mais le Défenseur des droits, s'il prend position, le cas échéant après mise en œuvre de ses prérogatives d'enquête, ne constitue pas un « tribunal » et ne tranche pas le litige. Ses décisions sont dénuées de force exécutoire. Quant au Conseil d'État, il reconnaît l'application partielle de l'article 6§1 de la Convention EDH lors de la procédure amenant à l'adoption d'une sanction par une autorité administrative indépendante²⁶⁹⁸. Il rejoint de ce fait la Cour de Strasbourg qui conclut à une application partielle des exigences de cet article devant des organes administratifs qui statuent sur des contestations civiles ou des accusations pénales²⁶⁹⁹. Les décisions adoptées par le Défenseur des droits ne peuvent toutefois être assimilées ni à des

²⁶⁹² Pour une analyse détaillée de ces prérogatives, v. SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 416-444.

²⁶⁹³ BORRILLO, D. et CHAPPE, V.-A., « La HALDE : un laboratoire juridique éphémère ? », *op. cit.*, p. 378.

²⁶⁹⁴ *Ibidem*.

²⁶⁹⁵ V. ROZEC, P. et MANIGOT, V., « L'intervention en justice de la HALDE : une égalité des armes en trompe l'œil ? », *JCP S*, n° 6, 2011, p. 1070. *A contrario*, soutenant l'imposition des droits de la défense à la procédure d'enquête même en l'absence de texte, v. HENRIOT, P., « La HALDE et les droits de la défense », *SSL*, n° 1452, 28 juin 2010.

²⁶⁹⁶ V. FERRAND, L., « La Halde : bilan et perspectives. Entretien avec Luc Ferrand, directeur des affaires juridiques de la Halde », *Rev. Proc.*, n° 11, dossier 3, 2007. En revanche, Luc Ferrand avançait deux garanties : d'une part, le sérieux de la procédure, la compétence de l'institution et l'appréciation de la recevabilité des requêtes ; d'autre part, la mise en place d'une procédure fondée sur la notion de « juste coopération ».

²⁶⁹⁷ COUR EDH, Plén., 22 octobre 1984, *Sramek c. Autriche*, req. n° 8790/79, § 36.

²⁶⁹⁸ CE, Ass., 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434, Lebon : « Considérant que, quand il est saisi d'agissements pouvant donner lieu aux sanctions [...], le Conseil des marchés financiers doit être regardé comme décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale [...] ; que, compte tenu du fait que sa décision peut faire l'objet d'un recours de plein contentieux devant le Conseil d'État, la circonstance que la procédure suivie devant le Conseil des marchés financiers ne serait pas en tous points conforme aux prescriptions de l'article 6-1 précité n'est pas de nature à entraîner dans tous les cas une méconnaissance du droit à un procès équitable ; que, cependant [...] le moyen tiré de ce qu'il aurait statué dans des conditions qui ne respecteraient pas le principe d'impartialité rappelé à l'article 6-1 précité peut, eu égard à la nature, à la composition et aux attributions de cet organisme, être utilement invoqué à l'appui d'un recours formé devant le Conseil d'État à l'encontre de sa décision » (nous soulignons). V. ici AUTIN, J.-L. et BREEN, E., « Autorités administratives indépendantes », *JCl A*, Fasc. 75, 2010, § 115. Par la suite, CE, 8/3 SSR, 30 mars 2007, *Société Predica*, n° 277991, mentionné aux tables.

²⁶⁹⁹ COUR EDH, Plén., 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et de Meyere c. Belgique*, req. n°s 6878/75 et 7238/75, §51 : « Des impératifs de souplesse et d'efficacité, entièrement compatibles avec la protection des droits de l'homme, peuvent justifier l'intervention préalable d'organes administratifs [...] ne satisfaisant pas sous tous leurs aspects [aux prescriptions de l'article 6 § 1] » lorsqu'ils statuent sur des contestations civiles ou des accusations pénales.

sanctions²⁷⁰⁰ ni à des décisions faisant grief²⁷⁰¹. Les éventuels manquements aux règles du procès équitable ne peuvent dès lors lui être opposés au stade du traitement extrajudictionnel de la réclamation²⁷⁰².

746. Prenant pourtant appui sur ces exigences, les critiques initiales adressées à la HALDE portaient avant tout sur l'absence de procédure contradictoire au moment de la transmission par le réclamant des éléments de l'enquête. Le secret entourant la procédure jusqu'à la délibération du collègue a suscité quelques saillies de la doctrine²⁷⁰³ qui dénonçait une « impossibilité matérielle de discuter, contredire, débattre utilement des griefs de discrimination », ce qui aboutissait à « une entorse au droit à la discussion »²⁷⁰⁴. Certains auteurs se montraient plus optimistes et considéraient que le respect du contradictoire s'imposerait progressivement à l'institution²⁷⁰⁵. Ce pronostic fut conforté lorsque la HALDE se dota en 2007 d'un règlement intérieur prévoyant l'ouverture d'une phase contradictoire entre le terme de l'enquête et la soumission du dossier à l'examen du collègue, permettant la notification des charges ainsi que le détail des modalités de réponses²⁷⁰⁶. S'agissant en

²⁷⁰⁰ CA Paris, 26 mars 2008, n° 05/00312. Sur la transaction pénale, v. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, I, B, 1).

²⁷⁰¹ CE, 1/6 SSR, 13 juillet 2007, *Mme Abric*, n° 297742, Lebon : « L'acte par lequel la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité refuse de donner suite à une réclamation n'est pas susceptible de recours pour excès de pouvoir ». CE, 1/6 SSR, 13 juillet 2007, *Société Éditions Tissot*, n° 294195, Lebon : « lorsqu'elle émet des recommandations sans faire usage de la possibilité dont elle dispose de leur assurer une publicité particulière, la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité n'énonce pas, en principe, des règles qui s'imposeraient aux personnes privées ou aux autorités publiques, mais recommande aux personnes concernées les mesures qui lui semblent de nature à remédier à tout fait ou à toute pratique qu'elle estime être discriminatoire, ou à en prévenir le renouvellement ; que, par suite, ces recommandations ne constituent pas, par elles-mêmes, des décisions administratives susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir » ; « le simple rappel par la haute autorité de la possibilité ouverte aux parties par l'article 13 de la loi du 30 décembre 2004 de demander aux juridictions civiles, pénales ou administratives, lorsqu'elles sont saisies de faits relatifs à des discriminations, de l'inviter à présenter des observations ne saurait être regardé comme présentant le caractère d'une décision faisant grief ».

²⁷⁰² HENRIOT, P., « La HALDE dans le débat judiciaire : une "intervention" qui suscite bien des questions ! », *LPA*, n° 137, 2008, p. 10.

²⁷⁰³ V. not. Serge Slama : « par ailleurs, s'agissant d'un système quasi juridictionnel, il n'est pas normal qu'une procédure de contradictoire ne soit pas prévue devant la HALDE. En effet, une fois envoyée, la réclamation est dans la "boîte noire". Si des échanges sont organisés avec l'administration, l'intimé et l'auteur de la discrimination, la décision est prise par la HALDE sans qu'une véritable procédure de contradictoire soit mise en place, avec des échanges de mémoires et une réponse du réclamant à l'argumentation avancée par l'intimé. Cette situation est d'autant plus critique que la possibilité de mettre en œuvre une transaction pénale devrait au contraire conduire à renforcer les procédures de contradictoire devant la HALDE dont je ne suis pas certain qu'elles respectent la Convention européenne des droits de l'homme », in BORRILLO, D. (dir.), *La HALDE : actions, limites et enjeux*, op. cit., p. 61.

²⁷⁰⁴ PONCET, S., « La Halde respecte-t-elle les garanties fondamentales de la personne mise en cause ? (1ère partie) », *loc. cit.*

²⁷⁰⁵ V. not. Jacques Chevallier in BORRILLO, D. (dir.), *La HALDE : actions, limites et enjeux*, op. cit., p. 67 : « S'agissant du contradictoire, il me semble que, à l'instar de toutes les autres autorités administratives indépendantes (AAI), celui-ci s'imposera progressivement. En revanche, alors que tout le monde semble s'en réjouir, j'estime pour ma part que le processus de juridictionnalisation de la HALDE, qu'il convient de distinguer de la collaboration qui peut s'instaurer entre une autorité administrative indépendante et les juridictions, risque de conduire à éliminer de manière très significative la spécificité des AAI ».

²⁷⁰⁶ FERRAND, L., « La Halde : bilan et perspectives. Entretien avec Luc Ferrand, directeur des affaires juridiques de la Halde », *loc. cit.* : « La Haute autorité vient de se doter d'un règlement intérieur qui est entré en vigueur à la rentrée. Ce règlement intérieur prévoit l'ouverture d'une phase contradictoire entre le terme de l'enquête et la soumission du dossier à l'examen du collègue. Donc, entre le règlement de l'enquête et le passage au collègue, il y aura désormais une phase contradictoire avec notification des charges et ouverture d'un délai pour répondre » ; « Je suis convaincu que

revanche de l'enquête, le principe du contradictoire demeurait écarté. Se dégageaient alors deux temps procéduraux. Une première période succédait à l'examen de la recevabilité et était marquée par le secret d'une enquête conduite sur communication des pièces du réclamant²⁷⁰⁷ et par le recours aux prérogatives de l'institution (audition, vérification sur place, demande de communication de document). Un second temps s'y ajoutait en cas de discrimination présumée, lors de laquelle le mis en cause devenait véritablement défendeur et était invité à faire connaître ses observations. Le respect du principe du contradictoire dans le cadre de l'analyse des réclamations a depuis été réaffirmé par le code de déontologie du Défenseur des droits²⁷⁰⁸, bien que certains auteurs considèrent que le principe ne peut tout au plus bénéficier en l'état que d'une mise en œuvre « restrictive »²⁷⁰⁹.

747. Au-delà de la communication perfectible des éléments d'information au stade de l'enquête, ce sont les prérogatives d'investigation conduites dans le premier temps de la procédure qui ont cristallisé les critiques. Lesdites prérogatives ont notamment été perçues comme des pouvoirs quasi judiciaires justifiés par la défense de l'intérêt général mais systématiquement mis au service du réclamant. Ce déséquilibre ainsi créé porterait atteinte aux règles du procès équitable. Le reproche est cependant sévère au regard des garanties qui entourent désormais la mise en œuvre de chacun de ces pouvoirs.

748. Premièrement, lorsque le Défenseur des droits recourt à son pouvoir d'audition, il mentionne dans les convocations son objet, précise la possibilité de se faire assister par le conseil de son choix et remet à la personne auditionnée un procès-verbal contradictoire. Lorsque ses demandes ne sont pas suivies d'effet, il peut mettre en demeure la personne fautive par lettre recommandée avec avis de réception. Lorsque l'injonction n'est pas suivie d'effet, le Défenseur des droits peut saisir le juge

L'ouverture de ce temps de dialogue contradictoire permettra de lever les ambiguïtés ou les doutes. Il permettra aux personnes de s'expliquer plus complètement ; elles auront tous les moyens de répondre, puisqu'elles sauront tout ce qui leur est le cas échéant reproché ». V. aussi SCHWEITZER, L., *Les discriminations en France, op. cit.*, p. 60.

²⁷⁰⁷ Bien que la première phase soit notifiée au mis en cause, le contradictoire ne prenait effet qu'à l'issue d'une instruction à charge dont seules les pièces retenues faisaient l'objet d'une communication et étaient sujettes à discussion – les autres n'étant pas versées au dossier. V. *ibidem*. V. encore HENRIOT, P., « La HALDE dans le débat judiciaire : une "intervention" qui suscite bien des questions ! », *loc. cit.* Le fait que la HALDE ne verse pas au dossier les pièces à décharge peut faire débat au regard de la jurisprudence de la Cour EDH et lorsqu'elle a à connaître d'un délit de discrimination car « l'article 6 § 1 exige [...] que les autorités de poursuite communiquent à la défense toutes les preuves pertinentes en leur possession, à charge comme à décharge » (COUR EDH, Grande ch., 16 février 2000, *Rove et Davis c. Royaume-Uni*, req. n° 28901/95, § 60).

²⁷⁰⁸ Art. 7 du code de déontologie du Défenseur des droits (Décision n° 2013-431 du 31 décembre 2013) : les collaborateurs du Défenseur des droits procèdent à une analyse « des réclamations dont le traitement leur est confié dans le respect du principe du contradictoire en veillant à la motivation consciencieuse de leurs réponses ».

²⁷⁰⁹ SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi, op. cit.*, p. 452, not. : « Il en résulte que le devoir d'informer chaque personne de l'existence d'une procédure la concernant ne s'applique pas pleinement au Défenseur des droits ». V. pour le détail de l'argumentaire fondant cette assertion p. 444-453.

des référés par l'intermédiaire d'une demande motivée afin qu'il ordonne toute mesure utile. La procédure, y compris devant le juge des référés, est alors pleinement contradictoire.

749. Deuxièmement, lorsque le Défenseur des droits décide de procéder à des vérifications sur place, celles-ci sont précédées par l'information du responsable des lieux, à qui est communiqué l'objet de la vérification, l'identité et la qualité des personnes chargées du contrôle, elles-mêmes tenues de présenter leur ordre de mission et, le cas échéant, leur habilitation à procéder auxdits contrôles. La personne qui fait l'objet de la vérification sur place est informée de son droit d'opposition. Ce droit est d'usage discrétionnaire pour une personne privée et conditionné par des motifs graves et impérieux liés à la défense nationale ou à la sécurité publique pour une personne publique. Cette opposition peut être levée sur ordonnance du juge des libertés et de la détention dans le premier cas et du juge des référés dans le second. Dans ce dernier cas, les vérifications sont conduites sous l'autorité du juge qui peut être présent sur place et arrêter ou suspendre le contrôle à tout moment²⁷¹⁰. Un procès-verbal est finalement notifié au responsable des lieux par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

750. Troisièmement, si le Défenseur des droits reconnaît une situation de discrimination, il peut émettre des recommandations adressées au mis en cause, toujours par lettre recommandée avec demande d'avis de réception qui indique le délai pour faire valoir ses justifications ou observations. Il peut en cas de silence enjoindre selon les mêmes modalités au mis en cause d'accomplir diverses formalités. Dans l'hypothèse d'un silence prolongé, l'autorité constitutionnelle indépendante peut établir un rapport spécial communiqué au défendeur. Ce n'est qu'après sa réponse ou son absence de réponse à l'issue d'un délai déterminé et dûment notifié qu'il pourra finalement rendre public ledit rapport²⁷¹¹.

751. Ces sollicitations répétées dans le cadre de l'exercice des prérogatives d'investigation ou de recommandation ne permettent pas de conclure à une procédure qui écarte la communication avec l'auteur potentiel de la discrimination. Ces garanties procédurales constituent, au contraire, des verrous particulièrement exigeants considérant qu'elles encadrent un processus n'aboutissant généralement qu'à une prise de position, dépourvue de force exécutoire, prononcée de manière

²⁷¹⁰ Un mécanisme similaire à l'ordonnance sur requête (v. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, II, A, 2)), impliquant la mise à l'écart du contradictoire, est toutefois prévu pour une vérification sur place qui concerne une personne physique « lorsque l'urgence, la gravité des faits à l'origine du contrôle ou le risque de destruction ou de dissimulation de documents le justifient » (art. 22 de la loi organique du 29 mars 2011). La visite peut alors avoir lieu sur autorisation préalable du juge des libertés et de la détention sans que le responsable des locaux en ait été informé. Ce dernier ne peut s'opposer à la visite qui se déroule sous l'autorité et le contrôle du juge qui l'a autorisée et en présence de l'occupant des lieux ou de son représentant. L'ordonnance mentionne toutefois la possibilité de formuler une demande d'arrêt ou de suspension de la visite devant le juge et indique les voies de recours.

²⁷¹¹ Sur l'ensemble des éléments procéduraux ci-dessus, le lecteur se reportera utilement à la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 et au décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011.

concurrentielle à une décision juridictionnelle. Loin d'être méprisé par l'institution, le principe du contradictoire semble ainsi globalement respecté. La critique qui cible le Défenseur des droits sur ce point peut même apparaître paradoxale à certains égards. Tel est le sentiment qui émerge lorsqu'est considérée en contraste l'absence de mobilisation en matière de non-discrimination des ordonnances sur requête qui permettent d'écarter légalement le principe du contradictoire afin de recueillir des éléments de preuve.

2) Devant le juge : le potentiel inexploité des ordonnances sur requête

752. Pour répondre aux nécessités de l'instruction et dépasser les blocages à l'émergence du litige, le juge peut faire usage de son pouvoir d'*imperium*. Loin de constituer une manifestation de partialité qui a pour effet de rompre l'égalité des armes, certains auteurs estiment que ce pouvoir tend « à se renforcer sous l'effet des exigences croissantes tirées du droit à un procès équitable »²⁷¹² et peut être rapproché du droit à la preuve consacré par la Cour de cassation²⁷¹³.

753. Tenant compte de ce phénomène, les articles L. 1134-1 du Code du travail et 4 de la loi du 27 mai 2008 ainsi que l'arrêt *Perreux*²⁷¹⁴ du Conseil d'État précisent que le juge peut ordonner « les mesures d'instruction qu'il estime utiles », d'office ou sur demande des parties. Le Conseil constitutionnel avançait également au sujet de l'aménagement de la charge de la preuve que, « en cas de doute, il appartiendra au juge, pour forger sa conviction, d'ordonner toutes mesures d'instruction utiles à la résolution du litige »²⁷¹⁵. Les analyses de jurisprudence révèlent toutefois une faible mise en œuvre de ces possibilités et montrent que le requérant ne bénéficie que rarement du concours actif du juge afin de faciliter ses démarches probatoires²⁷¹⁶. Ce constat vaut tant à l'égard de la preuve des discriminations en droit du travail qu'en droit administratif et, *a fortiori*, en matière de logement²⁷¹⁷. Dans ces deux dernières matières, en dépit de pouvoirs étendus, les

²⁷¹² HOFFSCHIR, N. et ORIF, V., « Les stratégies relatives à établissement de la discrimination », *op. cit.*, p. 256.

²⁷¹³ Cass. civ., 5 avril 2012, n° 11-14.177, *Bull.* I, n° 85 : « Prive sa décision de base légale, la juridiction qui écarte des débats une lettre missive au motif que la production de celle-ci violerait l'intimité de la vie privée de son rédacteur et le secret des correspondances sans rechercher si cette production n'était pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence ».

²⁷¹⁴ CE, Ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, *loc. cit.*

²⁷¹⁵ CC, Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, cons. 89, rec. p. 49.

²⁷¹⁶ V., entre autres, GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, *op. cit.*, p. 85 et p. 88 : « Afin de compenser l'inégalité des armes, les juges sont invités par la loi, en ce qui concerne le droit du travail, ou par la jurisprudence, en ce qui concerne le juge administratif, à jouer un rôle actif dans la recherche des preuves. L'examen de la jurisprudence révèle cependant que les juges recourent rarement à cette possibilité ». V. sur ce point Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, II, A, 2).

²⁷¹⁷ V. not. MENDUINA GORDÓN, E., « La discrimination dans le logement privé », in GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, *op. cit.*, annexes, p. 424-425 : « Dans aucune des décisions au civil étudiées, le juge ne recourt à la possibilité, qui lui est donnée par la loi, d'ordonner des mesures d'instruction utiles ».

mesures d’instruction sont rarement ordonnées, excepté lorsque l’affaire soumise à l’appréciation du juge – notamment administratif – dépasse le simple cadre individuel pour concerner un ensemble plus vaste de sujets telle une catégorie d’agents publics²⁷¹⁸.

754. La capacité d’ordonner ces mesures visant à faciliter la preuve par la victime d’une discrimination est également ouverte avant tout procès dans le cadre de la procédure du référé. Les articles L. 521-3 du CJA²⁷¹⁹ et 145 du CPC²⁷²⁰ ouvrent en effet la voie à un référé probatoire qui permet au juge d’ordonner *in futurum* toute mesure utile, telle la communication de documents à l’administré, au client ou au salarié²⁷²¹. Dans le cadre de la procédure devant le Défenseur des droits,

²⁷¹⁸ GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l’épreuve de son effectivité*, op. cit., p. 87 : « En droit administratif, les juges recourent encore moins à ces mesures. Alors qu’ils disposent de pouvoirs étendus – demander des informations à l’administration, auditionner des témoins, se rendre sur place, éventuellement faire appel au Défenseur des droits –, ils ne les exercent quasiment jamais. [...] Sans doute, convient-il également d’insister sur les contraintes organisationnelles, matérielles et budgétaires auxquelles le juge est confronté. Il sera en conséquence plus enclin à recourir aux mesures d’instruction que sa décision aura une incidence sur une catégorie d’agents plutôt que sur un seul individu. Ainsi, dans son arrêt sur la limite d’âge des contrôleurs aériens, le Conseil d’État a eu recours à sa large panoplie de mesures d’instruction – enquête avec audition de témoins d’une part et visite dans les locaux d’autre part – pour aborder avec des connaissances précises et circonstanciées la question de savoir si les "exigences professionnelles" invoquées par l’administration constituaient une justification légitime à cette discrimination fondée sur l’âge ».

²⁷¹⁹ Sur ce fondement, le juge administratif dispose d’un large pouvoir permettant d’inviter l’Administration à produire ou à communiquer tout document estimé pertinent, sans qu’il ne soit nécessaire de saisir la CADA en préalable. Trois conditions sont posées par la jurisprudence : l’urgence, l’utilité de la mesure et l’interdiction de faire obstacle à l’exécution d’une décision administrative (CE, 29 avril 2002, *M. Capellari*, n° 240322, mentionné aux tables). La mesure ne se confond pas avec les mesures que le juge administratif saisi du litige peut ordonner dans le cadre de ses pouvoirs généraux et en application du principe selon lequel il dirige l’instruction (CE, Ass., 28 mai 1954, *Barel*, n° 28238 et al, *Lebon*). V. not. de MONSEMBERNARD, M., « Référé d’urgence : le référé conservatoire », *Répertoire de contentieux administratif*, février 2020, § 75 : « La mesure de communication de documents administratifs est utile lorsqu’elle est demandée en vue de former un recours pour excès de pouvoir. Le juge des référés peut inviter l’Administration à communiquer aux intéressés les décisions qui les concernent et, le cas échéant, le dossier au vu duquel les décisions ont été prises ».

²⁷²⁰ Le référé probatoire *in futurum* de l’art. 145 du CPC doit être dissocié du prononcé de mesures d’instruction au cours du procès. L’art. 145 du CPC est également applicable en vue de la procédure prud’homale (art. R. 1451-1 du Code du travail). Il doit alors être dissocié de la possibilité prévue pour les bureaux de conciliation d’ordonner des mesures d’instruction, une fois le conseil de prud’hommes saisi, sur le fondement de l’art. R. 1454-14 du Code du travail (« Le bureau de conciliation et d’orientation peut, en dépit de toute exception de procédure et même si le défendeur ne comparait pas, ordonner : 1° La délivrance, le cas échéant, sous peine d’astreinte, de certificats de travail, de bulletins de paie et de toute pièce que l’employeur est tenu légalement de délivrer ; [...] ; 3° Toutes mesures d’instruction, même d’office ; 4° Toutes mesures nécessaires à la conservation des preuves ou des objets litigieux »). Contrairement à l’art. L. 521-3 du CJA, aucune condition d’urgence n’est requise (Cass. civ. 2^e, 15 janvier 2009, n° 08-10.771, *Bull.* II, n° 15).

²⁷²¹ En contentieux administratif, les articles R. 531-1 (référé constat) et R. 532-1 (référé instruction) du CJA, qui s’appliquent sans condition d’urgence, pourraient également être soulignés. Ils disposent respectivement : « S’il n’est rien demandé de plus que la constatation de faits, le juge des référés peut, sur simple requête qui peut être présentée sans ministère d’avocat et même en l’absence d’une décision administrative préalable, désigner un expert pour constater sans délai les faits qui seraient susceptibles de donner lieu à un litige devant la juridiction. Il peut, à cet effet, désigner une personne figurant sur l’un des tableaux établis en application de l’article R. 221-9. Il peut, le cas échéant, désigner toute autre personne de son choix » ; « Le juge des référés peut, sur simple requête et même en l’absence de décision administrative préalable, prescrire toute mesure utile d’expertise ou d’instruction ». V. GILTARD, D. et DE MONSEMBERNARD, M., « Référé constat et référé instruction », *Répertoire de contentieux administratif*, février 2020. Soulignons que l’analyse des bases de jurisprudence Légifrance (mode expert) et Dalloz ne laisse transparaître aucune mobilisation du référé constat en matière de discrimination. Une seule mobilisation du référé instruction peut être identifiée, afin d’ordonner une expertise médicale visant à évaluer le préjudice subi consécutif à un accident de service

et anciennement devant la HALDE, il est également possible de saisir le juge des référés – bien que cette faculté n’ait été mise en œuvre qu’à neuf reprises entre 2006 et 2011²⁷²². La procédure de référé est néanmoins entourée des garanties du contradictoire. Or, ces garanties peuvent atténuer l’efficacité des mesures d’instruction prononcées lorsque le recueil des éléments probants risque d’être entravé par l’avertissement du mis en cause (*e.g.* dissimulation, destruction, modification des éléments de preuve).

755. C’est alors qu’apparaît tout le potentiel de l’ordonnance sur requête qui constitue « une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse »²⁷²³. Son emprise est toutefois circonscrite, limitée à la procédure civile²⁷²⁴ et prud’homale²⁷²⁵, sous certaines réserves²⁷²⁶. Contrairement à l’ordonnance de référé, l’atout essentiel de l’ordonnance sur requête est précisément sa dimension unilatérale qui facilite la constitution de la preuve du fait de l’écart du principe du contradictoire au nom de l’efficacité de l’instruction²⁷²⁷. Lorsqu’il est raisonnable de penser que le recueil de la preuve risque d’être compromis à la suite de l’avertissement du défendeur, l’ordonnance sur requête peut être sollicitée afin de déclencher toutes les mesures d’instruction prévues par les articles 179 à 284 du CPC (*e.g.* vérifications, comparutions personnelles, recueil de déclarations des tiers, constatations, consultations, production contrainte de pièces, demandes d’expertises techniques). Ces mesures

dans une affaire qui donnait également lieu à contestation d’une discrimination fondée sur le handicap : CAA Marseille, 8^e ch., 13 février 2018, n° 16MA02634.

²⁷²² CARLES, I., « Le Défenseur des droits et les acteurs juridictionnels de la lutte contre les discriminations : quelle complémentarité possible ? », in GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l’épreuve de son effectivité*, *op. cit.*, annexes, p. 367. V. aussi CHAPPE, V.-A., *L’égalité en procès. Sociologie juridique du recours au droit face à la discrimination au travail*, *op. cit.*, p. 195 et TOUBON, J., « Lutter contre les discriminations et promouvoir l’égalité dans l’emploi public : l’action du Défenseur des droits », *RFAP*, 2015/1, p. 183-194 : si le Défenseur des droits « peut faire usage de moyens contraignants, tels que la mise en demeure ou la saisine du juge des référés, le recours à ces procédures demeure assez rare ».

²⁷²³ Art. 493 du CPC.

²⁷²⁴ Aucun mécanisme équivalent n’existe par ailleurs dans le cadre de la procédure administrative.

²⁷²⁵ À défaut de juge des requêtes au sein des conseils de prud’hommes, c’est le président du tribunal judiciaire qui est compétent. V. Cass. soc., 12 avril 1995, n° 93-10.982, *Bull.* V, n° 134, p. 97 : « En l’absence de dispositions spécifiques du nouveau Code de procédure civile, le président du conseil de prud’hommes n’ayant pas compétence pour statuer par ordonnance sur requête et le conseiller rapporteur n’ayant pas le pouvoir de se faire remettre des pièces contre le gré de leur détenteur, le président du tribunal de grande instance est compétent pour ordonner la production de pièces destinées à une instance prud’homale conformément à l’article 812, alinéa 2, du même Code ».

²⁷²⁶ En complément de la note *supra*, v. PIERRE-MAURICE, S., « Ordonnance sur requête », *Répertoire de procédure civile*, mars 2011 (actualisation : juin 2016), § 119 : « la compétence générale du président du tribunal de grande instance ne doit pas heurter des voies de droit spécifiques. C’est ainsi qu’il ne peut interférer dans une procédure prud’homale en cours en ordonnant la production de documents [...] alors que cette dernière peut être sollicitée devant le conseil de prud’hommes en application de l’article 142 du code de procédure civile ».

²⁷²⁷ Un recours est possible sur le fondement de l’article 17 du CPC (« Lorsque la loi permet ou la nécessité commande qu’une mesure soit ordonnée à l’insu d’une partie, celle-ci dispose d’un recours approprié contre la décision qui lui fait grief »). Cependant, ce recours intervient après la mise en œuvre de la mesure d’instruction et, par conséquent, ne permet pas de neutraliser son efficacité probatoire.

probatoires peuvent être sollicitées par le requérant lors du procès²⁷²⁸ ou avant tout procès²⁷²⁹. Des requérants peuvent recueillir sur ce fondement, en l'absence d'application du contradictoire, des pièces dont seuls les défendeurs disposent et qui sont nécessaires à la protection de leurs droits. Les ordonnances sur requête nommées (spéciales) et innommées (générales) doivent toutefois être distinguées à ce stade. Elles n'exigent pas les mêmes démarches en vue de constituer la preuve de la discrimination²⁷³⁰.

756. Les ordonnances sur requête innommées (générales) ne renvoient à aucun régime légal spécial et sont susceptibles d'intervenir dans toute matière. Leur prononcé est conditionné par la stricte nécessité et par une situation d'urgence. La victime de discrimination devra alors caractériser l'urgence²⁷³¹ et justifier la nécessité d'écarter le contradictoire²⁷³², notamment en se fondant sur l'une des trois circonstances consacrées par la jurisprudence, à savoir l'absence d'adversaire, le besoin de contraindre des personnes indéterminées ou l'importance de l'effet de surprise²⁷³³. C'est essentiellement cette dernière circonstance qui présente le plus d'intérêt lorsqu'est envisagée la preuve de la discrimination. Elle permet de court-circuiter temporairement le défendeur afin de favoriser l'efficacité de la mesure probatoire et l'effet de surprise. Ce besoin se trouve particulièrement marqué dans deux hypothèses, à savoir les constats sur place et les demandes de documents. L'écart du contradictoire résultera du risque, apprécié *in concreto* par le juge, de dépérissement de la preuve par destruction, dissimulation ou modification. Si le requérant est susceptible de satisfaire les deux conditions susmentionnées, alors, il pourra obtenir une ordonnance probatoire non contradictoire au cours du procès, sous réserve d'appréciation discrétionnaire du juge des requêtes (*e.g.* le président du tribunal judiciaire²⁷³⁴).

²⁷²⁸ Not. sur le fondement des art. 845 devant le tribunal judiciaire (« Le président du tribunal judiciaire ou le juge des contentieux de la protection est saisi par requête dans les cas spécifiés par la loi. Il peut également ordonner sur requête toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement. Les requêtes afférentes à une instance en cours sont présentées au président de la chambre saisie ou à laquelle l'affaire a été distribuée ou au juge déjà saisi ») ou 958 du CPC devant la cour d'appel (« Le premier président peut, au cours de l'instance d'appel, ordonner sur requête toutes mesures urgentes relatives à la sauvegarde des droits d'une partie ou d'un tiers lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement »). V. encore FERRAND, F., « Preuve », *Répertoire de procédure civile*, décembre 2013 (actualisation : mars 2019), not. § 373-396.

²⁷²⁹ Not. sur le fondement de l'article 145 du CPC. La chambre sociale de la Cour de cassation considère « la procédure prévue par l'article 145 du Code de procédure civile n'[est] pas limitée à la conservation des preuves et [peut] aussi tendre à leur établissement » (Cass. soc., 19 décembre 2012, nos 10-20.526 et 10-20.528, *Bull.* V, n° 341).

²⁷³⁰ L'art. 845 du CPC applicable devant les tribunaux judiciaires se réfère aux deux : « le président du tribunal judiciaire ou le juge des contentieux de la protection est saisi par requête dans les cas spécifiés par la loi. Il peut également ordonner sur requête toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement ».

²⁷³¹ L'art. 845 du CPC ne mentionne la condition d'urgence qu'à l'alinéa 2 relatif aux ordonnances innommées et non à l'alinéa 1 se référant aux ordonnances sur requête spéciales. Pour une critique de la condition d'urgence, v. VARNEK, A., *Le juge des requêtes, juge du provisoire*, thèse dactylographiée, Université de Strasbourg, 2013, p. 412-414.

²⁷³² *E.g.* Cass. civ. 2^e, 10 janvier 2008, n° 07-13.755, inédit.

²⁷³³ En ce sens, v. PIERRE-MAURICE, S., « Ordonnance sur requête », *op. cit.*, § 64-75.

²⁷³⁴ Sur le fondement de l'article 845, alinéa 2 du CPC.

757. Quant aux ordonnances sur requête nommées, elles renvoient à des régimes spéciaux (*e.g.* article 1290 du CPC²⁷³⁵), prévus par la loi, qui traduisent une politique judiciaire décidée par le législateur²⁷³⁶. Théoriquement, dès lors que le demandeur vise le texte et remplit les conditions légales explicites, le juge doit satisfaire sa demande²⁷³⁷, contrairement aux requêtes innommées qu'il ordonne discrétionnairement. L'article 145 du CPC permet de fonder le prononcé d'ordonnances sur requête nommées avant tout procès qui prennent la forme de mesures d'instruction pour faciliter le recueil de la preuve. Ce régime est plus souple que celui des requêtes innommées considérant que le requérant n'a pas à démontrer l'urgence²⁷³⁸. Ces ordonnances sur requête sollicitées *in futurum* seraient ainsi susceptibles de favoriser le développement du contentieux de la non-discrimination. Comme leur désignation le suggère, elles ne peuvent intervenir qu'avant tout procès, sans que le requérant n'ait préalablement saisi de juridiction au fond²⁷³⁹. Ce dernier doit simplement justifier sa demande par l'invocation d'un « motif légitime »²⁷⁴⁰, susceptible de convaincre de l'utilité d'une procédure unilatérale et l'éviction du contradictoire²⁷⁴¹. Nicolas Hoffschir et Vincent Orif soulignaient pourtant la tendance à l'instrumentalisation du concept de « motif légitime », bien trop vague, qui engendre en pratique un degré d'exigence variable. Le juge se contente parfois de la démonstration d'une impossibilité de se procurer les éléments probants nécessaires au succès de la cause²⁷⁴². À d'autres occasions, il a pu exiger davantage, sous la forme

²⁷³⁵ Article fondant le recours aux ordonnances sur requête en vue des constats d'adultère (v. art. 215 et 220-1 du Code civil).

²⁷³⁶ VARNEK, A., *Le juge des requêtes, juge du provisoire*, *op. cit.*, p. 433-434.

²⁷³⁷ V. not. PIERRE-MAURICE, S., « Ordonnance sur requête », *op. cit.*, § 61.

²⁷³⁸ Cass. civ. 2^e, 15 janvier 2009, n° 08-10.771, *Bull. II*, n° 15 : « L'urgence n'est pas une condition requise pour que soient ordonnées sur requête des mesures d'instruction sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile ». V. encore Cass. civ. 2^e, 9 avril 2009, n° 08-15.507, inédit ou Cass. civ. 2^e, 2 juillet 2009, nos 08-15.508 et 07-20.968, inédit. *A contrario*, v. auparavant Cass. civ. 2^e, 7 mai 2008, n° 07-14.858, *Bull. II*, n° 104.

²⁷³⁹ V. Cass. civ. 2^e, 21 juin 1995, n° 93-19.107, *Bull. II*, n° 195, p. 112.

²⁷⁴⁰ Pour Alexey Varnek, cette exigence est satisfaite par un simple droit actuel et personnel du requérant. Le droit invoqué doit être réel, le requérant doit agir dans une perspective de litige et justifier d'un intérêt personnel à l'action. VARNEK, A., *Le juge des requêtes, juge du provisoire*, *op. cit.*, p. 474. V. aussi p. 269-271. V. encore PIERRE-MAURICE, S., « Ordonnance sur requête », *op. cit.*, § 43.

²⁷⁴¹ Théoriquement, dans le cas des ordonnances nommées, la nécessité d'évincer le contradictoire n'a pas à être établie car elle est intrinsèque à la création par le législateur du régime spécial (PIERRE-MAURICE, S., « Ordonnance sur requête », *op. cit.*, § 62). Toutefois, concernant l'article 145 du CPC, la mention concomitante de la requête et du référé aboutie à faire de la première une possibilité subsidiaire à la seconde, impliquant, pour justifier sa préférence, de motiver le besoin d'une procédure unilatérale et l'éviction du contradictoire (Cass. civ. 2^e, 5 juin 1985, n° 83-14.268, *Bull. II*, n° 111, p. 74 ; Cass. civ. 2^e, 13 mai 1987, n° 86-11.098, *Bull. civ.*, II, n° 112, p. 65 ; Cass. civ. 2^e, 21 octobre 1992, n° 91-10.709, *Bull. II*, n° 246, p. 122 ; Cass. civ. 2^e, 30 janvier 2003, n° 01-01.128, *Bull. II*, n° 25, p. 20).

²⁷⁴² V. HOFFSCHIR, N. et ORIF, V., « Les stratégies relatives à l'établissement de la discrimination », *op. cit.*, p. 241. En guise d'illustration, les auteurs avancent les cas d'espèce suivants : CA Versailles, 18 novembre 2014, n° 14/01108, CA Toulouse, 27 février 2015, n° 14/05198, CA Paris, 20 mai 2010, n° 09/08607, CA Paris 13 mars 2014, n° 13/07929.

d'« indice »²⁷⁴³ ou d'« éléments objectifs quelconques »²⁷⁴⁴. Il arrive même que le juge aille jusqu'à exiger des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination²⁷⁴⁵.

758. À condition d'éviter les glissements ci-dessus esquissés au sujet de l'exigence tirée du « motif légitime », le prononcé des mesures d'instruction *in futurum* sur requête semble particulièrement adéquat au renforcement de l'efficacité du contentieux de la non-discrimination. Il permet de lever certains obstacles rencontrés par le requérant et susceptibles de nuire, plus tard, à la conduite de l'action. En facilitant la production des éléments probants, il favorise en effet l'émergence du litige et pourrait être plus fréquemment sollicité par les requérants et leurs conseils qui mobilisent peu cette voie²⁷⁴⁶. La sous-utilisation, par les requérants, de cette mise à l'écart légale du contradictoire contraste avec la contestation, par les avocats des défendeurs, des prérogatives d'enquête du Défenseur des droits. Si ces dernières critiques n'apparaissent finalement pas rédhibitoires et ne remettent pas en cause les modalités de compensation utile de l'inégalité des armes ci-dessus envisagées, une autre remontrance demeure et mérite une réponse plus nuancée.

B. Les exigences du procès équitable face au rôle contentieux du Défenseur des droits

759. L'argument tiré de la violation du procès équitable en raison de l'action du Défenseur des droits ne s'est pas seulement cristallisé autour de ses prérogatives d'enquête et du principe du contradictoire. La participation de l'institution au processus juridictionnel, par l'intermédiaire de la présentation d'observations en justice, a aussi été présentée à de multiples reprises comme une atteinte aux droits de la défense en raison d'un concours excessif apporté en soutien du requérant. La présentation de ces observations apparaît pourtant conforme aux droits de la défense lorsqu'elle est saisie isolément et confirme une compensation mesurée de l'inégalité des armes pour atténuer les difficultés relatives à la conduite de l'action (1). La teneur des arguments doctrinaux interroge davantage lorsque l'institution intervient non seulement par le biais d'observations, mais également en amont, au stade de la tentative de règlement extrajudictionnel du litige. Plus sérieusement, et à

²⁷⁴³ E.g. CA Paris, 5 février 2015, n° 14/04559 et CA Paris 22 octobre 2015, n° 14/09895.

²⁷⁴⁴ E.g. Cass. civ. 2., 12 juillet 2012, n° 11-18.399, *Bull.* II, n° 132 ; CA Rennes, 16 octobre 2015, n° 15/03070.

²⁷⁴⁵ E.g. CA Paris, 5 février 2015, n° 14/04559 et CA Paris 22 octobre 2015, n° 14/09895 : « Considérant que Madame Fewzia A. ne présente effectivement pas le moindre élément de fait laissant supposer qu'elle fait l'objet d'une discrimination, directe, ou indirecte, en raison de ses activités syndicales ayant des incidences sur sa rémunération depuis le 15 février 2006, comme elle l'affirme, et ne justifie d'aucun motif légitime pour obtenir la communication des pièces et des informations qu'elle sollicite ; Que le juge des référés, conformément aux dispositions de l'article 145 précité, n'est, en conséquence, pas compétent pour ordonner les mesures sollicitées par Madame Fewzia A. ».

²⁷⁴⁶ L'analyse des bases de jurisprudence Légifrance (mode expert) et Dalloz ne laisse transparaître que de rares cas pour lesquels le prononcé de l'ordonnance sur requête fut rejeté, par exemple en raison d'une demande portant en appel sur des éléments de preuve dont la communication avait été rejetée en première instance. V. not. Cass. soc., 22 février 2017, n° 15-24.306, inédit.

nouveau, c'est le produit d'un « cumul des fonctions incompatibles entre elles »²⁷⁴⁷ qui est alors mis en cause (2).

1) La conformité aux droits de la défense des observations en justice

760. Les réticences manifestées à l'encontre de la participation du Défenseur des droits à l'instance procèdent essentiellement de l'originalité de cette prérogative, que les catégories habituelles du droit processuel ne permettent ni d'appréhender ni, par conséquent, de légitimer. Il est en effet solidement établi, tant par la jurisprudence²⁷⁴⁸ que par les textes²⁷⁴⁹, que la présentation d'observations ne suffit à conférer au Défenseur des droits la qualité de partie. La qualité de tiers intervenant lui a également été refusée par le Conseil d'État²⁷⁵⁰ ainsi que par la Cour de cassation²⁷⁵¹. Ni demandeur ni défendeur, il n'élève aucune prétention à son propre profit (intervention volontaire principale). S'il appuie bien la prétention de la victime, il ne le fait en aucun cas « pour la conservation de ses droits »²⁷⁵² (intervention volontaire accessoire). Quant à la qualité de témoin parfois envisagée par la doctrine²⁷⁵³, elle n'a pas spécifiquement fait l'objet des considérations jurisprudentielles mais apparaît considérablement réductrice.

761. Reste alors la voie de l'*amicus curiae* qui renvoie à la participation d'un « interlocuteur, reconnu pour ses compétences ou ses connaissances, [...] invité par la formation chargée de l'instruction, à produire par écrit des observations d'ordre général, destinées à l'éclairer sur la solution à donner à un litige, voire à s'exprimer oralement dans le cadre d'une audience d'instruction ou d'une audience de jugement »²⁷⁵⁴. Bien que cette voie possède les faveurs de la doctrine et soit envisagée aux articles 27 du CPC et R. 625-3 du CJA, quatre réserves peuvent être avancées qui distinguent

²⁷⁴⁷ PANSIER, F.-J., « La Halde n'est procéduralement pas une partie », *LCS*, n° 223, 2010, p. 261 ou encore CHAUVIRÉ, J., « La Halde, l'égalité des armes et le procès équitable », *JSL*, n° 1452, 28 juin 2010.

²⁷⁴⁸ Not. Cass. soc., 2 juin 2010, n° 08-40.628 : « En donnant à la HALDE le droit de présenter des observations par elle-même ou par un représentant dont rien n'interdit que ce soit un avocat, la loi ne lui a pas conféré la qualité de partie ». CE, 7/2 SSR, 22 février 2012, *Chambre régionale d'agriculture Provence-Alpes-Côte d'Azur*, nos 343410, Lebon.

²⁷⁴⁹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE (direction des affaires criminelles et des grâces), Circulaire portant sur les relations entre la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) et l'autorité judiciaire, CRIM 2005-22, CAB/03-10-2005, NOR : JUSD0530132C, BOMJ, n° 100, octobre-décembre 2005, point 4 : « La faculté donnée à la Haute autorité de présenter des observations devant les juridictions ne lui confère pas la qualité de partie à l'instance ».

²⁷⁵⁰ CE, 7/2 SSR, 22 février 2012, *Chambre régionale d'agriculture Provence-Alpes-Côte d'Azur*, *loc. cit.* : « La participation au débat contentieux de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité [...] ne lui confère pas la qualité d'intervenante dans un litige de plein contentieux ».

²⁷⁵¹ V. Cass. soc., 2 juin 2010, n° 08-40.628, *loc. cit.* qui « casse et annule, mais seulement en ce qu'il qualifie d'intervention la présentation d'observations par la HALDE et la déclare recevable ».

²⁷⁵² Art. 330 du CPC. Sur ce point, v. HENRIOT, P., « La HALDE dans le débat judiciaire : une "intervention" qui suscite bien des questions ! », *op. cit.*, p. 10.

²⁷⁵³ V. not. NIORÉ, V., « La HALDE, ni partie, ni témoins », *Gaz. Pal.*, n° 272, 2007, p. 2 et s., not. III, « La HALDE, témoin », et HAUTEFORT, M., « Quel est le rôle de la Halde dans un procès prud'homal ? », *JSL*, n° 281-282, 26 juillet 2010.

²⁷⁵⁴ BUGNON, C., « L'*amicus curiae*, facteur de démocratisation du procès administratif », *loc. cit.*

l'intervention de l'*amicus curiae* de celle du Défenseur des droits lorsqu'il présente ses observations. L'*amicus curiae* intervient d'abord systématiquement sur sollicitation des magistrats ou, *a minima*, avec leur accord, mais elle n'est pas de droit²⁷⁵⁵. Lorsqu'il intervient sur un problème de droit, l'*amicus curiae* se prononce ensuite *in abstracto*, sans se situer dans le cadre spécifique du litige²⁷⁵⁶ et formule des « observations d'ordre général »²⁷⁵⁷, sans apprécier les pièces du dossier. Il lui est également impossible de trancher le litige sur le fond²⁷⁵⁸ et doit se contenter de formuler son avis sur une question spécifique, excluant la formulation de recommandations qui appuient des prétentions et s'apparentent à des réquisitions. L'*amicus curiae* est enfin généralement une personne physique auditionnée personnellement pour son expertise et non par l'intermédiaire d'un ministère d'avocat. Ne serait-ce que pour ces quatre divergences, il semble que cette qualité ne permette pas de saisir pleinement le rôle du Défenseur des droits et de légitimer sa participation au procès. Celle-ci s'apparente davantage à celle du ministère public.

762. N'étant ni partie ni tiers intervenant, le Défenseur des droits ne se porte pas en défense d'un intérêt propre²⁷⁵⁹. Il ne défend pas non plus un intérêt collectif, comme pourrait le faire une association ou un syndicat. Il défend un intérêt général. Cette défense profite indirectement à des intérêts particuliers qui recèlent un fragment de l'intérêt général à travers l'enjeu du règlement d'un cas d'espèce. En raison du mandat d'organisme de promotion de l'égalité, issu d'une habilitation spéciale du législateur, c'est plus précisément à la victime de discrimination que cette défense bénéficie. Considérant ce fait, et même en soulignant la nature *sui generis* de l'institution, ne peuvent être négligées les ressemblances avec le rôle du ministère public. Les pouvoirs attribués sont proches puisque le ministère public fait connaître son avis sur l'application de la loi lorsqu'il est

²⁷⁵⁵ Art. 33 de la loi organique du 29 mars 2011. En ce sens, v. également PETIT, S. et COHEN, C., « La HALDE a-t-elle sa place devant les juridictions ? », *loc. cit.*, et HENRIOT, P., « La HALDE dans le débat judiciaire : une "intervention" qui suscite bien des questions ! », *loc. cit.*

²⁷⁵⁶ En ce sens, v. JCL.A., « Expertise et autres mesures d'instruction », Fasc. 1092, § 235 : la demande « ne peut porter que sur des observations d'ordre général sur les points qu'elle détermine, lesquels peuvent être des questions de droit, à l'exclusion de toute analyse ou appréciation de pièces du dossier. Toutefois, lorsque l'avis a été demandé ou rendu en méconnaissance de ces principes, le juge n'entache pas sa décision d'irrégularité s'il se borne à prendre en compte les observations d'ordre général, juridiques ou factuelles, qu'il contient ».

²⁷⁵⁷ CE, 8/3 SSR, 6 mai 2015, *Association tutélaire d'Ille-et-Vilaine*, *loc. cit.* : la « demande, formulée auprès d'une personne dont la formation d'instruction estime que la compétence ou les connaissances seraient de nature à l'éclairer utilement sur la solution à donner au litige, ne peut porter que sur des observations d'ordre général sur les points qu'elle détermine, lesquels peuvent être des questions de droit, à l'exclusion de toute analyse ou appréciation de pièces du dossier ».

²⁷⁵⁸ V. EVEILLARD, G., « L'*amicus curiae* devant les juridictions administratives », *Dr. Adm.*, n° 10, comm. 66, 2015, MOUREY, L., *Le rôle du droit pénal dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 381, ENCINAS DE MUNAGORRI, R., « L'ouverture de la Cour de cassation aux *amici curiae* », *op. cit.*, p. 88. Cela n'empêche pas certains auteurs de critiquer l'audition du Défenseur des droits en matière de discriminations lorsqu'une question de principe est posée. En ce sens, v. ROZEC, P. et MANIGOT, V., « La place de la HALDE dans le paysage judiciaire », *JCP S*, n° 28, 2010, p. 1294.

²⁷⁵⁹ En ce sens, v. SERVERIN, E. et GRUMBACH, T., « Le statut procédural de la HALDE devant les juridictions civiles après l'arrêt de la Chambre sociale du 2 juin 2010 : ni juge, ni partie, mais représentant de l'intérêt public », *RDT*, 2010, p. 457, not. III « Être entendu pour défendre l'intérêt public ».

partie jointe – et non principale (*i.e.* demandeur ou défendeur)²⁷⁶⁰. Il est sollicité par le juge mais peut prendre d'office communication des affaires qui, selon lui, méritent son intervention, et fait connaître son avis par des conclusions écrites ou orales à l'audience²⁷⁶¹. À l'instar du ministère public, le Défenseur des droits ne prend par ailleurs pas fait et cause pour le requérant mais l'accompagne en portant son propre discours, considérant que les arguments d'intérêt général ne se confondent pas nécessairement avec la stratégie de défense des intérêts particuliers de la victime²⁷⁶². Il serait difficile enfin de ne pas rapprocher ses observations en justice des conclusions du ministère public qui peuvent être suivies ou non par les tribunaux²⁷⁶³.

763. Certains auteurs sont cependant réticents à le considérer comme un « parquet bis »²⁷⁶⁴. Organisme *sui generis*²⁷⁶⁵, la légitimité de sa présence au procès découle de l'habilitation spéciale du législateur et de sa mission de promotion de l'égalité. Il importe à ce titre de préciser que la présentation d'observations en justice ne constitue en aucun cas le prolongement naturel du mandat d'*ombudsman*. Ni le Médiateur de la République ni la CNDS ni même le Défenseur des enfants ne disposaient de cette prérogative²⁷⁶⁶. En répondant à la nécessité de compenser une absence de spécialisation juridictionnelle et en contribuant à faire évoluer l'*habitus* du juge face aux difficultés d'appréhension juridique et technique de la discrimination, ce pouvoir rejoint au contraire l'activité de promotion de l'égalité, initialement dévolue à la HALDE²⁷⁶⁷. Au-delà du principe même de sa

²⁷⁶⁰ Art. 422 et 423 du CPC.

²⁷⁶¹ Art. 426, 427 et 431 du CPC.

²⁷⁶² LATRAVERSE, S., in BORRILLO, D. (dir.), *La HALDE : actions, limites et enjeux*, *op. cit.* p. 49 : la HALDE « ne prend pas fait et cause pour l'individu, mais se contente de l'accompagner et de porter son propre discours. En effet, les arguments d'intérêt général soulevés par la HALDE ne s'accordent pas nécessairement à la stratégie envisagée par l'avocat pour sa victime et, partant, ne lui sont pas toujours favorables ».

²⁷⁶³ Il aurait également pu être souligné que le moment de l'intervention orale peut parfois prêter à confusion. Le ministère public intervient théoriquement en dernier (art. 443 du CPC), tout comme le rapporteur public (R. 733 du CJA) – malgré des fonctions distinctes. Or, de manière surprenante, le juge administratif a parfois donné la parole à la HALDE après l'intervention du rapporteur public, témoignant ainsi d'une certaine confusion. V. CE, 5/4 SSR, 10 avril 2009, *El Haddjoni*, n° 311888, Lebon.

²⁷⁶⁴ SLAMA, S., in BORRILLO, D. (dir.), *La HALDE : actions, limites et enjeux*, *op. cit.*, p. 67 : « Il est vrai que nous n'avons cessé d'entendre que la HALDE constituerait un "parquet bis", ce qui ne me semble pas du tout relever de sa mission. Sa mission consiste selon moi à assister les victimes de discriminations ».

²⁷⁶⁵ PONCET, S., « La Halde respecte-t-elle les garanties fondamentales de la personne mise en cause ? », *loc. cit.*, et HENRIOT, P., « La HALDE dans le débat judiciaire : une "intervention" qui suscite bien des questions ! », *loc. cit.* Le rapprochement parfois effectué avec les rôles de rapporteur public ou d'auxiliaire de justice (SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 520) nous apparaît également plus réducteur et moins pertinent que le rapprochement avec les missions du ministère public. Toutefois, la première approche possède le mérite de s'essayer à une conciliation diplomatique des rôles institutionnels en reconnaissant une place singulière – et non concurrentielle – au Défenseur des droits.

²⁷⁶⁶ Art. 11 de la loi n° 73-6 du 3 janvier 1976 instituant un Médiateur de la République : « Le Médiateur de la République ne peut intervenir dans une procédure engagée devant une juridiction ». Art. 8 de la loi n° 2000-494 du 6 juin 2000 portant création d'une Commission nationale de déontologie de la sécurité : « La commission ne peut intervenir dans une procédure engagée devant une juridiction ». Art. 10 de la loi n° 2000-196 du 6 mars 2000 instituant un Défenseur des enfants : « Il ne peut intervenir dans une procédure engagée devant une juridiction ».

²⁷⁶⁷ Art. 13 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la HALDE : « Les juridictions civiles, pénales ou administratives peuvent, lorsqu'elles sont saisies de faits relatifs à des discriminations, d'office ou à la

participation au procès, ce sont surtout les effets du rôle contentieux du Défenseur des droits qui sont contestés en raison d'une modification démesurée des rapports de force entre les parties.

764. Pour reprendre la métaphore de Romain Chiss, l'institution est non seulement acteur au cœur du procès, mais elle est également en charge des rôles de metteur en scène et de souffleur²⁷⁶⁸ : acteur, du fait de l'impact de ses observations²⁷⁶⁹ ; metteur en scène, du fait de sa présence au procès qui, en soi, traduit fréquemment une enquête préalable et une reconnaissance de la discrimination ; souffleur, du fait de l'argumentaire juridique exposé qui, bien souvent, trace un raisonnement que l'absence de spécialisation juridictionnelle tend à rendre plus fragile lorsqu'il est conduit par les magistrats. Pour de nombreux auteurs, l'atteinte disproportionnée à l'égalité des armes résulterait plus encore de l'addition des observations en justice à une multitude de faveurs d'ores et déjà consenties à la victime. Sont ici visés, cumulativement, le régime spécial de preuve et les pouvoirs exorbitants d'enquête dont dispose l'institution, utilisés au soutien de la partie qui se prétend victime de discrimination²⁷⁷⁰. La mise en œuvre successive des différentes fonctions du Défenseur des droits, alliée au régime de preuve, entraînerait un cumul d'avantages qui achèverait la fragmentation de l'égalité des armes lorsqu'il intervient à la fois pour aider à la constitution du

demande des parties, inviter la haute autorité ou son représentant à présenter des observations. La haute autorité peut elle-même demander à être entendue par ces juridictions ; dans ce cas, cette audition est de droit.

²⁷⁶⁸ CHISS, R., « Le contentieux de la discrimination et de la rupture d'égalité : réflexions sur l'inégalité des armes », *loc. cit.* (« La HALDE est certainement acteur dans le procès. Mais il est permis de se demander si elle ne serait pas en même temps le metteur en scène, voire le souffleur... »). Grégoire Loiseau préfère, lui, évoquer un rôle de « confident ». V. LOISEAU, G., « La Halde : quelle autorité ? », *loc. cit.*

²⁷⁶⁹ De manière plus tranchée, d'aucuns soulignent à cet égard que le Défenseur des droits ne se limite pas simplement à soutenir les prétentions de la victime mais à les façonner. En ce sens, v. not. LOISEAU, G., « La Halde : quelle autorité ? », *loc. cit.* : « On ajoutera qu'elle ne se borne pas à soutenir les prétentions du salarié lorsqu'elle a en réalité le plus souvent l'ambition d'en établir elle-même le bien-fondé ».

²⁷⁷⁰ Sur ces diverses critiques, v. not. *ibidem*. Pour l'auteur, « Le trouble, surtout, pourrait venir de l'atteinte que porte cette intervention au principe de l'égalité des armes découlant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Voilà en effet une instance qui a usé de pouvoirs exorbitants pour aider le salarié à constituer son dossier, qui a délibéré sur les faits et qui vient de surcroît soutenir ses prétentions devant le juge par son propre ministère d'avocat, ajoutant pour l'employeur un second contradicteur plaidant la cause de la partie principale. On peut alors légitimement s'interroger sur le déséquilibre qui en résulte dans les rapports des parties au procès lorsque la Halde intervient ainsi aux côtés du réclamant pour faire exploiter par un avocat les armes qu'elle a élaborées dans le cadre de ses prérogatives légales ». Il poursuit : « Son intervention devant le juge judiciaire méconnaîtrait alors les prescriptions de l'article 6 en ajoutant à cette mise à l'index une prise de position devant le juge judiciaire ». V. aussi MOULY, J., « Procédure. Équité. Intervention de la HALDE à l'instance. Égalité des armes. Principe du contradictoire. Conformité à l'article 6 § 1 Convention EDH », *Dr. Soc.*, 2010, p. 992. Pour Jean Mouly : « Surtout, et c'est là sans doute que se situe le véritable point de rupture de l'égalité, il n'est pas admissible qu'une autorité publique, qui a aidé une partie à constituer son dossier en mettant à son service les pouvoirs exorbitants dont elle dispose, vienne de surcroît soutenir la cause de cette partie devant le juge même si l'employeur peut, pendant l'enquête, se faire entendre et assister. Au fond, plus que l'audition de la HALDE en elle-même, c'est cette mise à disposition, au profit d'une partie, de pouvoirs exorbitants en matière de preuve qui engendre le déséquilibre, caractéristique d'une violation du principe de l'égalité des armes ». Il poursuit : « Ce déséquilibre est d'ailleurs encore accru par les règles de preuve en matière de discrimination qui, faut-il le rappeler, n'obligent le salarié qu'à prouver une suspicion de discrimination, l'employeur ayant ensuite la charge de se justifier ». V. encore MOUREY, L., *Le rôle du droit pénal dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 381. Pour l'auteure, il n'est « pas admissible que [l']intervention [de la HALDE] aille jusqu'à constituer une sorte de pré-jugement de l'affaire, qui dépasse alors le statut de simple avis ». Elle considère que « les principes de justice tels que nous les connaissons ne légitiment pas que cela se fasse au détriment du mis en cause ».

dossier, délibérer sur le fond, prononcer des recommandations et soutenir les prétentions du requérant au procès par l'intermédiaire de son propre ministère d'avocat. Partant, plusieurs auteurs ont considéré que la présentation d'observations au cours du procès ne devait intervenir qu'à la seule condition que le défendeur y consente expressément²⁷⁷¹. D'autres ont recommandé d'exclure la possibilité d'un tel cumul en interdisant la présentation d'observations en justice dans le cadre de l'examen d'une affaire pour laquelle un règlement extrajudictionnel a été entrepris sous l'égide de l'institution²⁷⁷². La compensation – fondamentale – des difficultés relatives à la conduite de l'action par ce biais serait ainsi réduite.

765. La Cour de cassation a toutefois considéré en 2010 que les dispositions légales qui prévoient la présentation d'observations en justice du Défenseur des droits « ne méconnaissent pas en elles-mêmes les exigences du procès équitable et de l'égalité des armes dès lors que les parties sont en mesure de répliquer par écrit et oralement »²⁷⁷³. Le Conseil d'État a, deux ans plus tard, adopté une solution identique²⁷⁷⁴. La position des cours suprêmes françaises consiste en somme à déduire la

²⁷⁷¹ Not. MOUREY, L., *Le rôle du droit pénal dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 381-382. Pour l'auteur, « il conviendrait de soumettre ses observations, dans les affaires où elle a instruit le dossier, à l'accord du prévenu ou du défendeur » (p. 381-382). V. aussi ROZEC, P. et MANIGOT, V., « La place de la HALDE dans le paysage judiciaire », *loc. cit.* : « les compétences de la HALDE pourraient alors être redessinées, et sa faculté d'intervention devant les juridictions précisée. Dès lors qu'elle aurait instruit un dossier, elle ne pourrait être entendue qu'à la demande d'une partie ; faculté serait laissée au juge d'écarter ce témoignage et les éléments apportés par la HALDE lorsqu'elle n'aurait pas respecté le principe du contradictoire au cours de son enquête ». Les auteurs poursuivent en explicitant leur position : « en premier lieu, l'audition de la HALDE, lors d'un procès qui porte sur un dossier qu'elle a instruit, doit être admise mais sous réserve d'un accord de la partie qui se voit opposer sa décision. En effet, l'intervention de la HALDE risquant de porter atteinte au principe d'équilibre qui doit caractériser la procédure prud'homale, ne saurait être imposée au défendeur au procès, d'autant que celui-ci ne sera généralement pas en mesure de faire procéder à une contre-expertise indépendante. L'examen contradictoire, en cours d'instance, des éléments recueillis par la HALDE et de sa décision ne saurait, à lui seul et selon nous, rétablir cet équilibre ».

²⁷⁷² Not. SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 585 : « Il serait logique et raisonnable d'exclure le cumul des prérogatives pour une même affaire, en retenant l'impossibilité pour l'Institution de procéder successivement à une médiation et à l'assistance du réclamant dans la constitution de son dossier avant de présenter ses observations devant la juridiction saisie ». V. aussi p. 530 pour une position qui semble plus nuancée. V. encore PONCET, S., « La Halde respecte-t-elle les garanties fondamentales de la personne mise en cause ? (2ème partie) », *JSL*, n° 292, 27 janvier 2011 : « Peut être le projet de loi relatif au défenseur des droits actuellement en cours de discussion serait-il l'occasion de clarifier ce statut et de renforcer les garanties au bénéfice de la personne mise en cause dans le cadre d'une réclamation portant sur une discrimination [...] en interdisant à l'autorité en charge de la lutte contre les discriminations d'intervenir volontairement dans le cadre d'un litige qu'elle a préalablement instruit et sur lequel elle a délibéré ».

²⁷⁷³ Cass. soc., 2 juin 2010, n° 08-40.628, *loc. cit.* : « Attendu, enfin, que les dispositions de l'article 13 de la loi du 30 décembre 2004, modifiées par la loi du 31 mars 2006, qui, sans être contraires à l'article 13 de la directive n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, prévoient que la HALDE a la faculté de présenter des observations portées à la connaissance des parties, ne méconnaissent pas en elles-mêmes les exigences du procès équitable et de l'égalité des armes dès lors que les parties sont en mesure de répliquer par écrit et oralement à ces observations et que le juge apprécie la valeur probante des pièces qui lui sont fournies et qui ont été soumises au débat contradictoire ». V. encore Cass. soc., 16 novembre 2010, n° 09-42.956, inédit. La Cour de cassation a, pour ces mêmes motifs, refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité invoquant à l'encontre de cette faculté une méconnaissance des droits de la défense, du droit à un procès équitable, des prérogatives du ministère public et de l'indépendance de l'autorité judiciaire (Cass. soc., 2 février 2011, n° 10-20.415, inédit).

²⁷⁷⁴ CE, 7/2 SSR, 22 février 2012, *Chambre régionale d'agriculture Provence-Alpes-Côte d'Azur*, *loc. cit.* : « Considérant qu'en prenant en compte les observations de la haute autorité et en accueillant son audition, la cour administrative d'appel de Marseille n'a pas méconnu les exigences du procès équitable découlant de l'article 6 de la convention européenne

satisfaction des exigences du procès équitable de la seule possibilité de discuter les observations avancées lors de l'audience²⁷⁷⁵. Limiter la teneur des exigences du procès équitable au seul principe du contradictoire apparaît pourtant réducteur, au point de contracter ou d'atrophier l'article 6 de la Convention EDH²⁷⁷⁶, ce que plusieurs auteurs n'ont pas manqué de dénoncer²⁷⁷⁷. Ces décisions des cours suprêmes ont été assimilées à un « aveu d'impuissance pour ne pas apparaître politiquement incorrecte en dévaluant une action proclamée d'utilité sociale »²⁷⁷⁸. Si l'on écarte la dimension péremptoire de l'affirmation jurisprudentielle, la critique demeure et repose moins sur la possibilité de débattre que sur la proportionnalité du rapport de force instauré pour conduire le débat.

766. Il est néanmoins possible de reconnaître une atteinte réelle à l'égalité des armes du fait de l'intervention du Défenseur des droits, tout en concluant que cette atteinte est légitime et proportionnée. La cour d'appel de Nîmes s'était engagée dans cette voie en considérant que l'article 6 de la Convention EDH faisait obstacle à ce que la HALDE puisse, « à l'égard des mêmes personnes physiques ou morales et s'agissant des mêmes faits, exercer tout à la fois les pouvoirs de recommandation et la faculté de demander son audition en justice »²⁷⁷⁹. Elle avait en l'espèce laissé ouverte la possibilité d'une justification de l'atteinte au droit de la défense sous réserve de deux conditions cumulatives : la légitimité de l'objectif poursuivi et la proportionnalité des moyens employés. Malgré des répercussions indéniables sur l'équilibre du procès, il est possible, dans ce cadre, de soutenir que ladite prérogative ne porte pas une atteinte disproportionnée aux droits de la défense. Comme le souligne Laurent Perrin, les juges de Strasbourg n'exigent pas une égalité

de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, [...] dès lors que les parties se trouvaient en mesure de répliquer par écrit et oralement aux observations de la haute autorité et qu'il revenait aux juges d'apprécier la valeur probante de ces observations soumises au débat contradictoire ». V. également DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 31.

²⁷⁷⁵ V. ici PETIT, S. et COHEN, C., « La HALDE a-t-elle sa place devant les juridictions ? », *D.*, 2008, p. 1519.

²⁷⁷⁶ V. ROZEC, P. et MANIGOT, V., « L'intervention en justice de la HALDE : une égalité des armes en trompe l'œil ? », *loc. cit.* : « La position de la Cour mérite-t-elle d'être critiquée ? La réponse est positive, car le seul respect du contradictoire ne suffit pas à garantir un procès équitable ».

²⁷⁷⁷ V. MOULY, J., « Procédure. Équité. Intervention de la HALDE à l'instance. Égalité des armes. Principe du contradictoire. Conformité à l'article 6 § 1 Convention EDH », *loc. cit.* : « On notera d'abord que la Cour, tout en affirmant que les dispositions relatives à la HALDE respectent les exigences du procès équitable, se garde bien de viser, contrairement au pourvoi, l'article 6 § 1 de la Convention EDH dont, pourtant, elle n'hésite pas habituellement à faire usage. On remarquera surtout que la Cour régulatrice, pour répondre aux arguments du pourvoi, se place exclusivement sur le terrain du contradictoire ». Pour l'auteur, « Il ne suffit [pas], comme le fait la Cour de cassation, d'invoquer le respect du contradictoire pour absoudre le rôle de la HALDE au regard des règles du procès équitable. Le déséquilibre engendré par son intervention au procès se situe en amont et la possibilité donnée à l'employeur de répondre aux observations présentées par la Haute autorité ne permet pas d'y remédier ». V. aussi MOUREY, L., *Le rôle du droit pénal dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 380 : l'auteure considère que la Cour « élude [la question] relative au respect de l'égalité des armes. [...] À s'en tenir à de telles exigences [celles du contradictoire seulement, NDLR] la motivation de la chambre sociale apparaît insuffisante ». V. encore SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 523-524.

²⁷⁷⁸ LOISEAU, G., « Les armes de la HALDE ne blessent pas le principe du procès équitable », *JCP S*, n° 24, 2010, p. 1241.

²⁷⁷⁹ CA Nîmes, 25 avril 2007, n° 06/03376. V. particulièrement PONCET, S., « La Halde respecte-t-elle les garanties fondamentales de la personne mise en cause ? (2^{ème} partie) », *loc. cit.*

parfaite entre les parties mais l'absence d'un « net désavantage ». Celui-ci doit être évalué « raisonnablement », avec une certaine marge d'appréciation qui dépend précisément de la légitimité des objectifs poursuivis²⁷⁸⁰ et de la position initiale des parties.

767. À ce titre, l'action du Défenseur des droits répond à une « volonté de renforcer l'effectivité de l'exigence de non-discrimination, objectif légitime »²⁷⁸¹. La cour d'appel estimait cependant qu'en l'espèce, l'atteinte – même légitime – était disproportionnée car la HALDE ne pouvait « justifier d'un intérêt distinct de l'intérêt général, dont la défense incombe au ministère public, et qui fonderait la proportionnalité de cette dérogation »²⁷⁸². Aussi fondée soit l'objection, admettre simplement que le Défenseur des droits se porte en défense de l'intérêt général lorsqu'il présente ses observations en matière de discriminations permettrait de satisfaire cette exigence, ce que la cour d'appel de Nîmes s'était refusée à reconnaître en raison du chevauchement des habilitations – spéciales et générale – avec le ministère public. Lauren Perrin considère en ce sens que le secours dont bénéficie la victime « est raisonnable étant entendu [qu'il] ne fait que compenser le déséquilibre initial qui existe entre les parties au litige »²⁷⁸³. Là réside son utilité fondamentale pour atténuer les difficultés du requérant lors de l'action.

768. Relever l'aspect partiel des réponses apportées par la Cour de cassation et par le Conseil d'État ainsi que la pertinence des critiques doctrinales n'empêche pas, par conséquent, de conclure à la légitimité des observations en justice²⁷⁸⁴ dont l'apport est essentiel au droit de la non-discrimination. Pour autant, à bien considérer les arguments de la doctrine, l'on s'aperçoit qu'en supplément d'une contestation portant sur la légitimité et la nécessité de sa participation au procès, c'est le cumul des mandats du Défenseur des droits qui se trouve plus durement ciblé par les critiques²⁷⁸⁵.

²⁷⁸⁰ PERRIN, L., « Conformité de l'audition de la HALDE aux exigences du procès équitable », *Dalloz Actualité*, 22 juin 2010.

²⁷⁸¹ *Ibidem*.

²⁷⁸² CA Nîmes, 25 avril 2007, n° 06/03376.

²⁷⁸³ PERRIN, L., « Conformité de l'audition de la HALDE aux exigences du procès équitable », *loc. cit.*

²⁷⁸⁴ Le Défenseur des droits lui-même se défend de contribuer par ce biais à la méconnaissance de l'égalité des armes. V. Décision LCD-2011-71 du 23 novembre 2011 relative à une différence de traitement fondée sur le sexe en matière de rémunération et dans le déroulement de carrière au sein d'un établissement public, § 27 : « la haute autorité dispose de prérogatives d'instruction et d'investigation et également le pouvoir de présenter d'office des observations devant les tribunaux, mais, pour autant ce cumul de prérogatives ne méconnaît pas le principe d'égalité des armes ».

²⁷⁸⁵ V. le détail des critiques relevées *in extenso* en notes *supra*, not. MOULY, J., « Procédure. Équité. Intervention de la HALDE à l'instance. Égalité des armes. Principe du contradictoire. Conformité à l'article 6 § 1 Convention EDH », *loc. cit.*, LOISEAU, G., « La Halde : quelle autorité ? », *loc. cit.* et MOUREY, L., *Le rôle du droit pénal dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 380-382. V. aussi ROZEC, P. et MANIGOT, V., « La place de la HALDE dans le paysage judiciaire », *loc. cit.* : « La Haute autorité tient alors une position qui peut être ambiguë, dans un dossier qu'elle doit éclairer de son expertise indépendante, mais au titre duquel elle s'est déjà prononcée, dans des termes parfois assez définitifs. Conviendrait-il, pour assurer la légitimité de son intervention en tant qu'expert judiciaire des discriminations et en assurer la pertinence, de réserver son intervention spontanée aux dossiers qu'elle n'a pas au préalable examinés ? ». V. encore PONCET, S., « La Halde respecte-t-elle les garanties fondamentales de la personne mise en cause ? (2ème

2) Le cumul des mandats comme atteinte au procès équitable ?

769. Une partie de la doctrine dénonce en effet « l'utilisation de l'ensemble de ses pouvoirs dans le déroulement d'une même affaire »²⁷⁸⁶ et regrette un « cumul de fonctions incompatibles entre elles »²⁷⁸⁷, ce qui porterait atteinte au principe du procès équitable. Le « malaise » se révèle être ancré dans le statut pour le moins « ambigu »²⁷⁸⁸ de l'institution. Jean Mouly avançait en ce sens qu'il n'est pas « de bonne politique qu'une autorité, présentée comme une autorité administrative indépendante, puisse, dans un litige privé, prendre fait et cause pour l'une des parties »²⁷⁸⁹. Il concluait en précisant que le « droit positif verse alors dans un mélange des genres pour le moins malsain » en ce qu'il érige la HALDE, puis le Défenseur des droits, en second contradicteur qui « sort de la neutralité »²⁷⁹⁰. Les exigences en termes de neutralité sont en effet sensiblement divergentes selon que l'on considère le mandat de promotion de l'égalité, à la source des activités proactives de l'institution, ou celui de tiers impartial chargé du règlement extrajudiciaire des cas d'espèce. Alors que le professeur Mouly admet la neutralité de l'*ombudsman* pour mettre en cause la partisanerie de l'organisme de promotion de l'égalité²⁷⁹¹, le chemin inverse nous semble davantage pertinent.

770. Issue des directives communautaires, la HALDE, intégrée au Défenseur des droits, est un organisme de promotion de l'égalité et, par conséquent, un organisme nécessairement partisan, idéalement indépendant mais qui ne peut concomitamment présenter les gages de neutralité

partie) », *loc. cit.* : « Cette institution *sui generis*, qui reconnaît elle-même présenter les stigmates d'un "monstre juridique", est considérée par certains comme une "trop Haute autorité" en ce qu'elle concentre une multitude de prérogatives de nature diverse, dont le cumul vide de toute substance l'indépendance attachée à son statut. Cette indépendance, synonyme d'absence de tout contrôle, ne peut que réactiver la problématique déjà ancienne de la légitimité même des autorités administratives indépendantes ». V. toujours pour une position similaire, même plus nuancée, SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 456 et 457 : « la combinaison des aménagements processuels et de l'assistance offerte par le Défenseur des droits fait douter de la préservation de l'équilibre final du contentieux, d'autant que cette autorité administrative indépendante est susceptible de jouer un rôle d'auxiliaire dans le processus juridictionnel » ; « la fonction d'assistance des victimes de l'Institution crée des incertitudes quant au maintien de l'équilibre des droits entre les parties ».

²⁷⁸⁶ LOISEAU, G., « La Halde : quelle autorité ? », *loc. cit.*

²⁷⁸⁷ PANSIER, F.-J., « La Halde n'est procéduralement pas une partie », *loc. cit.* ou encore CHAUVIRÉ, J., « La Halde, l'égalité des armes et le procès équitable », *loc. cit.*

²⁷⁸⁸ MOULY, J., « Procédure. Équité. Intervention de la HALDE à l'instance. Égalité des armes. Principe du contradictoire. Conformité à l'article 6 § 1 Convention EDH », *loc. cit.*

²⁷⁸⁹ *Ibidem.*

²⁷⁹⁰ *Ibidem.* Le « mélange des genres » n'est que « troublant » pour Sophie Sereno (SERENO, S., *Le défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 353). En un sens quasiment similaire, v. MOUREY, L., *Le rôle du droit pénal dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 381 ou PONCET, S., « La Halde respecte-t-elle les garanties fondamentales de la personne mise en cause ? (2ème partie) », *loc. cit.*

²⁷⁹¹ *Ibidem.* Jean Mouly regrette que, « dans le litige qui oppose le salarié à l'employeur, [la HALDE ou le Défenseur des droits] n'adopte pas, dans ce cas, une position impartiale dans l'abstrait, mais, en tant qu'autorité de lutte contre les discriminations, se porte concrètement au soutien des intérêts du travailleur. Plus encore, lorsqu'elle demande à être auditionnée, [elle] a en réalité déjà pris elle-même partie dans le litige - évidemment au profit du salarié - et cherche avant tout à faire partager son point de vue par la juridiction qui l'entend ».

suffisants pour l'exempter de toute critique. Là réside précisément la raison pour laquelle il est inopportun de lui confier en sus une fonction de médiateur, crédité d'une apparente impartialité, pour résoudre le litige entre les parties en cas de discrimination avérée. Les fonctions sont mutuellement exclusives²⁷⁹². La figure historique de l'*Ombudsman* nordique (*i.e. Parliamentary Ombudsman*) ou, plus récemment, celle du *Human Rights Ombudsman*, peut amener à tolérer un règlement extrajuridictionnel par un tiers, dans certains domaines, si le mis en cause est l'administration – ce à quoi se cantonnent le *Defensor del Pueblo* ou le *Provedor de Justiça*. Il s'agit alors d'une forme de recours facultatif et externalisé, porté devant une institution habilitée par l'État, qui consent explicitement à lui conférer un magistère sur son administration. Traditionnellement placé sous le contrôle du Parlement, l'*ombudsman* est avant tout un contrepoids qui règle la balance des pouvoirs en permettant un contrôle du pouvoir exécutif par le pouvoir législatif, même de manière indirecte. La chose est éminemment différente lorsque cette prérogative de règlement extrajuridictionnel des conflits est étendue aux litiges entre personnes privées en matière de droits fondamentaux²⁷⁹³. Elle l'est encore davantage lorsque cette prérogative conduit à déférer la violation du droit fondamental en question à un organisme ayant pour mission première la défense proactive de ce droit.

771. S'il est possible d'avancer que l'action du Défenseur des droits porte atteinte aux droits procéduraux du défendeur, c'est davantage l'absence d'une apparente neutralité de l'*ombudsman* antidiscriminatoire pourtant chargé – en l'état – de fonctions de règlement du litige qui nous semble pouvoir être mise en cause. Sous cet angle, c'est son intervention au stade extrajuridictionnel, plus qu'au stade du procès, qui pâtit du défaut de garanties²⁷⁹⁴. Plus prosaïquement, dès lors qu'une fraction de l'intérêt général que le Défenseur des droits a pour mission de défendre est matérialisée dans un litige, est-il plus incongru d'admettre qu'il soutienne indirectement cet intérêt en prêtant assistance à la partie dont les droits sont considérés comme ayant été violés (*e.g.* aide juridique spécialisée) ou d'exiger de lui qu'il tranche le litige entre ces deux parties tout en présentant les garanties nécessaires de neutralité ? Le paradoxe réside sans hésitation dans la seconde situation. Par ailleurs, comment soutenir l'impartialité de l'institution chargée de la médiation extrajuridictionnelle qui précise pourtant en amont de sa mise en œuvre que, en cas d'échec, elle

²⁷⁹² Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, II, A, not. 2).

²⁷⁹³ Sur la limitation de la compétence des autorités publiques et administratives indépendantes de médiation aux « activités des agents de l'administration ou exerçant des missions d'autorité et de services publics » comme trait caractéristique de leur mandat, v. not. CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Théorie générale des droits et libertés, op. cit.*, p. 289.

²⁷⁹⁴ COUR EDH, ch., 1^{er} octobre 1982, *Piersack c. Belgique*, req. n° 8692/79, § 30 : « Si l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris, elle peut, notamment sous l'angle de l'article 6 § 1 (art. 6-1) de la Convention, s'apprécier de diverses manières. On peut distinguer sous ce rapport entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime ».

présentera ses observations devant la juridiction pour permettre au requérant de caractériser la discrimination²⁷⁹⁵ ? Comme le relève Sophie Sereno, « de telles mentions interrogent sur le maintien d'une neutralité suffisante lors de la réalisation de la médiation »²⁷⁹⁶. *Quid* encore de l'impartialité d'un organisme qui « peut [procéder à] la médiation et [au] règlement amiable » mais, « *avant tout*, [qui] défend les droits des personnes qui le saisissent » et qui, « une fois qu'elle [est] convaincue de l'aspect discriminatoire de la situation, [se doit], aux yeux de la loi et du texte communautaire, de venir en soutien de la personne »²⁷⁹⁷ ? Cela explique-t-il la mobilisation, avant tout procès au fond, des termes de « victime » et de « mis en cause » ? Manifestement, il existe « une prévalence de l'assistance [de la victime] sur l'application abstraite des règles de non-discrimination »²⁷⁹⁸. Un abandon du mandat de règlement extrajudictionnel des litiges en matière de discrimination par voie de médiation et de transaction, lesquelles exigent une posture de neutralité, pourrait en réaction être envisagé. Ne pas trancher avec franchise sur ce point alors qu'est ciblé le cumul des fonctions comporterait le risque de renforcer la contestation de l'activité de promotion de l'égalité. Il s'agit pourtant de celle dont le potentiel est le plus riche – car elle est irremplaçable – en vue de la réalisation du droit de la non-discrimination²⁷⁹⁹.

772. L'activité de promotion de l'égalité est en effet indispensable, notamment en ce qu'elle renforce l'accessibilité des juridictions et l'efficacité du traitement contentieux. Elle répond aux deux phénomènes avancés par Vincent Orif et Nicolas Hoffschir pour expliquer l'importance du nombre de requérants déboutés par les juridictions dans le contentieux de la non-discrimination, à savoir l'absence de fondement de leurs prétentions et l'incapacité à satisfaire les exigences du procès, à commencer par la preuve d'une discrimination *prima facie*²⁸⁰⁰. La mission de promotion de l'égalité permet de combler le manque d'information sur les voies de droit ouvertes aux victimes et éventuellement de les guider au sein du ballet des institutions, juridictionnelles (*e.g.* juge des requêtes, juge des référés, juge du fond, procureur) ou non juridictionnelles (*e.g.* associations, syndicats, bureaux d'aide juridictionnelle). Cette tâche est précisément celle que les directives

²⁷⁹⁵ En ce sens v. SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 572 : « Pire, des recommandations, visant le rapprochement de l'employeur et du subordonné en vue de résoudre la situation discriminatoire, portent mention qu'en l'absence de règlement amiable l'Institution présentera ses observations (concluant à la qualification de discrimination) devant la juridiction éventuellement saisie par le réclamant ».

²⁷⁹⁶ *Ibidem*.

²⁷⁹⁷ Propos de Anne du Quellenec, alors juriste senior au pôle Expertise et affaires judiciaires du Défenseur des droits, tels que recueillis in JOUHANNAUD, C., DU QUELLENNEC, A., PEREZ, M. et MINONZIO, J., « Le Défenseur des droits, un acteur clé dans la défense et la promotion des droits sociaux », *Informations sociales*, n° 178, 2013/4, p. 106.

²⁷⁹⁸ SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 527.

²⁷⁹⁹ En ce sens, *idem*, p. 567 : la « mission d'assistance des victimes de discriminations interroge en ce qu'elle peut orienter [le] comportement [des collaborateurs du Défenseur des droits] lors de la réalisation de la résolution amiable. Une apparence de militantisme ou *a minima* de parti pris pourrait nuire indirectement au procédé amiable et *in fine* à la légitimité du Défenseur des droits ».

²⁸⁰⁰ HOFFSCHIR, N. et ORIF, V., « Les stratégies relatives à l'établissement de la discrimination », *op. cit.*, p. 242-243.

européennes assignent au Défenseur des droits et à ses homologues européens lorsqu'il est question « d'apporter aux personnes victimes d'une discrimination une aide indépendante pour engager une procédure pour discrimination »²⁸⁰¹. L'action du Défenseur des droits s'inscrit en continuité de cette dynamique lorsqu'il présente ses observations en justice ou lorsqu'il apporte son concours à la constitution de la preuve par ses prérogatives d'enquête. Il s'en écarte en revanche lorsqu'il se substitue au traitement juridictionnel dans une logique majoritairement concurrentielle²⁸⁰². L'utilité de ce traitement peut au demeurant être relativisée en raison de l'existence de processus de résolution amiable de droit commun qui n'excluent pas que l'organisme de promotion de l'égalité y joue un rôle, sans les conduire. L'accessibilité des juridictions et l'efficacité du traitement contentieux de la non-discrimination dépendent, à terme, essentiellement du renforcement du mandat de promotion de l'égalité²⁸⁰³.

773. Dans la mesure où la présentation d'observations en justice est attachée au mandat de promotion de l'égalité, cette prérogative n'aurait pas à être affectée par une éventuelle suppression – circonscrite à la non-discrimination – de la fonction de médiation institutionnelle et de transaction. Jacques Toubon illustre la plus grande efficacité de la première mission lorsqu'il affirmait vouloir « accroître le recours à ces observations, car une décision juridictionnelle est bien sûr plus contraignante qu'une recommandation »²⁸⁰⁴. Suivant la lettre des directives européennes, le rôle du Défenseur des droits pourrait basculer définitivement – car il est déjà considérablement engagé dans cette voie – vers l'accompagnement de la victime de discrimination : diffusion d'information, aiguillage des requérants vers les interlocuteurs appropriés, aide à la constitution du dossier et de la preuve, aide à la sollicitation d'ordonnances probatoires sur requête ou de mesures d'instruction, assistance éventuelle lors de processus de médiation ou de conciliation de droit commun, aide à la saisine et observations en justice.

774. La disparition des prérogatives d'enquête ne semble pas non plus inéluctable. D'une part, ces dernières pourraient idéalement être attachées à une nouvelle fonction d'aide juridique

²⁸⁰¹ Art. 13 de la directive 2000/43/CE.

²⁸⁰² V. BENICHO, S., « L'effectivité du principe de non-discrimination "raciale" : concurrence ou complémentarité du juge et de la Halde ? », in CHAMPEIL-DESPLATS, V., et LOCHAK, D. (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 193-223. V. aussi Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, II, A, 2).

²⁸⁰³ Les expériences canadiennes sont particulièrement instructives concernant les risques d'un attentisme face à ce conflit de rôles. Au Québec, les critiques récurrentes à l'endroit de la Commission des droits de la personne ont considérablement terni son image auprès du public. Elles proviennent aussi bien d'employeurs, qui ne reconnaissent pas la légitimité de la Commission à statuer comme tiers impartial, que de victimes, qui ne comprennent pas la prudence d'une institution censée leur apporter un concours non équivoque. L'incapacité à réformer ce statut demeure problématique dans la Belle province. Ailleurs, elle a justifié des refontes des mandats de l'*Equality Body* (e.g. Ontario).

²⁸⁰⁴ BONDUELLE, M., « La "réalité" est devenue une excuse (entretien avec Jacques Toubon) », *op. cit.*, § 14.

spécialisée²⁸⁰⁵. D'autre part, elles pourraient à défaut être conservées par l'organisme de promotion de l'égalité indépendamment de cette fonction, à l'instar de ce qui s'est produit en Ontario (Canada) depuis 2008. La Commission ontarienne des droits de la personne a en effet conservé ses pouvoirs d'enquête après la réforme de 2006 – entrée en vigueur en 2008 – qui a mis un terme à sa fonction de traitement préjuridictionnel des réclamations pour discrimination et a confié la mission d'aide juridique spécialisée à une tierce institution (*The Human Rights Legal Support Centre*)²⁸⁰⁶. Une configuration similaire²⁸⁰⁷ permettrait en France de résoudre le conflit de rôles tout en limitant la perte d'attributions au seul règlement des réclamations par voie de médiation et de transaction.

775. En conclusion, contrairement aux prérogatives d'enquête du Défenseur des droits – respectueuses du contradictoire – et à la présentation d'observations en justice, le défaut de neutralité de l'*ombudsman* peut être perçu comme un manquement aux droits procéduraux du défendeur. Ce manquement trouve néanmoins son ancrage non au cours du procès mais au stade de la procédure extrajuridictionnelle. L'apparence d'impartialité que la fonction de règlement des litiges impose de – chercher à – lui conférer pèse inévitablement sur la légitimité²⁸⁰⁸ de l'institution en raison de son caractère factice. Sophie Sereno évoque en ce sens « la confusion existante quant au rôle effectivement dévolu à l'Institution » et souligne que « la polémique persistante fragilise sa

²⁸⁰⁵ Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, II, B. Cette fonction d'aide juridique spécialisée correspond d'ores et déjà aux pratiques essentielles de l'institution bien qu'elle ne soit pas assumée en tant que telle. C'est précisément ce que souligne Jean Mouly et Grégoire Loiseau qui relèvent l'incompatibilité de cette fonction avec celle de règlement pseudo impartial du litige. V. LOISEAU, G., « La Halde : quelle autorité ? », *loc. cit.* : « ce qui fait l'originalité profonde de cette instance et sa singularité par rapport aux autres autorités administratives indépendantes – [est] que les pouvoirs exorbitants dont elle dispose sont mis au service de la sauvegarde d'intérêts privés. De façon caricaturale, on pourrait dire que la Halde est une sorte d'assistante publique des salariés ». V. aussi MOULY, J., « Procédure. Équité. Intervention de la HALDE à l'instance. Égalité des armes. Principe du contradictoire. Conformité à l'article 6 § 1 Convention EDH », *loc. cit.* : « On peut certes considérer qu'il n'y a pas là matière à violation des règles du procès équitable et que la HALDE ne joue en réalité que le rôle d'un second défenseur, auquel toute partie à un procès peut prétendre (encore que ce second défenseur soit ici curieusement aux frais du contribuable !) ».

²⁸⁰⁶ Art. 35(1), 37(1), 37(2) et 38 du Code ontarien des droits de la personne.

²⁸⁰⁷ La Commission peut ainsi mener enquête si elle estime qu'il en va de l'intérêt général ou de l'accomplissement de ses fonctions. Elle peut procéder à des vérifications sur place et pénétrer sans mandat dans des locaux, bâtiments ou biens-fonds pour s'enquérir de documents, choses ou renseignements nécessaires à l'enquête. Elle peut demander la production de documents ou de choses, les déplacer, procéder à des copies ou stocker des données le cas échéant, interroger toute personne au sujet de questions liées à l'enquête, prendre des mesures, des photographies, faire des enregistrements visuels ou sonores ou encore exiger qu'un lieu demeure inchangé pendant un délai raisonnable pour y procéder à un examen, une enquête, un test ou une analyse. Le recours à la force est néanmoins proscrit et, en cas de refus de vérification sur place, de non-communication de document ou d'entrave quelconque à l'enquête, la Commission s'adresse à un juge de paix qui délivre un mandat et lui confère une portée exécutoire, le cas échéant par le biais de l'intervention d'agents de police qui recourent à la force nécessaire et proportionnée. Les informations recueillies dans le cadre de l'enquête ont valeur probante. La Commission conserve en parallèle la capacité de saisir le tribunal des droits de la personne, d'intervenir comme *amicus curiae* aux conditions que fixe le tribunal, d'intervenir à titre de partie en tierce intervention et demeure informée des requêtes d'intérêt à l'instar du ministère public.

²⁸⁰⁸ Pour Dimitri Löhrer, « la légitimité se présente, de toute évidence, comme un facteur déterminant de l'effectivité des normes ». V. LÖHRER, D., « Défenseur des droits et autorités administratives indépendantes (AAI) préexistantes : rapports sous haute tension », 9^{ème} congrès français de droit constitutionnel, juin 2014, en ligne [URL : http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLD/D-lohrer_T2.pdf], p. 18-19.

légitimité d'action»²⁸⁰⁹. La suppression du mandat de règlement des litiges en matière de discrimination – ou du moins d'une partie, au demeurant peu mobilisée²⁸¹⁰ – permettrait, en réaction, de répondre aux dénonciations récurrentes d'un cumul des fonctions manifesté par la tentative institutionnelle de résolution du conflit, puis par une présentation d'observations en justice. Elle permettrait ce faisant de mettre un terme au conflit de rôles, de recentrer le Défenseur des droits sur son mandat de promotion de l'égalité, de renforcer la légitimité de sa présence contentieuse, souvent en soutien du requérant, indispensable au développement de l'expertise antidiscriminatoire qui demeure perfectible devant les juridictions de droit commun. Saisie isolément, cette présence contentieuse ne remet pas en cause l'appréciation souveraine des juges, pas plus qu'elle n'affecte l'impartialité de ces derniers ou le respect du contradictoire lors de l'instance. La compensation de l'inégalité des armes, qui caractérise initialement la relation des parties, apparaît de ce point de vue mesurée. Reste, évidemment, la possible contestation persistante de l'exercice successif des prérogatives d'enquête, d'assistance et d'observations en justice en soutien du requérant. La mise en œuvre cumulée de ces pouvoirs est certes imposante. Mais elle est exigée par les directives communautaires, soutenue par une habilitation législative expresse, et les deux cours suprêmes françaises n'y voient pas en l'état une menace au procès équitable. Tout au plus gagnerait-elle à être fondée, explicitement, sur la poursuite d'une mission d'intérêt général²⁸¹¹.

776. **Conclusion du Chapitre 2.** À terme, la viabilité de l'action du requérant qui estime avoir subi une discrimination et qui revendique son droit à la non-discrimination est fonction d'un soutien que le droit positif ou la pratique des acteurs du procès peuvent orchestrer. Tel est d'abord le cas lorsque l'indigence de la victime est compensée par un soutien financier afin de lutter contre

²⁸⁰⁹ SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, op. cit., p. 109-110 : « l'exercice au sein d'une même instance des fonctions d'assistance des victimes et de règlement des litiges présente le risque (*sic*) d'un positionnement favorable aux réclamants ». L'auteur ne retient pas en revanche l'hypothèse d'une suppression du mandat de règlement extrajudictionnel des litiges en matière de discrimination. Elle considère nécessaire en alternative de modifier les modalités de présentation des observations en justice. À cette fin, deux propositions cumulatives sont avancées : d'une part, mettre un terme aux auditions de droit lorsque l'institution s'est prononcée en amont dans le cadre extrajudictionnel, sous deux réserves (*i.e.* non-application de cette restriction en cas d'accord exprès des juges et lorsque le Défenseur des droits n'intervient pas pour soutenir les droits du réclamant) ; d'autre part, généraliser les observations en justice aux cas dans lesquels il n'a pas conclu à l'existence d'une discrimination, en appui indirect de la position du mis en cause cette fois. Le Défenseur des droits serait ainsi astreint à un « objectif de révélation de la vérité ». V. p. 529-531. Ces deux propositions nous apparaissent davantage sources de limitation que de protection de la mission de promotion de l'égalité qui est assignée à l'*Equality Body*. Elles ne semblent par ailleurs pas suffisantes pour pouvoir conclure à l'impartialité fonctionnelle de l'*ombudsman* qui procéderait à une médiation ou une transaction pénale.

²⁸¹⁰ Rappelons une fois de plus que, contrairement à la médiation formelle, l'intercession amiable informelle en vue du rapprochement des parties n'exige pas nécessairement une impartialité de l'organisme tiers qui intervient.

²⁸¹¹ De préférence une habilitation légale. En l'état, v. le préambule de la Décision n° 2013-431 du Défenseur des droits portant adoption du code de déontologie de l'institution qui précise qu'elle propose une expertise « au service de l'intérêt général ».

une cause essentielle de non-recours au droit. Tel est encore le cas lorsqu'est visé l'objectif de réduction des délais de traitement contentieux afin d'éviter la résignation liée à l'anticipation des latences dans le processus de règlement du litige. Tel est toujours le cas lorsque le droit prévoit la protection des requérants à l'encontre d'éventuelles représailles pour compenser une inégalité de position caractérisée par leur subordination hiérarchique ou leur dépendance à l'égard du mis en cause. La compensation mesurée de l'inégalité des armes par un soutien en amont et au cours de l'audience se révèle enfin particulièrement utile. Elle mérite d'être maintenue, en dépit des contestations, car les critiques qui la ciblent s'avèrent non rédhibitoires – conduisant tout au plus à une légère adaptation du mandat du Défenseur des droits. De ces facteurs juridiques dépend, pour partie, la réalisation du droit de la non-discrimination.

CONCLUSION DU TITRE 1

777. Si la réalisation du droit de la non-discrimination repose sur l'accessibilité des juridictions, alors une nouvelle explication à l'ineffectivité de ce droit peut être avancée, en complément des piètres qualités légistiques des normes antidiscriminatoires et de l'incohérence du cadre normatif.

778. L'enrichissement progressif du droit positif à mesure de l'institutionnalisation de la lutte contre les discriminations a opportunément permis de développer les modalités de déclenchement de l'action. La multiplication des voies d'action s'inscrit en ce sens. Les nombreux obstacles à l'émergence des signalements, à l'engagement des poursuites ainsi que la politique judiciaire des parquets ou encore l'appréhension restrictive du phénomène discriminatoire devant les juridictions pénales altèrent toutefois leur capacité à offrir une réponse contentieuse adéquate. Les voies civile et administrative se révèlent, certes, plus accessibles, mais impliquent la perte de certains avantages de la voie pénale (*e.g.* bénéfice des prérogatives d'instruction, coûts réduits). Le concours des tiers par l'organisation collective de l'action est dès lors d'autant plus nécessaire. Il demeure pourtant noyauté par de nombreuses conditions de recevabilité (actions de substitution, tierces interventions), dont certaines sont contestables. Il l'est encore en raison de l'aménagement de nouvelles voies d'action qui révèlent une utilité limitée (actions de groupe). Au-delà des voies processuelles, les difficultés rencontrées lors de la conduite de l'action contribuent à freiner l'essor contentieux. Les faibles perspectives de compensation des carences financières des victimes, les projections d'une longue attente en vue du règlement du conflit et la protection perfectible à l'encontre des représailles constituent autant d'explications au phénomène de non-recours au droit. Ce phénomène contribue *in fine* à normaliser les violations de l'interdiction de la discrimination ainsi que l'ineffectivité du droit censé en assurer la crédibilité par l'organisation de la sanction et de la réparation des préjudices engendrés.

779. Considérer ces diverses carences pourrait alors conduire à ajuster le programme de réalisation du droit. Actant l'utilité accessoire de la voie pénale, limitée aux cas les plus graves et les plus médiatiques, le renforcement des voies civile et administrative pourrait être envisagé par l'orientation du mandat du Défenseur des droits vers une fonction d'authentique aide juridique spécialisée dont l'intervention s'inscrirait pleinement en soutien des requérants. Le concours technique et financier de cette aide, à la condition qu'elle soit suffisamment dotée, serait complémentaire à celui de l'aide juridictionnelle, voire à un possible programme de financement des causes types. Un fonds de financement des recours collectifs pourrait dans la même optique être reconsidéré, bien que son utilité soit fonction d'une modification des conditions de

déclenchement et d'acheminement des actions de groupe devant les juridictions, en l'état largement insatisfaisantes. Plus généralement, la libéralisation de l'action de substitution permettrait encore de faciliter la revendication du droit à la non-discrimination et de rompre l'isolement des victimes. Surtout, leur protection pourrait également être favorisée par l'extension du statut de salarié protégé aux travailleurs, publics et privés, engagés au contentieux contre leur employeur pour contester une pratique ou une mesure discriminatoire. Quant au concours que le Défenseur des droits apporte d'ores et déjà aux requérants par ses prérogatives d'enquête et – indirectement – par ses observations en justice, il s'avère indispensable. Son maintien, même dans le cadre d'un mandat précisé, œuvre considérablement à l'élévation du litige dans l'attente de sa résolution.

TITRE 2 : L'EFFICACITÉ DES MÉCANISMES DE RÈGLEMENT DES LITIGES

780. Même lorsque l'accessibilité des juridictions est assurée, notamment grâce à l'existence des voies processuelles et à la prise en compte des difficultés relatives à la conduite de l'action, la réalisation du droit de la non-discrimination n'est pas pour autant accomplie. Elle ne s'épuise pas à travers le seul exercice d'une capacité juridique (*i.e.* la contestation d'une pratique ou mesure discriminatoire). Elle exige encore de régler le litige et de satisfaire la contestation lorsque celle-ci est fondée. C'est ce qui conduit Julien Betaille à avancer que « l'accès à la justice n'est en fait qu'une condition indirecte de l'effectivité. Il ne [la] conditionne [...] que dans la mesure où la réception de la norme par le juge influence directement son effectivité »²⁸¹². Cette influence des juges s'affirme de deux manières. L'interprétation qu'ils retiennent à l'occasion de l'application de la norme à un cas concret est, d'une part, susceptible de conférer à la protection antidiscriminatoire une portée plus ou moins large. Les pouvoirs de sanction dont ils disposent permettent, d'autre part, de créditer cette interprétation d'un caractère contraignant et immédiat²⁸¹³. C'est ici que se loge l'accomplissement de la réalisation du droit par la voie contentieuse.

781. La mise en œuvre de ces prérogatives par les juges n'est toutefois pas exclusivement liée à leur pouvoir décisionnel une fois les juridictions saisies. Elle s'appuie aussi sur la capacité des procédures à faire émerger les termes du litige et à offrir des outils adéquats afin de permettre son règlement. Cet impératif a pu justifier une certaine « reconstruction du traitement contentieux »²⁸¹⁴ de la non-discrimination par l'établissement de procédures *sui generis*, en tenant notamment compte de la « fragilité particulière »²⁸¹⁵ des requérants. En dépit de progrès notables, certains auteurs affirment cependant que « l'administration de la preuve demeure délicate et le contrôle du juge

²⁸¹² BETAILLE, J., *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne*, *op. cit.*, p. 579. Il complète : « la possibilité d'accéder au juge ne constitue qu'une première étape. L'effectivité est surtout influencée par la manière dont le juge reçoit la norme, c'est-à-dire principalement par la manière dont il l'interprète et par l'étendue des pouvoirs dont il dispose pour lui donner effet ». V. encore p. 644.

²⁸¹³ V. not. *idem*, p. 511.

²⁸¹⁴ BRILLAT, M., *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, *op. cit.*, p. 267 : « Mieux définir le concept de discrimination et ses implications ne suffit pas [...]. Puisqu'un droit ne vaut que par les procédures qui permettent de le faire respecter, encore faut-il en reconstruire le traitement contentieux afin de garantir la pleine efficacité du droit à l'égalité ».

²⁸¹⁵ LASSERRE, B. (Vice-président du Conseil d'État), « L'Égalité des citoyens dans la République », Discours prononcé à l'École nationale de la magistrature, 29 novembre 2018, [URL : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/l-egalite-des-citoyens-dans-la-republique>] : « Comme en matière de contentieux sociaux, le juge administratif a tenu compte de la fragilité particulière des personnes invoquant une méconnaissance du principe d'égalité et de non-discrimination pour adapter ses procédures et son office ».

encore imparfait ; l'effectivité des droits est ainsi toute relative »²⁸¹⁶ ; ou encore que l'« efficacité [des] outils traditionnels » du droit de la non-discrimination « semblait bien faible ; sa capacité à transformer le réel bien illusoire »²⁸¹⁷. Ce constat appelle à prolonger la réflexion sur la réalisation du droit de la non-discrimination en questionnant l'utilité des procédures *sui generis*, établies en marge des procédures de droit commun. Initialement envisagées pour stimuler l'émergence ou la résolution des litiges, leur utilité semble contrastée selon les cas envisagés (Chapitre 1). Au-delà des questions procédurales, la résolution du litige repose encore sur la mobilisation par les juges de leurs prérogatives d'interprétation et de sanction qui, le cas échéant, les conduisent à affiner leur contrôle, leur raisonnement et leur décision²⁸¹⁸. C'est alors l'audace – en l'état modérée – dont les juges font preuve dans le déploiement de leurs pouvoirs qui peut, finalement, parfaire la réalisation du droit de la non-discrimination (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'utilité contrastée des procédures sui generis de la non-discrimination

Chapitre 2 : L'audace restreinte des juges de la non-discrimination

²⁸¹⁶ CLUZEL-MÉTAYER, L., « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *loc. cit.*

²⁸¹⁷ ADAM, P., « L'action de groupe discrimination. La prudente audace d'une réforme majeure », *loc. cit.*

²⁸¹⁸ LASSERRE, B. (Vice-président du Conseil d'État), « L'Égalité des citoyens dans la République », *loc. cit.* : « le juge administratif a aussi adapté ses outils et son office au contentieux des discriminations » ; « nous nous donnons les moyens de perfectionner nos outils de contrôle et d'affiner nos raisonnements. Nous le devons à nos concitoyens et, notamment, à tous ceux qui souffrent de discrimination ».

CHAPITRE 1 : L'UTILITÉ CONTRASTÉE DES PROCÉDURES *SUI GENERIS* DE LA NON-DISCRIMINATION

782. Sous l'influence du droit communautaire, le droit français a progressivement instauré des dispositifs procéduraux spécifiques qui tiennent compte des difficultés rencontrées par les victimes et qui ont pour ambition de faciliter l'appréhension des discriminations subies²⁸¹⁹. Ces adaptations furent précisément conduites afin de renforcer l'effectivité du droit. C'est ce que souligne Édouard Dubout lorsqu'il précise que, « en instaurant des règles de procédures nouvelles et propres au contentieux de l'égalité, le droit communautaire augmente d'autant l'effectivité de la protection du principe [de non-discrimination] »²⁸²⁰. *Envisager la réalisation au stade de la production normative invite alors à considérer l'utilité des procédures spécifiques qui régissent les modalités d'émergence ou de résolution du litige.*

783. Au cœur de ces dispositifs *sui generis* se trouve la question de la preuve du caractère discriminatoire de la mesure ou du comportement mis en cause²⁸²¹. La répartition de la charge de la preuve fut notamment aménagée pour « ne pas priver les [...] victimes de discrimination apparente de tout moyen efficace de faire respecter »²⁸²² leurs droits. Cependant, avant de bénéficier de cet aménagement, encore faut-il avoir un accès à la preuve ou du moins à certains éléments de fait susceptibles de laisser supposer l'existence d'une discrimination²⁸²³. Se pose alors la problématique plus générale de l'accès à la preuve et des modes de preuve. Afin de contribuer plus efficacement à l'émergence du litige dans le cadre contentieux, l'adaptation du régime probatoire s'apparente à une riche perspective²⁸²⁴ dont toutes les potentialités n'ont peut-être pas encore été exploitées (Section 2).

²⁸¹⁹ V. ici DUBOUT, É., *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 603 et s.

²⁸²⁰ *Idem*, p. 632.

²⁸²¹ Au-delà de la résolution du litige, il s'agit également, indirectement, de favoriser l'action. En ce sens, FERRÉ, N., « La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme », *op. cit.*, p. 48 : « L'objectif n'est pas seulement d'alléger, sur le plan technique, le fardeau de la preuve pour les victimes. C'est également et de façon incidente de les inciter à agir ».

²⁸²² CJCE, 27 octobre 1993, *Pamela Mary Enderby*, *op. cit.*, pt. 14. V. aussi, CJCE, 17 octobre 1989, *Danfoss*, *op. cit.*, pt. 13.

²⁸²³ LATRAVERSE, S., « France : le jeu des acteurs », *op. cit.*, p. 212 : « pour rendre le droit des discriminations opérationnel en France, non seulement fallait-il construire une adhésion à l'évolution des modes de raisonnement, mais faire reconnaître le droit du demandeur à avoir accès à la preuve en possession de la partie adverse, ainsi que les conséquences que cette évolution induit en termes de capacité professionnelle à construire des stratégies probatoires et d'accès à la preuve ».

²⁸²⁴ MICHAUD, C., « La preuve des discriminations en droit du travail », *op. cit.*, p. 1481 : « L'effectivité même des dispositifs de lutte contre les discriminations semble subordonnée à l'efficacité des règles relatives à la preuve de ces discriminations ». V. encore LATRAVERSE, S., « Tradition française et politique européenne de lutte contre les discriminations », *op. cit.*, p. 99 : « Les règles de preuve en matière civile sont au cœur de cette approche objectiviste, construite au nom de l'efficacité de la lutte contre les discriminations ».

784. Plus accessoirement, la résolution du litige peut également dépendre de la possibilité préalable ou concomitante d'un rapprochement amiable des parties, optique fréquemment considérée comme plus accessible et plus simple que le règlement contentieux. En parallèle des dispositifs de droit commun, un dispositif *sui generis* de médiation a notamment été conçu afin de permettre un règlement amiable des litiges devant le Défenseur des droits. Pour que cette option ne joue pas au détriment de la victime de discrimination, il convient néanmoins de penser avec soin son articulation avec la voie contentieuse. Précisément, cette articulation fait défaut à la médiation institutionnelle spécialisée²⁸²⁵. Le constat de cette lacune invite alors à reconsidérer la fonction, plus adéquate, que peuvent assumer les conciliations et médiations de droit commun, non spécialisées, à l'initiative du juge ou des parties, lorsqu'il est question d'engager un processus formalisé de règlement amiable²⁸²⁶ (Section 1).

Section 1 : Un recours équivoque à la médiation

Section 2 : Un aménagement nécessaire du régime de preuve

²⁸²⁵ MERCAT-BRUNS, M. et PERELMAN, J. (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination : perspectives pluridisciplinaires et comparées, note de synthèse, op. cit.*, p. 11 : « Pour mener une politique antidiscriminatoire, il faudrait une action cohérente, à plusieurs échelles, qui articule les outils propres au contentieux avec le précontentieux et les alternatives au contentieux ».

²⁸²⁶ *Nota bene* : ne sont pas visés ici les « bons offices » et les simples intercessions qui opèrent par une tentative de rapprochement des parties, sans formaliser le processus de règlement amiable.

SECTION 1 : UN RECOURS ÉQUIVOQUE À LA MÉDIATION

785. Lorsque les intérêts respectifs des parties semblent mieux servis par une voie négociée, et sous réserve qu'elles consentent pleinement à s'engager dans une telle démarche, il convient de laisser ouverte une phase de règlement amiable en amont de la procédure contentieuse, voire à tout moment du procès. Conçue en France comme une modalité alternative de résolution des litiges, la médiation doit en partie son succès aux difficultés procédurales qui grèvent le potentiel des voies d'action (*e.g.* lenteur, coût, difficulté de la preuve). Elle s'apparente sous cet angle à une technique de résilience et repose sur un assouplissement des biais procéduraux qui permettent, dans certains cas, d'atteindre plus efficacement l'objectif recherché, à savoir la cessation de la discrimination et la réparation du préjudice subi. Considérée dans le cadre de la revendication du droit à la non-discrimination, l'appréciation positive de sa contribution varie toutefois en fonction des dispositifs envisagés. Il est d'abord possible de relever une contribution limitée de la médiation institutionnelle, *sui generis* et extrajudiciaire, envisagée devant le Défenseur des droits (I). Un recours privilégié à des *médiations*²⁸²⁷ et *conciliations*²⁸²⁸ précontentieuses de droit commun, conventionnelles ou à l'initiative du juge, permet en revanche de conserver les avantages non négligeables de cette procédure tout en comblant les lacunes de son versant institutionnel spécialisé. Complémentaires et non concurrentielles à la voie juridictionnelle, les médiations et conciliations précontentieuses présentent en effet davantage de garanties (II).

I. Les limites de la médiation extrajudiciaire devant le Défenseur des droits

786. La médiation s'est rapidement traduite sous une forme spécialisée dans le paysage de la lutte contre les discriminations en France, d'abord devant la HALDE, puis devant le Défenseur des droits (A). Réputée reposer sur le consensus des parties, cette médiation institutionnelle se trouve

²⁸²⁷ Médiation : « *procédure structurée* dans laquelle le médiateur assiste les parties en vue de parvenir à un accord négocié. La médiation est habituellement un processus volontaire qui débouche sur la signature d'un accord définissant le comportement futur des parties. Le médiateur recourt à une variété de moyens et techniques pour aider les parties à parvenir à un accord mais il n'a pas le pouvoir de décider » (RICHER, L., « Arbitrage et conciliation », *Répertoire de contentieux administratif*, mars 2001 (actualisation avril 2017), § 19 – nous soulignons). Précisément parce qu'il s'agit d'une procédure structurée, nous excluons de la médiation les intercessions ou règlements amiables informels auxquels procède le Défenseur des droits.

²⁸²⁸ Conciliation : « *procédure informelle* dans laquelle un tiers s'efforce d'amener les parties à un accord en apaisant les tensions, en améliorant la communication, *en donnant son interprétation sur les points litigieux, en fournissant une assistance technique*, en recherchant les voies d'un règlement négocié informel » (*ibidem* – nous soulignons). La première différence entre médiation et conciliation repose sur certains aspects procéduraux (v. ci-après pour le CPC) et sur l'aspect plus ou moins formalisé du processus. Une seconde différence est fréquemment avancée et repose sur le degré d'implication du tiers, selon que celui-ci se contente de jouer un rôle d'interface et d'apaisement (médiation) ou s'engage en éclairant la prise de décision et en suggérant l'évolution du processus de règlement amiable (conciliation).

relativement épargnée par la doctrine. Elle mérite pourtant de faire l'objet d'un examen critique en continuité de certains travaux récents, notamment ceux de Sophie Sereno²⁸²⁹, tant sa capacité à servir la revendication du droit à la non-discrimination est limitée par plusieurs de ses caractéristiques (B).

A. La pratique de la médiation institutionnelle et des bons offices

787. Le projet de loi portant création de la HALDE précisait initialement à son article 6 que « la Haute autorité favorise la résolution amiable des différends portés à sa connaissance, par voie de médiation ». Cette mission, alors placée au cœur du mandat de l'institution, fut finalement nuancée à la suite d'un amendement de Julien Dray qui préconisait l'usage d'une formule plus souple (« la Haute autorité peut procéder ou faire procéder à la résolution amiable... »)²⁸³⁰. En tant que modalité de règlement du litige, la médiation constitue, pour l'institution constitutionnelle indépendante, une « démarche naturelle »²⁸³¹ qui « devrait être appelée à se développer encore dans les prochaines années »²⁸³². La promotion de cette voie extrajudiciaire de règlement des conflits apparaît donc souhaitable au Défenseur des droits. Ce dernier indique apprécier tout particulièrement que soit ouverte, devant lui, car elle existait déjà et existe toujours ailleurs, une possibilité d'indemnisation du préjudice lié à une discrimination, indépendamment de l'action contentieuse des parties²⁸³³. Fondée sur l'écoute et le dialogue, la médiation est fréquemment perçue comme moins frontale, plus rapide, moins complexe et moins incertaine que les procédures judiciaires²⁸³⁴, tout en permettant d'effacer la dimension conflictuelle pour « bien faire remonter les responsabilités de chacun »²⁸³⁵.

788. Ce processus de traitement des réclamations s'apparente pour l'institution à un héritage légué principalement par le Médiateur de la République et le Défenseur des enfants. Le Défenseur des

²⁸²⁹ SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 560-589. V. aussi BENICHOUS, S., *Le droit à la non-discrimination « raciale »*, *op. cit.*, p. 393-340 au sujet de l'approche négociée, not. mais pas seulement de la transaction pénale.

²⁸³⁰ Tel que relevé in CHAPPE, V.-A., *L'égalité en procès. Sociologie juridique du recours au droit face à la discrimination au travail*, *op. cit.*, p. 233.

²⁸³¹ DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel 2013*, *op. cit.*, p. 120.

²⁸³² *Idem*, p. 48.

²⁸³³ *Ibidem* : « le règlement amiable permet en particulier l'indemnisation des préjudices liés à une discrimination en évitant aux parties en cause d'avoir à soutenir une action contentieuse ».

²⁸³⁴ SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 578.

²⁸³⁵ ESSOUMA MVOLO, E., *La politique criminelle de lutte contre les discriminations à l'embauche*, *op. cit.*, p. 131. V. encore DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2013*, *op. cit.*, p. 32 ou *Rapport annuel d'activité 2011*, *op. cit.*, p. 28 : « la médiation extrajudiciaire ne devait plus être regardée comme un simple moyen de désengorger les tribunaux, mais, "gagnant ses lettres de noblesse", elle devenait un mode à part entière de règlement des différends, plus consensuel et pacifié. Le Défenseur des droits souscrit au point de vue selon lequel la médiation devrait "être promue comme un mode autonome de résolution des conflits" ».

droits a en effet absorbé lors de sa création deux organismes dont l'objet principal était la médiation institutionnelle²⁸³⁶ en même temps que deux entités de contrôle. Si la médiation était particulièrement sollicitée par le Médiateur de la République et le Défenseur des enfants, elle constituait en revanche un mode d'action peu développé en matière de déontologie des forces de sécurité et de discrimination. La HALDE et la CNDS avaient fait le choix d'y recourir avec une extrême parcimonie²⁸³⁷, qui plus est dans le cadre d'une procédure externalisée et encadrée pour la Haute autorité. Le nouveau mandat consacré dans la loi organique du 29 mars 2011 a invalidé ce « découpage médiation/contrôle »²⁸³⁸ et a aligné les compétences des quatre anciennes institutions administratives indépendantes.

789. La CNCDH avait amplement insisté à cet égard sur la divergence des fonctions assignées aux quatre autorités absorbées. Elle dissociait la fonction de médiation institutionnelle, « permettant de faire prévaloir l'équité ou le bon sens sur le droit » (Médiateur de la République, Défenseur des enfants), et la fonction de contrôle, « visant à assurer la bonne application de la règle de droit »²⁸³⁹ (HALDE, CNDS). En cas de négligence de cette divergence des fonctions, la CNCDH craignait que cela n'aboutisse à des « conséquences négatives du point de vue de l'effectivité de la protection des droits »²⁸⁴⁰. Il est clair à la lueur de ces réticences²⁸⁴¹ que la promotion de la fonction de médiation constitue un enjeu primordial²⁸⁴². Reste à apprécier si le développement de la médiation institutionnelle en matière de discrimination est porteur – ou non

²⁸³⁶ REVILLARD, A., « Une expérience de médiation institutionnelle : le Médiateur de la République », *Informations sociales*, n° 170, 2012/2, p. 140 ou encore REVILLARD, A., « La médiation institutionnelle : un foisonnement de dispositifs », *Informations sociales*, n° 170, 2012/2, p. 144.

²⁸³⁷ En ce sens, v. DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2011*, *op. cit.*, p. 32, SLAMA, S., « Les pouvoirs du Défenseur des droits : une cote mal taillée ? », *RFAP*, 2011/3, p. 469 ou encore COUR DES COMPTES, *Le Défenseur des droits : missions et gestion*, *op. cit.*, p. 34. En matière de déontologie des forces de sécurité, la voie du règlement amiable par le biais des délégués du Défenseur des droits ne semble avoir été véritablement empruntée qu'à compter de 2016. V. en ce sens DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2017*, *op. cit.*, p. 37 : « Après une période d'expérimentation de 18 mois, le dispositif permettant à des délégués territoriaux de traiter par la voie du règlement amiable les saisines mettant en cause les forces de l'ordre et portant sur des refus d'enregistrement de plaintes ou des propos déplacés, s'est révélé concluant de l'avis de l'ensemble des personnes concernées, aussi bien délégués, représentants des forces de l'ordre que réclamants. Il a donc été décidé de pérenniser ce dispositif et d'augmenter le nombre de délégués chargés de traiter ce type de dossiers à compter du 1^{er} avril 2017. [...] ce dispositif permet, pour la première fois, de traiter par la voie du règlement amiable des saisines du Défenseur des droits relevant de la déontologie de la sécurité ».

²⁸³⁸ SENGHOR, R., « Les grands chantiers du Défenseur des droits », *RFAP*, n° 139, 2011/3, p. 712.

²⁸³⁹ TEITGEN-COLLY, C., « La CNCDH et la création du Défenseur des droits », *RFAP*, n° 139, 2011/3, p. 416.

²⁸⁴⁰ *Ibidem*.

²⁸⁴¹ Ces réticences sont également évoquées par le Défenseur des droits qui rapporte de nombreuses inquiétudes liées « au risque que, pour les mêmes motifs, la culture de la "médiation" et du "règlement amiable" l'emporte sur la culture de "contrôle" plus offensive, incarnée par la HALDE et la CNDS » (DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2013*, *op. cit.*, p. 183).

²⁸⁴² LÖHRER, D., *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, *op. cit.*, p. 525 : « de cette différence de culture résultent des approches nécessairement distinctes de leur fonction de protection des droits et libertés, ne serait-ce que du point de vue des logiques d'intervention privilégiées. [...] Désormais réunies au sein d'une seule et même structure [*i.e.* le Défenseur des droits], ces deux conceptions [*i.e.* médiation et contrôle], potentiellement antinomiques, de la garantie des droits sont susceptibles de se neutraliser et, par là même, de desservir la mission confiée au nouveau Défenseur ».

– d’externalités négatives qui se répercutent sur la garantie et la protection des droits, confirmant – ou infirmant – les craintes esquissées ci-dessus.

790. En dépit de l’engouement récurrent pour la dimension pédagogique de la médiation, perçue comme constructive et émancipée des lourdeurs juridictionnelles, il importe en premier lieu d’en relativiser considérablement l’importance quantitative. La HALDE n’avait ainsi assuré que trente-trois médiations en 2006, quarante-neuf en 2007, quarante-deux en 2008 et seulement dix-neuf en 2009 et 2010²⁸⁴³. Ce chiffre, qui ne tient pas compte des nombreuses intercessions amiables informelles auxquels procède l’institution, demeura en moyenne aussi faible par la suite avec onze médiations en 2011, huit en 2012, vingt-trois en 2013, trente-trois en 2014, soixante-huit en 2015²⁸⁴⁴ puis seize en 2016. Il est donc possible de s’interroger sur la pertinence et l’opportunité d’une voie de recours alternative, extrajudiciaire et non suspensive des délais contentieux, qui n’est guère empruntée et représentait entre 5 et 15 % seulement des délibérations annuelles de la HALDE²⁸⁴⁵. La médiation ne représentait en 2013 que 2 % des décisions soumises à l’avis du collège pour le Défenseur des droits – contre 33 % pour les observations en justice et 46 % pour les recommandations²⁸⁴⁶. Le taux de réussite est par ailleurs relativement faible considérant que les propositions de médiation de la HALDE n’ont été suivies que dans 57 % des cas selon Isabelle Carles²⁸⁴⁷. Le recours à la médiation institutionnelle peut alors difficilement être considéré, d’un point de vue quantitatif, comme une voie privilégiée de réalisation du droit.

791. En parallèle des médiations, se développent surtout depuis 2007 des conciliations amiables (*i.e.* intercessions informelles) menées localement par les délégués du Défenseur des droits²⁸⁴⁸, désignées par les termes de « bons offices »²⁸⁴⁹. Cette tâche est formalisée par la délibération 2007-99 du collège de la HALDE²⁸⁵⁰ qui invite les délégués à trouver une solution permettant de traiter

²⁸⁴³ V. HALDE, *Rapport annuel 2010*, *op. cit.*, p. 29. V. encore FERRAND, I., « La Halde : bilan et perspectives. Entretien avec Luc Ferrand, directeur des affaires juridiques de la Halde », *loc. cit.*

²⁸⁴⁴ V. les rapports annuels du DÉFENSEUR DES DROITS, not. *Rapport annuel 2013*, p. 52. V. CARLES, I., « Le Défenseur des droits et les acteurs juridictionnels de la lutte contre les discriminations : quelle complémentarité possible ? », *op. cit.*, p. 367.

²⁸⁴⁵ Entre 2005 et 2010. V. CHAPPE, V-A., *L’égalité en procès. Sociologie juridique du recours au droit face à la discrimination au travail*, *op. cit.*, p. 234.

²⁸⁴⁶ DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d’activité 2013*, *op. cit.*, p. 15.

²⁸⁴⁷ CARLES, I., « Le Défenseur des droits et les acteurs juridictionnels de la lutte contre les discriminations : quelle complémentarité possible ? », *op. cit.*, p. 372, note 1. V. aussi HALDE, *Rapport annuel 2009*, *op. cit.*, p. 22. L’auteure souligne à juste titre la difficulté à identifier le recours à ces médiations dans les rapports annuels à partir de 2010.

²⁸⁴⁸ En 2018, ces derniers ont reçu 1 636 réclamations en matière de discrimination. V. DÉFENSEUR DES DROITS, *Les délégués du Défenseur des droits*, Paris, Défenseur des droits, 2019, p. 9.

²⁸⁴⁹ Sur le recours à cette distinction, v. aussi SERENO, S., *Le défenseur des droits et les discriminations dans l’emploi*, *op. cit.*, p. 562. Sur le contenu de ces bons offices, v. not. QUERNEZ, E., « La fabrique de la lutte contre les discriminations », *op. cit.*, p. 103-128.

²⁸⁵⁰ Art. 2 de la délibération n° 2007-99 du 23 avril 2007 portant décision relative à la mise en place de correspondants locaux de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l’égalité, NOR : *MESN0710705X* : « Les missions et activités des correspondants locaux de la HALDE sont les suivantes : [...] contribuer, à trouver toute solution

une discrimination alléguée dès lors que celle-ci ne mérite pas une instruction approfondie par le siège parisien, au sein duquel les juristes peuvent eux aussi procéder à des intercessions amiables informelles. À cette habilitation s'ajoutent trois dynamiques qui soutiennent le développement des bons offices : les limites logistiques du siège parisien face à l'augmentation des réclamations, ce qui débouche sur une délégation plus poussée ; la volonté des délégués d'échapper à la « tutelle pesante »²⁸⁵¹ du siège pour apporter des réponses concrètes et rapides aux réclamants²⁸⁵² ; ainsi que la transmission des dossiers « mixtes » (*i.e.* discriminations et services publics, discriminations et enfance) aux pôles « services publics » et « enfance » à compter de 2010, plus favorables que les pôles « discrimination » aux médiations et bons offices²⁸⁵³.

792. Cette réponse permet une certaine rapidité et se fonde sur la volonté de satisfaction de la « clientèle »²⁸⁵⁴ de l'institution qui estime que sa « vocation est d'ailleurs de favoriser une approche non contentieuse dans la mesure où celle-ci apparaît, pour le réclamant, la voie la plus satisfaisante »²⁸⁵⁵. Cette approche contribue faiblement en revanche à la réduction du poids systémique des discriminations et aux avancées du droit en comparaison de la résolution contentieuse et des observations en justice. Comme l'explicitent certains témoignages recueillis par Vincent-Arnaud Chappe, c'est une logique de résultats immédiats qui est privilégiée, fondée sur la cessation du manquement dans un cas concret, peu importe le moyen²⁸⁵⁶. Indépendamment des conséquences collatérales (*e.g.* déjudiciarisation, autorité non juridictionnelle chargée de la détermination substantielle – non normative – du principe d'égalité par l'application du droit de la

permettant de traiter une réclamation, fondée sur une discrimination alléguée lorsque celle-ci ne paraît pas, selon la direction des affaires juridiques de la HALDE, justifier une instruction préalable ».

²⁸⁵¹ CHAPPE, V-A., *L'égalité en procès. Sociologie juridique du recours au droit face à la discrimination au travail*, *op. cit.*, p. 262-267.

²⁸⁵² QUERNEZ, E., « La fabrique de la lutte contre les discriminations », *op. cit.*, p. 121.

²⁸⁵³ DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2011*, *op. cit.*, p. 103. La dénomination des pôles a depuis évolué.

²⁸⁵⁴ SCHWEITZER, L., *Les discriminations en France*, *op. cit.*, p. 38

²⁸⁵⁵ DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2015*, *op. cit.*, p. 34. La médiation et l'intercession amiable peuvent aussi présenter l'avantage de la réduction du nombre de dossiers qui nécessitent un long travail d'enquête en vue de l'éventuelle présentation d'observations devant les juridictions. L'efficacité permet, le cas échéant, de consacrer en compensation davantage de moyens aux dossiers complexes ou aux dossiers les plus anciens (en ce sens, v. COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Rapport annuel 2004-2005*, *op. cit.*, p. 13). Le Défenseur des droits semble également privilégier le recours à la médiation comme issue des dossiers ayant fait l'objet d'une instruction. En ce sens, v. LATRAVERSE, S., « La lutte contre les discriminations au travail par le Défenseur des droits », *loc. cit.* : « À l'issue de son instruction, le Défenseur des droits privilégie le règlement amiable pour résoudre les situations dont il est saisi » ; « Lorsque la voie du règlement amiable n'est pas opportune ou ne porte pas ses fruits, il peut adopter une décision formelle par laquelle il formule des recommandations individuelles ou générales, pour résoudre un problème, demander la mise en œuvre de mesures collectives ou encore l'évolution des pratiques ».

²⁸⁵⁶ CHAPPE, V-A., *L'égalité en procès. Sociologie juridique du recours au droit face à la discrimination au travail*, *op. cit.*, p. 264 : « Quel est l'objectif principal ? C'est réparer le préjudice du réclamant et, dans la mesure du possible, le faire rentrer dans ses droits. À la limite, les moyens pour y parvenir m'importent peu. Si j'arrive à le faire de façon locale et rapide par le biais des bons offices, c'est cette voie que je privilégie tout de suite ».

non-discrimination²⁸⁵⁷), les conséquences directes de la médiation institutionnelle et des intercessions amiables informelles méritent d'être questionnées.

B. Les rapports ambivalents de la médiation institutionnelle et des bons offices à l'effectivité du droit commun

793. Pour apprécier l'opportunité des médiations et intercessions amiables informelles, il semble indispensable de questionner les motifs du recours à ces modes alternatifs de règlement des litiges. Louis Schweitzer, ancien président de la HALDE, considérait à cet égard qu'ils sont particulièrement utiles pour les dossiers « où le réclamant ne souhaite pas un conflit direct avec le mis en cause », notamment « en matière d'emploi, soit parce que le réclamant souhaite obtenir un poste, soit parce qu'il souhaite bénéficier d'avantages dont il s'estimait lésé (avancement, hausse de salaire, etc.) »²⁸⁵⁸. Cette position était relayée par les documents officiels de l'institution, selon lesquels une « majorité de ces médiations vise en effet à *permettre aux victimes de rester dans leur emploi* tout en assurant la réparation du préjudice subi »²⁸⁵⁹. Elle est confirmée par l'analyse de certains auteurs²⁸⁶⁰ et des modes d'action des délégués locaux de l'institution²⁸⁶¹. La médiation et l'intercession amiable sont, en d'autres termes, considérées comme opportunes lorsque le salarié, placé en situation de subordination hiérarchique ou de dépendance, craint des actes de représailles subséquents à la contestation du traitement discriminatoire infligé. Au lieu de la combattre, un tel raisonnement semble intégrer l'ineffectivité du régime légal de protection à l'encontre des rétorsions, qui dicte une modalité plus douce de règlement du litige, potentiellement moins par choix que par défaut de protection juridique effective. Ce raisonnement serait aussi caractéristique d'une stratégie syndicale au nom de la priorité du maintien dans l'emploi²⁸⁶². Dans ce cas précis, la pleine application du droit et la garantie d'un droit d'ester en justice au salarié qui s'estime

²⁸⁵⁷ Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, I, B et II, B.

²⁸⁵⁸ SCHWEITZER, L., *Les discriminations en France*, *op. cit.*, p. 63.

²⁸⁵⁹ HALDE, *Rapport annuel 2010*, *op. cit.*, p. 29 (nous soulignons).

²⁸⁶⁰ Not. SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 578-579, not. : « il arrive que le travailleur refuse d'entrer directement en conflit pour ne pas voir une collaboration actuelle ou future altérée. L'institution tente alors de rapprocher les parties afin de rétablir le dialogue entre elles » ; « assurément, la recherche de consensualisme et de pacification des relations professionnelles est louable, mais elle peut conduire à un traitement parallèle des conflits, déconnecté de l'action en justice ».

²⁸⁶¹ CHAPPE, V-A. et QUERNEZ, E., « La lutte contre les discriminations, entre droit imposé et droit négocié. Analyse des interactions au sein des permanences locales de la Halde », *op. cit.*, p. 139 : « La fenêtre d'une intervention du correspondant local au titre de la mission de bons offices s'ouvre donc lorsque le réclamant dispose à la fois d'éléments matériels générant un doute sur le plan juridique et d'un statut (un contrat de travail, le plus souvent) dont le litige risque de le priver » (nous soulignons).

²⁸⁶² MERCAT-BRUNS, M. et PERELMAN, J. (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination*, *op. cit.*, p. 40 : « les syndicats privilégient majoritairement le maintien en emploi et donc la médiation ». V. encore p. 170 : « les recours juridiques ne sont jugés légitimes que pour les cas considérés comme extrêmes et sans possibilité de médiation ou de maintien dans l'emploi ».

discriminé lorsque celui-ci souhaite emprunter une voie contentieuse pourraient sembler préférables. Si la crainte de représailles et l'ineffectivité du régime légal de protection prévu à cet effet motivent le recours à la médiation ou à l'intercession amiable informelle, cela souligne l'importance de miser en priorité sur la réalisation de ce régime²⁸⁶³, le cas échéant par l'extension du statut de salarié protégé²⁸⁶⁴.

794. L'ancien directeur de la HALDE considérait en continuité que la voie amiable était également une réponse propice « pour les dossiers qui mettent en évidence une différence de traitement mais pas d'intentionnalité »²⁸⁶⁵. Richard Senghor, secrétaire général du Défenseur des droits, reconnaissait à son tour cette adéquation de la médiation lorsque la discrimination relève « de l'erreur, de l'incompréhension, ou encore de la défaillance » du mis en cause²⁸⁶⁶. Les entretiens réalisés par Vincent-Arnaud Chappe tendent à confirmer ces déclarations dans la mesure où les bons offices pratiqués au niveau local trouvent à s'appliquer pour résoudre à l'amiable des comportements discriminatoires, soit involontaires, soit commis en raison d'une méconnaissance des dispositions légales²⁸⁶⁷. Il s'agit de « trouver des solutions amiables dans des situations où la discrimination est considérée comme évidente, mais également comme relevant plus d'une méconnaissance du droit que d'une volonté discriminante moralement condamnable »²⁸⁶⁸. L'analyse détaillée de Sophie Sereno confirme également cette dimension²⁸⁶⁹. L'absence supposée d'intentionnalité et la méconnaissance du droit se muent alors en motifs légitimes de déjudiciarisation, véhiculant l'idée que seule la discrimination moralement condamnable (*i.e.* intentionnelle, voire malveillante) mérite d'être portée devant les juridictions.

795. Comme le résume une déléguée du Défenseur des droits établie au sein d'une permanence parisienne, dont les propos sont relayés par Vincent-Arnaud Chappe : « Il y a des gens qui se plaignent de discrimination, il y a une réelle discrimination, c'est pas pour autant que le mis en cause

²⁸⁶³ Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, I.

²⁸⁶⁴ Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, I, B, 2).

²⁸⁶⁵ SCHWEITZER, L., *Les discriminations en France*, *op. cit.*, p. 63.

²⁸⁶⁶ SENGHOR, R., « Les grands chantiers du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 512.

²⁸⁶⁷ V. ici les entretiens conduits par Vincent-Arnaud Chappe dans sa thèse de doctorat *in* CHAPPE, V-A., *L'égalité en procès. Sociologie juridique du recours au droit face à la discrimination au travail*, *op. cit.*, et not. p. 261-262 : « "on va tenter de résoudre à l'amiable le différend, [...] on leur demande de se rapprocher des parties mises en cause, et soit faire de la sensibilisation et de l'information lorsqu'on constate que finalement les mis en cause méconnaissent le dispositif législatif, et c'est le cas en matière de droit des personnes handicapées. Les employeurs méconnaissent leurs obligations d'aménagement de poste, méconnaissent aussi les dispositifs qui leur permettent d'avoir un financement de l'aménagement du poste de leur salarié handicapé. Que ce soit aussi les bailleurs qui méconnaissent leurs devoirs d'aménagement des locaux d'habitation en faveur des locataires handicapés" [entretien avec une juriste de la HALDE, en charge des relations avec les correspondants locaux] ».

²⁸⁶⁸ *Idem*, p. 262.

²⁸⁶⁹ SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 578-579, not. « Ce mode alternatif de règlement des litiges s'avère particulièrement adapté pour résoudre les discriminations "nées d'une ignorance du cadre juridique en vigueur" » (se référant à DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2013*, *op. cit.*, p. 52).

est complètement fautif. Enfin vous voyez ce que je veux dire ? Il peut être ignorant. [...] Il y en a un qui a senti une discrimination, et ça peut en être une, on peut la qualifier de discrimination, mais l'autre n'a pas forcément fait exprès. Et donc, il n'a pas fait exprès, dans notre mission de bons offices nous on est chargés d'expliquer ça aux entreprises »²⁸⁷⁰. La doctrine a parfois relayé de telles positions²⁸⁷¹. S'il est indiscutablement nécessaire d'organiser la proportionnalité des réponses aux actes discriminatoires, la circonspection est de mise lorsque le procédé consistant à justifier le recours à la médiation ou à l'intercession amiable informelle est irrigué par les arguments qui caractérisent la scission entre, d'une part, le droit pénal, fondé sur la sanction et l'intentionnalité, et, d'autre part, le droit du travail, le droit civil et le droit administratif, fondés sur les logiques de responsabilité et de réparation. Pour quel motif existerait-il un nivellement par le bas en matière de discrimination avec des juridictions civiles, administratives et prud'homales chargées de la fonction pénale et une médiation extrajudiciaire *sui generis* ayant pour fonction de répondre aux discriminations non malveillantes²⁸⁷² ?

796. Au-delà des motifs du recours à la médiation institutionnelle spécialisée et de ses effets parfois pernicieux²⁸⁷³, des inquiétudes subsistent concernant ses modalités de mise en œuvre. Comme le souligne Michèle Guillaume-Hofnung, la médiation exige d'être conduite par un tiers, sans pouvoir, neutre, impartial et indépendant²⁸⁷⁴. Au regard de ces seuls critères, l'auteure considère que la plupart des médiateurs institutionnels sont à cet égard défaillants²⁸⁷⁵. Quant au cas spécifique du Défenseur des droits, si son indépendance est hors de cause²⁸⁷⁶, il n'est définitivement pas sans pouvoir. Reste surtout la question de sa neutralité et de son impartialité déjà largement évoquées dans cette étude²⁸⁷⁷. La HALDE n'assurait pas la médiation en interne mais sollicitait l'intervention de professionnels (*e.g.* avocats en activité ou à la retraite) rémunérés – par elle – à

²⁸⁷⁰ CHAPPE, V-A., *L'égalité en procès. Sociologie juridique du recours au droit face à la discrimination au travail*, *op. cit.*, p. 264.

²⁸⁷¹ En ce sens, v. ESSOUMA MVOLO, E., *La politique criminelle de lutte contre les discriminations à l'embauche*, *op. cit.*, p. 131 : « les sanctions juridiques sont efficaces dans les cas où la discrimination indexée est volontaire et récurrente. Au contraire, la médiation [...] peut être préférable pour les personnes qui ont commis des discriminations sans en avoir conscience et qui n'ont pas enfreint délibérément la loi [...]. Il en ressort donc une idée de proportionnalité fonction de l'intention de discriminer du mis en cause ».

²⁸⁷² Sur ce point, v. le propos de David Oppenheimer associant cette médiation à une perspective politique aux États-Unis des années 1940 à 1960, soutenue par certains Républicains pour assurer l'effectivité du droit de la non-discrimination (*in* MERCAT-BRUNS, M., *Discrimination at Work*, *op. cit.*, p. 48).

²⁸⁷³ Sur les modalités de déclenchement de la médiation, v. not. SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 563-565.

²⁸⁷⁴ GUILLAUME-HOFNUNG, M., *La médiation*, Paris, PUF, 1995, p. 109

²⁸⁷⁵ *Ibidem*. C'est également le constat du Conseil d'État dans son étude de 2010 : CONSEIL D'ÉTAT, *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 29 juillet 2010, Paris, Direction de l'information légale et administrative, 2010. Les instances non juridictionnelles n'ont certes pas à se conformer aux exigences dérivées du procès équitable en dehors du cadre des procédures de sanction (CE, *Didier*, 3 décembre 1999, n° 207434, *Lebon*). Une certaine impartialité de principe reste en revanche de mise lors du processus de médiation.

²⁸⁷⁶ Not. sur ce point SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 88-97.

²⁸⁷⁷ Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, II, A. V. encore Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, II, B, not. 2).

cette fin²⁸⁷⁸. Sur ce point, la lettre de la loi organique du 29 mars 2011 est plus restreinte que celle de la loi du 30 décembre 2004. Si la HALDE pouvait « procéder ou *faire procéder* à la résolution amiable des différends »²⁸⁷⁹, le Défenseur des droits ne peut que « procéder à la résolution amiable des différends portés à sa connaissance, par voie de médiation »²⁸⁸⁰. Il n'est plus question de recourir à un médiateur externe²⁸⁸¹, dont l'activité est régie par les articles 28 et 29 du décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 (extériorité du médiateur, expérience de la médiation, indépendance)²⁸⁸², mais de solliciter son personnel propre²⁸⁸³, notamment les agents qui œuvraient préalablement au sein du Médiateur de la République²⁸⁸⁴ ou, plus simplement, les juristes employés dans le cadre des différents pôles d'activité de l'institution²⁸⁸⁵. En somme, pour reprendre les termes de Christine Jouhannaud, alors directrice du département protection sociale, travail et emploi et cheffe du pôle emploi public, si la HALDE « initiait de la *vraie médiation* au sens où elle s'assurait le concours d'un médiateur externe, souvent un avocat, qui réunissait les parties pour trouver une solution au litige », le Défenseur des droits, lui²⁸⁸⁶, « ne fait peut-être pas de la médiation au sens du Code civil, mais il

²⁸⁷⁸ HALDE, *Rapport annuel 2009*, *op. cit.*, p. 26 et SCHWEITZER, L., *Les discriminations en France*, *op. cit.*, p. 63.

²⁸⁷⁹ Art. 7 de la loi du 30 décembre 2004 (nous soulignons).

²⁸⁸⁰ Art. 26 de la loi organique du 29 mars 2011.

²⁸⁸¹ Pour davantage de détails sur la procédure mise en place, v. SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 566-568.

²⁸⁸² Art. 28 : « En vue de parvenir à une résolution amiable des différends portés à sa connaissance, la haute autorité peut, après avoir recueilli l'accord des personnes en cause, désigner un médiateur afin de les entendre et de confronter leurs points de vue. Elle fixe la durée de la médiation qui ne peut excéder trois mois, renouvelable une fois à la demande du médiateur. Le médiateur convoque les personnes en cause. Il peut, avec l'accord des parties, entendre les tiers qui y consentent. Il peut être mis fin à la médiation à tout moment sur demande d'une partie ou à l'initiative du médiateur. À l'expiration de sa mission, le médiateur informe la haute autorité de ce que les personnes sont ou non parvenues à trouver une solution au conflit qui les oppose ». Art. 29 : « La personne qui assure l'exécution de la mesure de médiation doit satisfaire aux conditions suivantes : 1° Ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnées sur le bulletin n° 2 du casier judiciaire ; 2° N'avoir pas été l'auteur de faits contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, radiation, révocation, de retrait d'agrément ou d'autorisation ; 3° Posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du différend ; 4° Justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation ; 5° Présenter les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de cette médiation ».

²⁸⁸³ SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 560-561 : « Si la haute autorité avait établi une "méthodologie spécifique", cette dernière ne s'appliquait pas aux règlements informels qui représentaient déjà la majeure partie des résolutions réalisées. Ultérieurement, cette réglementation n'a pas été *a priori* reprise par le Défenseur des droits au sein duquel les procédés informels ont pris le pas sur la médiation légalement instituée, notamment en raison du délai important de traitement des réclamations par ses services juridiques. Cette circonstance participe à l'insaisissabilité du phénomène ». Pour l'auteure, « il est regrettable que cette pratique d'externalisation n'ait pas perdu sous l'égide du Défenseur des droits » (p. 566).

²⁸⁸⁴ SLAMA, S., « Le Défenseur des droits : une cote mal taillée », *op. cit.*, p. 469.

²⁸⁸⁵ SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 571 : le Défenseur des droits « [tend] à généraliser le règlement amiable en interne par l'intermédiaire de ses membres ».

²⁸⁸⁶ V. not. les conclusions étayées de l'auteure *in idem*, p. 563 (l'objet de la médiation institutionnelle « interroge sur le risque d'une altération de la neutralité du Défenseur des droits (condition pourtant inhérente à toute médiation) au profit de la défense des droits des victimes de discrimination » ; ce qui renforce « le risque d'une médiation orientée »), p. 564 (« le recours à une résolution amiable atteste, en lui-même, d'une prise de position » ; « un tel procédé est susceptible d'entacher l'exigence de neutralité associée à toute médiation ») ou encore p. 568. V. aussi p. 570 : « Aussi peut-on douter que ce procédé réalisé en interne réponde effectivement à l'exigence de neutralité s'agissant de la posture du médiateur ». Sur la mise en lumière de l'aspect directif de ce processus v. p. 576-579. Concernant les répercussions d'un processus en partie biaisé sur la valeur du consentement du mis en cause qui accepte de s'engager

a mis en place une médiation qui lui est propre, non formalisée »²⁸⁸⁷. Le déclenchement de ce processus repose fréquemment sur un travail de préqualification des faits qui, comme le souligne Sophie Sereno, révèle non seulement une prise de position, mais également un processus orienté et une absence d'impartialité suffisante²⁸⁸⁸. Une nouvelle limite vient s'ajouter à celles soulignées ci-dessus, cette fois en raison de l'entorse faite à l'exigence d'impartialité – au moins apparente – objective (*i.e.* fonctionnelle) et subjective (*i.e.* personnelle).

797. Autre problématique : le règlement amiable des conflits n'a pas toujours été en mesure de s'inscrire dans une logique de correction des pratiques discriminatoires. Un exemple relaté par Louis Schweitzer est à cet égard évocateur. Il s'agissait d'un cas de discrimination à l'encontre d'un agent de l'administration pénitentiaire qui avait vu sa demande de mutation à la Réunion refusée en raison de son origine métropolitaine. La pratique réservait en effet de manière systématique les postes à pourvoir aux seuls Domiens et non aux Français nés en métropole. Après que la HALDE a demandé que lui soient transmises plusieurs pièces justificatives afin de documenter cette pratique, l'administration pénitentiaire a réexaminé sa demande, a accordé la mutation au réclamant et le dossier fut clos au titre du règlement amiable, peu important que subsiste cette pratique de discrimination au-delà du seul cas confié à la HALDE²⁸⁸⁹. En dépit d'une solution dont la portée serait nécessairement *inter pares*, il apparaît utile de développer dans ces circonstances des règlements qui incluent des remèdes systémiques ou mesures d'intérêt public (*e.g.* expertise et évaluation des pratiques, développement de politiques internes antidiscriminatoires, mesures de publicité)²⁸⁹⁰, notamment en cas de discrimination indirecte ou de pratiques systémiques. Ce constat vaut tant à l'égard des jugements que des médiations institutionnelles.

798. La médiation institutionnelle spécialisée organise enfin une dérivation du contentieux, au détriment de la primauté de la voie juridictionnelle²⁸⁹¹. Certes, le processus est parfois considéré comme permettant au mis en cause d'engager la réparation adéquate de la victime dans des

sur la voie du règlement amiable institutionnel, v. p. 583-585. Sur les entorses à la confidentialité du processus de médiation, v. p. 586-587.

²⁸⁸⁷ JOUHANNAUD, C., DU QUELLENNEC, A., PEREZ, M. et MINONZIO, J., « Le Défenseur des droits, un acteur clé dans la défense et la promotion des droits sociaux », *op. cit.*, p. 106.

²⁸⁸⁸ COUR EDH, ch., 1^{er} octobre 1982, *Piersack c. Belgique*, *op. cit.*, § 30.

²⁸⁸⁹ SCHWEITZER, L., *Les discriminations en France*, *op. cit.*, p. 60.

²⁸⁹⁰ V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, II.

²⁸⁹¹ Soulignons ici l'aspect extrajudiciaire de la médiation et les répercussions de l'absence de suspension des délais de recours contentieux de la saisine du Défenseur des droits. V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, II, A, 2). V. sur cet aspect concurrentiel SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 580 : « Ce constat interroge sur l'existence d'une concurrence – fût-elle indirecte – aux juges. La primauté des juridictions est alors susceptible d'être contournée, voire directement altérée par ce mode alternatif de résolution des différends ». V. aussi LÖHRER, D., « La fonction d'aide à l'accès au juge du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 189 : « l'autorité juridictionnelle se présente en effet de prime abord comme une voie de contournement du juge ». V. encore MERCAT-BRUNS, M. et PERELMAN, J. (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination*, *op. cit.*, p. 180 : « l'usage de la médiation est davantage pensé comme une alternative au contentieux que comme son complément ».

conditions plus sereines après avoir réalisé la gravité des effets de son geste. Cela peut suffire dans certains cas. Comme le souligne Vincent-Arnaud Chappe, il paraît néanmoins « très naïf de penser que cela est possible en dehors de la menace du droit, comme si la discrimination n'était qu'une simple ignorance et que sa révélation entraînerait le repentir du coupable »²⁸⁹². Pointant les causalités profondes – et les rationalités ou rentabilités possibles – de ces actes dans le cadre de l'emploi, il poursuivait : « sans nier l'existence d'un sens moral des acteurs économiques, il faut prendre en compte le fait que la discrimination est largement encadrée dans une raison économique » et, par conséquent, « la simple prise de conscience ne suffit pas pour enclencher la réparation : elle doit être produite par des dispositifs légaux, juridictionnels ou non, mais qui s'appuient sur la force et la légitimité de la cité civique »²⁸⁹³. Cette perspective pourrait notamment conduire à insister, en alternative à la médiation institutionnelle *sui generis*, sur des modes alternatifs de règlement des litiges de droit commun. Ces derniers permettent une meilleure complémentarité avec la phase contentieuse²⁸⁹⁴.

II. Le rapprochement des modes alternatifs de règlement des litiges et de la phase contentieuse

799. Si sa « finalité restauratrice » peut paraître louable, la médiation institutionnelle devant le Défenseur des droits « suscite des réserves »²⁸⁹⁵ d'ampleur. Sans remettre en cause le principe et les bénéfices potentiels de la médiation, les carences constatées invitent à penser le passage de la dérivation du contentieux à la réconciliation des modes de règlement du litige. L'articulation de la médiation et de la voie juridictionnelle pourrait à cet égard privilégier la complémentarité (A). Il convient notamment de ne pas négliger une déclinaison essentielle de la résolution amiable, envisageable à droit constant mais peu mobilisée, à savoir la conciliation et la médiation de droit commun, à l'initiative des parties ou du juge (B).

²⁸⁹² CHAPPE, V.-A., *L'égalité en procès. Sociologie juridique du recours au droit face à la discrimination au travail*, *op. cit.*, p. 607.

²⁸⁹³ *Ibidem*.

²⁸⁹⁴ MARLY, P.-G., « Les obstacles à la médiation », *Gaz. Pal.*, n° 253, 2013, p. 10 et s. : « il importe également de présenter la médiation, non comme un succédané de justice étatique, un moyen de désengorger les tribunaux, mais comme un mode spécifique de justice. Cette spécificité ne doit cependant pas insinuer une opposition entre le procès et la médiation. Œuvres de justice, ils poursuivent la même fin, le règlement d'un litige, et ne diffèrent que par les moyens d'y parvenir. [...] Au bilan, le choix entre ces deux formes de justice ne devrait plus s'autoriser d'une prétendue supériorité de l'une sur l'autre, mais sur des considérations objectives comme, notamment, la nature du litige en cause. Il nous reste, avec l'appui des pouvoirs publics, à promouvoir ces considérations pour espérer une coexistence plus harmonieuse et efficace entre procès et médiation ».

²⁸⁹⁵ SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 576.

A. La complémentarité de la médiation et de la voie contentieuse

800. Le défaut principal de la médiation institutionnelle est d'être conçue sous les traits d'un instrument concurrentiel au contentieux et non comme son complément utile. Ce constat s'avère problématique au regard de la difficulté à développer pleinement le contentieux de la non-discrimination (mobilisation partielle des motifs de discrimination²⁸⁹⁶, familiarisation limitée des juridictions aux spécificités de la non-discrimination, absence de traitement contentieux de certains types de discrimination). La médiation institutionnelle contribue par ailleurs à renforcer le manque de crédibilité du droit, dans certains cas, lorsque son déclenchement est motivé par l'ineffectivité du dispositif légal de protection à l'encontre des représailles, l'absence d'intentionnalité, ou encore lorsque la sollicitation de ce mode de règlement du litige complexifie un éventuel recours contentieux subséquent. Le risque est alors que, en bout de course, « ce manque de crédibilité du droit de la non-discrimination incite [...] à dire que la médiation [...] devrait primer sur le contentieux »²⁸⁹⁷. D'autres options telles que la conciliation et la médiation judiciaires sont reléguées à de simples « itinéraires *bis* »²⁸⁹⁸, en parallèle de la médiation institutionnelle, alors qu'elles pourraient plus sûrement prétendre jouer un rôle de premier plan. Elles possèdent le mérite de rétablir le caractère complémentaire du règlement amiable vis-à-vis du traitement contentieux en venant s'y greffer, et non en le contournant²⁸⁹⁹.

801. Lorsque la voie amiable est empruntée par les parties, ses intérêts premiers résident dans sa démarche consensuelle²⁹⁰⁰ et dans sa rapidité²⁹⁰¹. Ces aspects peuvent être préservés tout en comblant simultanément les carences du dispositif envisagé ci-dessus. Dans la droite ligne de l'article 8 de la directive 2008/52/CE (« Les États membres veillent à ce que les parties qui choisissent la médiation pour tenter de résoudre un litige ne soient pas empêchées par la suite d'entamer une procédure judiciaire [...] concernant ce litige du fait de l'expiration des délais de

²⁸⁹⁶ En ce sens, v. MERCAT-BRUNS, M., « Les différentes figures de la discrimination au travail : quelle cohérence ? », *loc. cit.* : « les contentieux sont nombreux sur la discrimination syndicale par rapport aux autres critères » ; « la multiplication des critères se construit un droit, en pratique, disparate, partiellement mobilisé, en décalage avec l'inflation croissante de critères prohibés ».

²⁸⁹⁷ MERCAT-BRUNS, M. et PERELMAN, J. (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination*, *op. cit.*, p. 86.

²⁸⁹⁸ BOSSU, B. (dir.), *Les discriminations dans les relations de travail devant les cours d'appel. La réalisation contentieuse d'un droit fondamental*, *op. cit.*, p. 214.

²⁸⁹⁹ En ce sens, MASSE-DESSEN, H. et COSTA, E., « La médiation devant les juridictions administratives aujourd'hui », *AJDA*, 2019, p. 2158 et s. : « Il est donc indispensable que la médiation ne soit pas présentée seulement comme un mode de régulation du contentieux [par la déjudiciarisation, NDLR], ni même comme "un mode alternatif de règlement des litiges" [qui serait concurrentiel, NDLR], mais bien comme une option permettant, pour un litige donné, dans une situation donnée, une solution adaptée, différente de celle que peut apporter le contentieux ».

²⁹⁰⁰ Pour une analyse détaillée des vertus pacificatrices de la médiation, v. not. DION, N., « L'esprit de la médiation », *Gaz. Pal.*, n° 358, 2013.

²⁹⁰¹ V. not. SERVERIN, E., *Connaître la justice prud'homale*, *op. cit.*, p. 9.

prescription pendant le processus de médiation »), il est nécessaire de favoriser la suspension des délais contentieux. Ce point constitue l'une des carences principales de la médiation institutionnelle²⁹⁰². Le caractère optionnel du recours à des voies alternatives représente une autre garantie essentielle pour le requérant. Il importe en effet de trouver un équilibre entre la promotion ponctuelle de la médiation et son recours forcé, présenté comme solution prioritaire de garantie des droits²⁹⁰³. Par contraste avec le dispositif instauré par la loi J21 en matière de fonction publique et de litiges sociaux, qui érige le refus de recourir à la médiation en critère d'irrecevabilité du dossier au contentieux, l'application d'une médiation préalable obligatoire en matière de non-discrimination semble absolument inopportune²⁹⁰⁴.

802. En cas de médiation volontaire et suspensive des délais de prescription de l'action, la possibilité pour le requérant d'être assisté lors de la médiation par une instance spécialisée en matière de discrimination constituerait une garantie supplémentaire importante. Ici, la perspective envisagée *supra*, visant à conforter la mission d'assistance juridique spécialisée du Défenseur des droits en prolongement de sa fonction de promotion de l'égalité, présente un intérêt renouvelé²⁹⁰⁵. D'autres garanties peuvent encore être soulignées, comme le fait d'assurer la compétence et l'impartialité du médiateur ou du conciliateur, ou de mettre le temps du règlement amiable au profit du requérant et non plus du mis en cause. La médiation et la conciliation judiciaires permettent sur ce point d'instrumentaliser l'imminence du traitement juridictionnel à défaut d'accord – ce que permet moindrement la médiation conventionnelle, et encore moins la médiation institutionnelle qui comporte le risque de forclusion de l'action. La faculté d'inclure dans le règlement des mesures de redressement systémique ou mesures d'intérêt public²⁹⁰⁶ gagnerait par ailleurs être promue. Ces

²⁹⁰² Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, II, A, 2).

²⁹⁰³ En ce sens, v. *Losenno v. Ontario (HRC)*, 2005, 260 DLR (4th) 298 ou *Johnson v. Hamilton (City)*, 1991, 15 CHRR 254 (Ont. Div. Ct.).

²⁹⁰⁴ L'article 5, IV, de la loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle a prévu à titre expérimental, pour une durée de quatre ans, une phase de médiation préalable systématique pour certaines matières limitativement énumérées. Il s'agit des actions intentées à l'encontre d'actes relatifs à la situation des fonctionnaires (*e.g.* classement, avancement, formation, promotion) et les requêtes relatives aux prestations, allocations ou droits attribués au titre de l'aide ou de l'action sociale, du logement ou en faveur des travailleurs privés d'emploi. Le Défenseur des droits s'est pleinement engagé dans ce processus d'expérimentation et la tâche de médiation devrait incomber, là encore, à ses délégués bénévoles. V. DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel 2016, op. cit.*, p. 75. V. encore DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel 2018, op. cit.*, p. 23 : « Le Défenseur des droits et ses délégués présents dans six départements (Loire-Atlantique, Maine-et-Loire, Isère, Haute-Garonne, Bas-Rhin et Meurthe-et-Moselle) se sont vus (*sic*) confier la responsabilité d'assurer une médiation obligatoire avant la saisine du juge administratif, pour certaines décisions relatives aux droits sociaux : RSA, APL et prime exceptionnelle de fin d'année. En dépit de son caractère obligatoire, cette médiation gratuite dévolue à un tiers neutre, impartial et indépendant, intervient après les recours administratifs et offre ainsi à un public précaire, pour lequel l'accès au juge est souvent difficile, un véritable espace de dialogue propice à l'accès aux droits ». La difficulté réside néanmoins dans le fait que cette phase n'est pas conçue comme optionnelle mais comme un préalable indispensable à la phase contentieuse qui demeure inaccessible à défaut de constater l'impossibilité de parvenir à un accord amiable.

²⁹⁰⁵ Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, II, B.

²⁹⁰⁶ Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, II.

mesures pourraient notamment être sollicitées par le tiers qui assiste, le cas échéant, le requérant au titre de l'aide juridique spécialisée. L'importance de l'homologation par le juge du règlement obtenu constitue enfin un enjeu essentiel afin de lui conférer une force exécutoire.

803. La récente ouverture de l'action de groupe en matière de discrimination en France²⁹⁰⁷ a, de manière proche, favorisé le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges avant le déroulement de la phase contentieuse. Le Défenseur des droits plaidait dans son avis sur la loi J21 pour qu'une phase de médiation soit ouverte à l'issue de l'appréciation de la recevabilité et avant que le juge ne statue au fond sur la responsabilité du mis en cause²⁹⁰⁸. Cette idée était déjà présente à l'article 7 de la proposition de loi portée par Razzy Hammadi²⁹⁰⁹ et fut reprise par l'article 75 de la loi du 18 novembre 2016. La médiation est alors conduite conformément aux dispositions de la loi du 8 février 1995 et l'accord négocié est soumis à l'homologation du juge afin de lui conférer une force exécutoire²⁹¹⁰. De nombreuses difficultés demeurent néanmoins et nuancent l'utilité de cette action²⁹¹¹, laquelle implique par ailleurs de manière regrettable des phases de négociation obligatoires et non optionnelles.

804. Loin d'être spécifique à une réflexion française sur le traitement des discriminations, la médiation ou conciliation précontentieuse se situe au cœur de nombreuses réformes du traitement des requêtes à l'étranger. Tel est le cas, entre autres, du Canada. Le tribunal canadien des droits de la personne, spécialisé en droit de la non-discrimination, offre ainsi depuis 2000 des services optionnels de conciliation judiciaire. Celle-ci est conduite par un membre du tribunal qui appréhende finement les enjeux légaux et possède un rôle actif lors du processus. Agissant en tant que conciliateur, il n'est pas habilité à entendre la cause en cas d'acheminement du dossier au contentieux. La Commission des droits de la personne, homologue du Défenseur des droits, est également présente lors des séances, notamment pour soulever et régler les potentielles dimensions systémiques du cas d'espèce²⁹¹². Le processus ne dure pas plus d'une journée et, à défaut d'entente, la requête est immédiatement transmise à un autre membre du tribunal pour être instruite au contentieux²⁹¹³. Le tribunal québécois des droits de la personne offre, lui aussi, depuis 2007, ce type de conciliation à toute étape de l'instance. Le processus est présidé par un juge du tribunal. Il est

²⁹⁰⁷ Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, II.

²⁹⁰⁸ DÉFENSEUR DES DROITS, Avis 15-23, *op. cit.*, p. 2.

²⁹⁰⁹ Proposition de loi n° 1699 instaurant une action de groupe en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités, enregistrée le 14 janvier 2014 à la présidence de l'Assemblée nationale.

²⁹¹⁰ Article 76 de la loi du 18 novembre 2016, reprenant l'article 8 de la proposition de loi de Razzy Hammadi.

²⁹¹¹ Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, II, B et C.

²⁹¹² *Nota bene* : cela contraste avec le cas relaté ci-dessus par Louis Schweitzer, puisque dans des cas similaires, c'est l'éradication des pratiques institutionnelles et politiques systématiquement discriminatoires qui est visée lors de la médiation et au-delà du cas d'espèce.

²⁹¹³ BORRILLO, D., (dir.) *La HALDE : actions, limites, enjeux*, *op. cit.*, p. 39 (intervention de Pierre Deschamps, lors de la table ronde intitulée « Le traitement des plaintes »).

facultatif, sans formalités et confidentiel. En cas d'échec du règlement amiable, la requête poursuit son cours devant le tribunal et est entendue par un autre juge²⁹¹⁴. Un dispositif similaire fut également instauré au sein du tribunal ontarien des droits de la personne dès 2008²⁹¹⁵. Sur l'année d'exercice 2013-2014, cette juridiction spécialisée a tenu environ 1 500 conciliations judiciaires en matière de discrimination, lors desquelles 31 % des requérants ont été représentés par le Centre d'assistance juridique antidiscriminatoire, et 14 % ont bénéficié de son aide en vue de la préparation du dossier²⁹¹⁶.

805. Un processus de médiation ou de conciliation judiciaire proche – mais non spécialisé – est parfaitement envisageable en France, en droit commun et à droit constant. Il demeure peu mobilisé en matière de discrimination, à l'exception, évidemment, de la procédure prud'homale²⁹¹⁷. Grevée de trop nombreux écueils, la médiation *sui generis* devant le Défenseur des droits pourrait ainsi être écartée en matière de discrimination, sans que soit exclue la possibilité d'un règlement amiable pour les victimes désirant emprunter cette voie.

B. Favoriser la médiation et la conciliation de droit commun, à l'initiative du juge et des parties

806. En guise de rappel, les carences de la médiation extrajudiciaire proposée par le Défenseur des droits sont en l'état les suivantes : absence de suspension des délais de prescription de l'action, perspective concurrentielle à la voie contentieuse²⁹¹⁸, mise en œuvre du processus fondée sur des motivations parfois contestables, et apparence de partialité objective (*i.e.* fonctionnelle) et subjective (*i.e.* personnelle) du médiateur. Pour préserver les avantages du règlement amiable tout en offrant davantage de garanties, les alternatives envisagées doivent être en mesure de minimiser ces inconvénients.

²⁹¹⁴ TRIBUNAL QUÉBÉCOIS DES DROITS DE LA PERSONNE, *Rapport annuel 2015*, *op. cit.*, p. 64.

²⁹¹⁵ CENTRE D'ASSISTANCE JURIDIQUE EN MATIÈRE DE DROITS DE LA PERSONNE, *Rapport 2008-2009*, p. 23, en ligne [<http://www.hrlsc.on.ca/fr/rapports-et-statistiques/rapports-annuels>].

²⁹¹⁶ CENTRE D'ASSISTANCE JURIDIQUE EN MATIÈRE DE DROITS DE LA PERSONNE, *Rapport 2013-2014*, p. 7, en ligne [<http://www.hrlsc.on.ca/fr/rapports-et-statistiques/rapports-annuels>].

²⁹¹⁷ L'intervention du bureau de jugement est en effet conditionnée par l'échec d'une tentative obligatoire de règlement amiable précontentieux devant le bureau de conciliation. En cas d'échec, les dispositions du CPC sont pleinement applicables pour la suite de la procédure, y compris en matière de médiation judiciaire. Sur l'orientation des réclamants qui saisissent la HALDE vers la conciliation prud'homale par les délégués locaux, v. QUERNEZ, E., « La fabrique de la lutte contre les discriminations », *op. cit.*, p. 117, pour une illustration relatée sous forme de témoignage : « D'abord la HALDE, c'est long. La plainte au pénal, et même au civil pour discrimination... Dans ce dossier, vu les pièces, c'était compliqué. Donc j'ai conseillé à cette dame d'aller aux Prud'hommes pour obtenir une audience de conciliation. Voilà, il vaut mieux aller à la raison » (correspondante locale, ancienne magistrate, permanence établie dans une grande ville de province).

²⁹¹⁸ Not. illustrée par la possibilité d'une médiation institutionnelle *sui generis* parallèle au traitement contentieux du cas d'espèce. Sur ce point, v. SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 580.

807. Le régime de médiation conventionnelle à l'initiative des parties, qui obéit aux règles fixées par les articles 1528 à 1535 du CPC et L. 213-1 à L. 213-6 du CJA, constitue une première perspective. Privilégié par la directive européenne 2008/52/CE, ce régime est caractérisé par une extrême souplesse et par l'autonomie totale des parties²⁹¹⁹. Les quelques points de réglementation permettent néanmoins de lever certaines difficultés. Tant en droit civil qu'en droit administratif, la suspension des délais contentieux est notamment prévue à compter de l'accord écrit des parties d'y recourir ou, à défaut, à compter de la première réunion de médiation. En cas d'échec, les délais recommencent à courir pour un minimum de six mois²⁹²⁰. La conception concurrentielle et la logique de dérivation du contentieux qui prévalent dans le cadre de la médiation institutionnelle disparaissent ici. La médiation est en outre assurée par un tiers qui doit faire preuve d'impartialité, de compétence et de diligence²⁹²¹. L'absence de confusion entre ce tiers et l'organisme de promotion de l'égalité ne peut, quant à elle, que renforcer l'impartialité du processus. Une fois l'accord entre les parties obtenu, celui-ci peut faire l'objet d'une homologation du juge civil ou administratif afin de lui conférer une force exécutoire²⁹²². Le CJA développe enfin davantage l'implication des acteurs juridictionnels dans la résolution amiable en cas de médiation conventionnelle puisqu'il prévoit que les parties peuvent s'adresser au président du tribunal administratif, ou de la cour administrative d'appel, pour organiser la médiation ou désigner discrétionnairement un médiateur, interne (magistrat) ou externe²⁹²³. Seule persiste la problématique de la difficile évaluation des motivations qui président au déclenchement de la médiation. Le recours à la voie amiable est alors susceptible de masquer un règlement dicté par un déséquilibre des forces des parties. Bien que la directive 2008/52/CE souligne que cette voie « ne devrait pas être considérée comme une solution secondaire par rapport aux procédures judiciaires »²⁹²⁴, la nécessité d'alimenter et de contrôler la dynamique du contentieux de la non-discrimination peut conduire à envisager de manière préférentielle, mais néanmoins complémentaire, les médiations qui replacent le juge au cœur du processus.

²⁹¹⁹ V. cons. 17, 19 et 25.

²⁹²⁰ Art. 2238 du CPC et L. 213-6 du CJA.

²⁹²¹ Art. 1533 du CPC et L. 213-2 du CJA. En droit civil seulement, celui-ci doit posséder un casier judiciaire vierge et une certaine expérience de la médiation.

²⁹²² Art. 1534 du CPC et L. 213-4 du CJA.

²⁹²³ Art. L. 213-5 du CJA.

²⁹²⁴ Cons. 19 de la directive 2008/52/CE.

808. La médiation « judiciaire »²⁹²⁵, à l'initiative du juge, pourrait ainsi être envisagée avec davantage de force²⁹²⁶. Semblable à sa pendante conventionnelle, elle offre cependant une place centrale au juge de droit commun. Si elle ne constitue pas une priorité pour la directive 2008/52/CE, elle est évoquée au considérant 13 qui précise que « les juridictions devraient pouvoir attirer l'attention des parties sur la possibilité d'une médiation chaque fois qu'elle est appropriée ». Le CPC et le CJA précisent à cet égard que le juge saisi d'un litige peut, avec l'accord des parties, désigner une tierce personne en vue de conduire la médiation portant sur tout ou partie du litige²⁹²⁷. Les qualités requises pour l'exercice de cette dernière fonction sont globalement les mêmes que pour la médiation conventionnelle²⁹²⁸. La période consacrée au règlement amiable est limitée à trois mois en droit civil et est renouvelable une fois pour la même durée²⁹²⁹. La différence essentielle avec la médiation conventionnelle réside dans le fait que le juge conserve une certaine maîtrise sur le processus, même à distance. Le médiateur est tenu de l'informer des difficultés rencontrées et de l'éventuel accord conclu entre les parties²⁹³⁰. Il est en outre précisé en droit civil que le médiateur ne dispose pas de pouvoirs d'instruction mais que le juge peut ordonner toute mesure qu'il estime nécessaire, le processus n'ayant pas pour effet de le dessaisir²⁹³¹. Il peut également décider d'interrompre la phase de règlement amiable sur demande des parties, du médiateur ou d'office. Dans cette hypothèse, l'instance reprend dans le cadre judiciaire²⁹³². En cas d'accord, celui-ci peut être soumis à l'homologation du juge afin de lui conférer une force exécutoire, sans débat ou après convocation des parties à l'audience²⁹³³. La médiation judiciaire possède en somme l'ensemble des avantages de son équivalent conventionnel mais permet de surcroît de lever les craintes quant aux possibles motivations pernicieuses de l'évitement du contentieux – en raison du rôle conféré à l'appréciation du juge.

²⁹²⁵ Au sens du titre II, chapitre 1 de la loi du 8 février 1995, la médiation à l'initiative du juge est qualifiée de « judiciaire ». Le CJA évoque, lui, la « médiation à l'initiative du juge » : partie législative, Livre II, Titre Ier, Chapitre III, Section 3.

²⁹²⁶ V. entre autres : DOUCHY-LOUDOT, M. et JOLY-HURARD, J., « Médiation et conciliation – Recours aux procédures de médiation ou de conciliation », *Répertoire de procédure civile*, mars 2013 (actualisation juillet 2019), § 1-54 et RICHER, L., « Arbitrage et conciliation », *op. cit.*, § 18-27. V. aussi CHOLET, D., « La médiation judiciaire en procédure civile », *Gaz. Pal.*, n° 358, 2013.

²⁹²⁷ Art. 131-1 et 131-2 du CPC et L. 213-7 du CJA. Les décisions qui actent l'engagement du processus et qui désignent le médiateur sont insusceptibles de recours. V. Art. 131-15 du CPC et L. 213-10 du CJA.

²⁹²⁸ Soulignons toutefois une exigence légèrement plus importante pour le CPC (art. 131-5) : absence de sanction disciplinaire pour des faits contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs, et compétence spécifique liée à la nature du litige.

²⁹²⁹ Art. 131-3 du CPC.

²⁹³⁰ Art. 131-9 et 131-11 du CPC, art. 21-3 de la loi du 8 février 1995 et art. 213-9 du CJA.

²⁹³¹ Art. 131-2 du CPC.

²⁹³² Art. 131-10 et 131-15 du CPC.

²⁹³³ Art. 131-12 du CPC et L. 213-4 du CJA.

809. Sans délégation à un médiateur, la conciliation judiciaire²⁹³⁴ à l'initiative du juge, et devant lui, peut aussi avoir lieu. Une telle démarche est obligatoire devant les conseils de prud'hommes²⁹³⁵ mais facultative devant les tribunaux judiciaires²⁹³⁶. Le dispositif civil s'inscrit dans la lignée de l'article 21 du CPC (« Il entre dans la mission du juge de concilier les parties ») et ouvre la possibilité d'une conciliation envisageable tout au long de l'instance²⁹³⁷. Elle se déroule au lieu et au moment que le juge estime favorables.

810. Dans ces hypothèses, civiles ou administratives, l'ensemble des garanties évoquées ci-dessus est assuré. Le droit de regard et la mainmise du juge rétablissent un certain équilibre des forces entre les parties²⁹³⁸. Et même à admettre que « le juge n'est peut-être pas en effet la personne la mieux placée pour proposer une solution amiable aux parties », tâche qu'il peut déléguer le cas échéant à un médiateur, « il est très bien placé pour apprécier, concrètement, si le litige dont il est saisi peut faire l'objet d'un règlement amiable »²⁹³⁹. Cette place centrale du juge gage en complément d'un pouvoir de régulation qui permet de mobiliser pleinement la complémentarité des modes de règlement des litiges sans pour autant instaurer une dérivation du contentieux. Résonnent alors les propos de Gérard Pluyette : « pour être efficace, la médiation doit s'inscrire dans la dynamique du procès, notamment devant les juges du fond »²⁹⁴⁰.

811. Davantage miser sur ces modes de règlement amiable aurait certes des conséquences sur la mission du Défenseur des droits. L'écart des médiations institutionnelles *sui generis* – quantitativement peu nombreuses – en matière de discrimination n'aboutirait pas pour autant à un affaiblissement de l'institution. Il conviendrait pour cela d'envisager un repositionnement de ses missions, compatible avec une voie contentieuse réaffirmée, doublée d'une offre optionnelle de médiation ou de conciliation, conventionnelle ou judiciaire, à l'initiative des parties ou du juge. La

²⁹³⁴ Sur la confusion des notions de conciliation et de médiation en droit administratif, v. RICHER, L., « Arbitrage et conciliation », *op. cit.*, § 18-22. V. encore PEULVÉ, C., « Médiation et conciliation – Des jumeaux... vrais ou faux ? », *Gaz. Pal.*, n° 179, 28 juin 2011, p. 17.

²⁹³⁵ Art. R. 1454-10 du Code du travail : « Le bureau de conciliation et d'orientation entend les explications des parties et s'efforce de les concilier. Un procès-verbal est établi ». Plus largement, v. art. R. 1454-1 à R. 1454-18 du Code du travail.

²⁹³⁶ Dans le cadre des mesures d'administration judiciaire, le juge peut tout de même déléguer sa faculté à un conciliateur de justice pour un temps qu'il détermine – ne pouvant excéder initialement deux mois. Il peut également fixer la date à laquelle l'affaire est rappelée devant lui, mettre un terme d'office au processus lorsque son bon déroulement est compromis, ou encore homologuer le constat d'accord entre les parties. En cas de délégation, le conciliateur tient le juge informé des difficultés rencontrées et des éventuels aboutissements de sa mission. V. art. 129-2 à 129-6 du CPC.

²⁹³⁷ Art. 128 à 129-1 du CPC.

²⁹³⁸ Comme le résume un juge ontarien au sujet des avantages de la conciliation par rapport à la médiation extrajudiciaire, « *it encourages parties to make reasonable settlement offers and discourages parties from taking obstinate and unreasonable positions. At the same time, complainants should not be forced to enter improvident settlements for fear they will otherwise lose their rights* » (*Losenno v. Ontario* (HRC), 2005, 260 DLR (4th) 298 ; *Johnson v. Hamilton (City)*, 1991, 15 CHRR 254 (Ont. Div. Ct.)).

²⁹³⁹ DOUCHY-LOUDOT, M. et JOLY-HURARD, J., « Médiation et conciliation – Recours aux procédures de médiation ou de conciliation », *op. cit.*, § 11.

²⁹⁴⁰ PLUYETTE, G., « La médiation judiciaire », *Gaz. Pal.*, spéc., 1998, p. 705.

fonction d'assistance juridique spécialisée de certains requérants peut à cet égard sembler une compensation fonctionnelle plus efficace et plus cohérente²⁹⁴¹. L'autorité constitutionnelle indépendante quitterait sa fonction de règlement extrajudictionnel et concurrentiel des réclamations pour épouser un rôle pleinement proactif, faisant valoir son expertise au profit des requérants à différents stades, qu'il s'agisse de la médiation, de la conciliation ou de la phase contentieuse dans le cadre d'observations en justice²⁹⁴². Soulignons en complément que les exemples étrangers témoignent par ailleurs d'un possible maintien du recours aux intercessions amiables informelles dans le cadre d'un mandat d'aide juridique spécialisée²⁹⁴³, même en qualité de tiers partial²⁹⁴⁴, du moins lorsqu'elles répondent aux volontés conciliatrices manifestes des acteurs et sous couvert d'éviter les écueils susmentionnés quant aux raisons qui président à leur déclenchement. La pratique du Défenseur des droits n'en serait pas outre mesure bouleversée²⁹⁴⁵, par exemple dans le cadre d'un modèle reposant sur trois réponses complémentaires et coordonnées, à savoir : les tentatives de rapprochement des parties et d'intercession amiable informelle²⁹⁴⁶, qui n'exigent pas d'être conduites par un tiers impartial ; la médiation de droit commun, conventionnelle ou judiciaire, devant un tiers impartial, suspensive des délais de recours, impliquant potentiellement l'appui du requérant par l'organisme de promotion de l'égalité ; et une réponse judiciaire classique lors de laquelle sont susceptibles d'être présentées les observations en justice du Défenseur des droits.

812. Une orientation de pratiques des magistrats et des parties semble cependant nécessaire en droit civil et en droit administratif pour aboutir à cet équilibre²⁹⁴⁷. La sous-utilisation des médiations

²⁹⁴¹ Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, II, B.

²⁹⁴² Bien que les observations en justice ne soient pas nécessairement prononcées en faveur du requérant mais expriment un point de vue distinct, qui ne s'inscrit pas à proprement parler en défense de la victime de discrimination.

²⁹⁴³ Cette prérogative est notamment mobilisée par le Centre d'assistance juridique sur les droits de la personne en Ontario qui conserve la faculté, en marge du traitement des dossiers dont il est saisi, de favoriser une éventuelle conciliation de manière informelle – et non pas dans le cadre d'une médiation –, si tel est le désir des parties, tout en conservant son rôle de tiers partial qui agit en soutien du réclamant.

²⁹⁴⁴ Sur l'aspect partial de la démarche des délégués locaux, v. à titre illustratif CHAPPE, V-A. et QUERNEZ, E., « La lutte contre les discriminations, entre droit imposé et droit négocié. Analyse des interactions au sein des permanences locales de la Halde », *op. cit.*, p. 145 : « Les correspondants locaux parviennent à infléchir des situations en laissant planer le doute sur l'existence d'une discrimination, en jouant sur la réputation de la Halde, en "bluffant". Ils jouent *avec* le droit (Ewick et Silbey, 1998) pour obtenir *des* droits ».

²⁹⁴⁵ Comme le souligne Bernard Dreyfus, alors délégué général à la médiation avec les services publics, « lorsqu'il s'agit de traiter plusieurs milliers de dossiers par an, nous sommes avant tout des intercesseurs plus que des médiateurs » (DREYFUS, B., « La médiation en droit public », *loc. cit.*).

²⁹⁴⁶ CHAPPE, V-A. et QUERNEZ, E., « La lutte contre les discriminations, entre droit imposé et droit négocié. Analyse des interactions au sein des permanences locales de la Halde », *op. cit.*, p. 145 : « Les permanences des correspondants locaux de la Halde n'incarnent pas la sortie d'un modèle du droit comme référence, mais la reconnaissance des limites de son effectivité. Le droit – appuyé sur l'institution judiciaire – ne suffit pas à assurer des droits. Il est pourtant nécessaire à ceux qui sont délégués par l'État pour agir, dans la mesure où il donne à la fois un cadre structurant à leur action et des ressources mobilisables dans l'interpellation des mis en cause ».

²⁹⁴⁷ Sur le rôle de l'avocat dans le cadre du processus de médiation, v. DRUGEON, L., « Les pratiques de la médiation judiciaire », *Gaz. Pal.*, n° 358, 2013.

et conciliations judiciaires dans le contentieux de la non-discrimination repose en effet, pour partie, sur l'*habitus* des acteurs²⁹⁴⁸. Cette assertion peut être nuancée concernant le droit administratif car le dispositif est relativement récent²⁹⁴⁹. Le juge empruntait peu cette voie en dehors de certains secteurs (*e.g.* travaux publics, aménagements urbains)²⁹⁵⁰ malgré une habilitation en 1986 pour les tribunaux²⁹⁵¹ et en 2011 pour les cours administratives d'appel²⁹⁵². Cette tendance peut être expliquée par la nécessité du recours administratif préalable obligatoire qui présente aux parties l'occasion d'un règlement amiable en amont de la saisine²⁹⁵³. Finalement l'habilitation du juge administratif pour inviter à la médiation²⁹⁵⁴ fut refondue en 2016 par la loi J21²⁹⁵⁵. Sa généralisation a permis un rapprochement avec le droit civil²⁹⁵⁶. Une autre explication fondamentale de la sous-utilisation de ce dispositif réside dans le manque de temps et de moyens d'une justice largement

²⁹⁴⁸ MASSE-DESSEN, H. et COSTA, E., « La médiation devant les juridictions administratives aujourd'hui », *loc. cit.* : « Le cadre juridique existe et il suffit pour agir. [...] Mais il est clair que le développement de la médiation devant les juridictions administratives dépend en tout premier lieu de l'implication des acteurs. Là où ils sont actifs, elle commence à prendre toute sa place. Ailleurs, tout reste à construire ». V. aussi DREYFUS, B., « La médiation en droit public », *Gaz. Pal.*, n° 358, 2013, p. 27 et s. : « le terme de médiation est assez peu présent, soit dans les textes de codification, soit même encore, et c'est dommage, dans la pratique de l'administration » ; « à ma connaissance, très peu connue et donc très peu utilisée par les justiciables. Ses contours demeurent assez flous ». V. encore HUGLO, C., « La médiation et le juge dans l'ordre administratif (1^{re} partie) », *LPA*, n° 81, 23 avril 1999, p. 4 : « les obstacles qui se dressent sur le parcours d'un magistrat ou d'une partie qui songerait à recourir à la médiation [...] sont essentiellement culturels et non juridiques, même quand ils nous sont présentés comme "pratiques" ».

²⁹⁴⁹ *Ibidem* : « La volonté affichée de la haute juridiction de ne pas entraver la mise en œuvre de procédures de règlement amiable n'avait trouvé jusque-là qu'un écho limité auprès des juridictions en raison d'outils peu nombreux mis à la disposition du juge administratif » ; « les hypothèses de conciliation n'ont pas fleuri au sein des juridictions » ; « La pratique de la médiation est radicalement étrangère à la culture traditionnelle du juge administratif. Cet élément explique sans doute que le démarrage ait été difficile pour nombre de juridictions confrontées pour la première fois à une méthodologie de travail différente de la leur » ; « La plupart des magistrats méconnaissent la médiation et manquent souvent d'éléments concrets pour la mettre en œuvre » ; « Les séances de formation proposées par le centre de formation de la juridiction administrative n'ont été suivies que par une cinquantaine de juges sur près de mille magistrats en poste dans les juridictions du fond » ; « Confrontés à un manque d'information, les magistrats font souvent preuve de méfiance à l'égard d'un processus qu'ils méconnaissent et qui est culturellement très éloigné de leur pratique quotidienne » ; cette méfiance « est renforcée par le manque de lisibilité des outils mis à leur disposition » ; en somme, « la médiation devant la juridiction administrative est un processus en construction et qui se cherche ».

²⁹⁵⁰ V. not. LE GARS, J.-M., « La conciliation par le juge administratif », *AJDA*, 2008, p. 1468 et COSTA, E., « La conciliation devant le juge administratif », *AJDA*, 2012, p. 1834.

²⁹⁵¹ Ancien art. L. 3 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. Cet article est longtemps demeuré complètement inusité. Sur ce point, v. HUGLO, C., « La médiation et le juge dans l'ordre administratif (1^{re} partie) », *loc. cit.* (v. ensuite « La médiation et le juge dans l'ordre administratif (suite et fin) », *LPA*, n° 82, 26 avril 1999, p. 5). V. cependant dès 2005 CE, Sect., 11 février 2005, *Organisme de gestion du cours du Sacré Cœur*, n° 259290, Lebon : « Le juge peut ordonner, même d'office, à l'occasion d'une demande de référé-expertise, à l'expert désigné par lui de concilier les parties si faire se peut ».

²⁹⁵² Ancien art. L. 211-4 du CJA.

²⁹⁵³ En ce sens, v. DREYFUS, B., « La médiation en droit public », *loc. cit.*

²⁹⁵⁴ Art. L. 213-1 du CJA : « La médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction ». Pour un détail de la procédure, v. MASSE-DESSEN, H. et COSTA, E., « La médiation devant les juridictions administratives aujourd'hui », *loc. cit.*

²⁹⁵⁵ Section 3 du Chapitre III du Titre Ier du Livre II du CJA.

²⁹⁵⁶ En 2015, Jean-Marc Sauvé appelait de ses vœux une telle réforme. V. SAUVÉ, J.-M. (Vice-président du Conseil d'État, « La médiation et la conciliation devant la juridiction administrative », Intervention à l'occasion du colloque organisé par le Conseil d'État, en partenariat avec l'Ordre des avocats de Paris et le groupement européen des magistrats pour la médiation à la Maison du Barreau de Paris, 17 juin 2015 [URL : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/la-mediation-et-la-conciliation-devant-la-juridiction-administrative>].

sous-dotée. Il fut en ce sens affirmé que « l'expérience montre que [...] le juge parvient rarement à remplir la double mission de son office – concilier et juger – au détriment de la conciliation, faute de temps, de moyens et de disponibilité »²⁹⁵⁷. Hélène Masse-Dessen et Elsa Costa ne disent pas autre chose lorsqu'elles affirment que « le développement de la médiation nécessitera certainement la reconnaissance de [l'engagement personnel de certains magistrats] et l'octroi de moyens [y compris humains] aux juridictions »²⁹⁵⁸. Sous ces réserves, les médiations et conciliations judiciaires, ainsi que les médiations conventionnelles, constituent des dispositifs de droit commun plus adaptés que la médiation institutionnelle spécialisée en matière de discrimination.

813. Ces procédures s'inscrivent dans un processus plus général, celui de l'assouplissement des règles du procès qui contribuent à renforcer l'efficacité du traitement contentieux en raison de leur influence sur l'émergence du litige. Parmi les assouplissements procéduraux qui participent à cette efficacité, l'aménagement du régime probatoire offre, avec davantage de force, une contribution essentielle à la réalisation du droit de la non-discrimination.

²⁹⁵⁷ DOUCHY-OUUDOT, M. et JOLY-HURARD, J., « Médiation et conciliation – Recours aux procédures de médiation ou de conciliation », *op. cit.*, § 9.

²⁹⁵⁸ MASSE-DESSEN, H. et COSTA, E., « La médiation devant les juridictions administratives aujourd'hui », *loc. cit.* : « Il serait souhaitable, à présent, d'instaurer des cellules de médiation au sein de chaque juridiction, calquées sur ce qui existe déjà pour les expertises. Pour ce faire, il conviendrait de créer un poste de magistrat exclusivement consacré aux missions liées à la médiation et de lui adjoindre les services d'un greffe dédié. L'expérience du TA de Lyon est, à cet égard, intéressante puisqu'une cellule médiation a été créée composée du chef de juridiction, assisté du premier vice-président, et d'un assistant du contentieux ».

814. La doctrine considère avec une certaine constance que « le droit de la non-discrimination, pour être effectif, doit être organisé autour de règles probatoires efficaces »²⁹⁵⁹. Suivant de légères variantes sémantiques, il fut affirmé que « l'effectivité même des dispositifs de lutte contre les discriminations semble subordonnée à l'efficacité des règles relatives à la preuve »²⁹⁶⁰, que « l'effectivité de la lutte contre les discriminations dépend très étroitement des règles de preuve »²⁹⁶¹, ou encore que, « dans l'impossibilité de faire la preuve de la discrimination, les textes ne pouvaient que rester lettre morte »²⁹⁶². Ces assertions mettent en exergue le large consensus qui existe quant à la contribution fondamentale des mécanismes probatoires à la réalisation du droit de la non-discrimination. Une fois la contestation de la pratique ou mesure amorcée, ces mécanismes permettent d'en révéler le bien-fondé. L'aspect fondamental de cette contribution explique qu'elle ait été immédiatement placée au cœur des réflexions et ait fait l'objet de considérations extrêmement prolifiques, tant de la part des observateurs que du législateur et des juridictions. Il fut parfois avancé que « la modification des règles de preuve en la matière s'avère ainsi indispensable pour garantir l'existence même du droit à la non-discrimination »²⁹⁶³. C'est en effet la modification des règles classiques qui a été envisagée pour ériger la preuve en un vecteur privilégié d'émergence du litige dans ce contentieux particulier. Elle s'est manifestée autour de deux principaux chantiers, à savoir la répartition des tâches des acteurs face à l'administration de la preuve (I) ainsi que le développement de nouvelles techniques de preuve (II). À ces deux niveaux, il convient de questionner les marges de manœuvre encore envisageables en dépit d'une contribution d'ores et déjà essentielle des dispositifs établis.

I. L'aménagement des tâches des acteurs dans l'administration de la preuve

815. Comme le relevait déjà le GELD au début des années 2000, la répartition des tâches entre les acteurs du procès face à la preuve constitue l'un des facteurs déterminants de la revendication du droit à la non-discrimination. Celle-ci demeure peu concluante lorsque « le juge et le défendeur n'ont d'autre rôle, comme c'est le cas trop souvent aujourd'hui, que celui d'attendre que le

²⁹⁵⁹ MICHAUD, C., « La preuve des discriminations en droit du travail », *loc. cit.*

²⁹⁶⁰ ICARD, P. et LAIDIÉ, Y. (dir.), *Le principe de non-discrimination : l'analyse des discours*, *op. cit.*, p. 287 et *ibidem*.

²⁹⁶¹ BRISSY, S., *JCI/TT*, fasc. 11-17, 2015, § 77.

²⁹⁶² AUBERT-MONPEYSSANT, T. « Discrimination syndicale : la charge de la preuve », *op. cit.*, p. 233. En ce sens, v. encore DUBOUT, É., *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 612 : « la difficulté de la démonstration de l'existence d'une discrimination explique la faiblesse du volume des affaires portées devant le juge, et par conséquent la relative inefficacité du droit à ne pas être discriminé ».

²⁹⁶³ MICHAUD, C., « La preuve des discriminations en droit du travail », *loc. cit.*

demandeur fasse la preuve de ses allégations, sans moyens d'accès à la preuve »²⁹⁶⁴. Les règles de droit ont évolué sur ce point pour répondre aux spécificités du contentieux, notamment en allégeant la tâche du requérant dont l'isolement constituait un « facteur de faiblesse »²⁹⁶⁵ problématique. L'effort peut, à certains égards, être perçu comme étant encore incomplet (A). En continuité, il importe également de souligner la tâche du juge et, plus largement, des tiers (*e.g.* Défenseur des droits, inspecteurs du travail) dans l'accès aux éléments probants afin de favoriser l'émergence du litige (B).

A. Faciliter l'effort probatoire du requérant

816. Il appartient en principe à celui qui allègue de supporter la charge de la preuve²⁹⁶⁶. C'est notamment ce que rappellent l'adage *actori incumbit probatio*, le Code civil²⁹⁶⁷ ou encore le CPC²⁹⁶⁸. Le droit communautaire a toutefois permis d'aménager la règle classique de répartition de cette charge en la faisant peser sur le défendeur dès lors qu'est établie, par le requérant, une présomption de discrimination²⁹⁶⁹. En dépit de ses imperfections, cet aménagement des règles probatoires favorise incontestablement la revendication par le requérant de son droit à la non-discrimination (1). Cette tâche serait encore facilitée en cas de précision du seuil d'exigence de la preuve de la discrimination *prima facie* qu'il appartient au requérant d'établir (2).

1) Un allègement de la charge de la preuve indispensable mais incomplet

817. L'audacieuse introduction d'un aménagement de la répartition de la charge de la preuve en droit de la non-discrimination est à mettre au crédit du droit communautaire. Ce principe émerge avec clarté dès 1993 dans la jurisprudence de la CJCE²⁹⁷⁰ qui, après avoir rappelé la règle traditionnelle, précise que la charge de la preuve peut être déplacée pour ne pas priver la victime de

²⁹⁶⁴ GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, *op. cit.*, p. 31.

²⁹⁶⁵ LATRAVERSE, S., « Tradition française et politique européenne de lutte contre les discriminations », *op. cit.*, p. 97.

²⁹⁶⁶ En droit administratif, il appartient au juge de conduire la procédure inquisitoire en demandant aux parties de lui fournir tous les éléments nécessaires et d'ordonner le cas échéant des mesures d'instruction en complément.

²⁹⁶⁷ Art. 1315 du Code civil : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ».

²⁹⁶⁸ Art. 9 du CPC : « il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ».

²⁹⁶⁹ Sur ce point, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

²⁹⁷⁰ V. plus timidement au préalable CJCE, 17 octobre 1989, *Danfoss*, *op. cit.*, pts. 13-14 : « dans une situation où est en cause un mécanisme de majorations de salaire individuelles caractérisé par un manque total de transparence, les travailleurs féminins ne peuvent établir de différence qu'entre des rémunérations moyennes. Ils seraient privés de tout moyen efficace de faire respecter le principe de l'égalité des rémunérations devant la juridiction nationale si le fait d'apporter cette preuve n'avait pas pour effet d'imposer à l'employeur la charge de démontrer que sa pratique salariale n'est, en réalité, pas discriminatoire. [...] Le souci d'efficacité qui sous-tend ainsi la directive doit conduire à interpréter celle-ci comme impliquant des aménagements aux règles nationales relatives à la charge de la preuve dans les situations particulières où ces aménagements sont indispensables à la mise en œuvre effective du principe d'égalité ».

tout moyen efficace de faire valoir son droit à l'égalité de traitement²⁹⁷¹. Malgré la réticence de plusieurs États membres et après une dizaine d'années de débat²⁹⁷², l'avancée fut consacrée par les directives 97/80/CE, 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2006/54/CE. Cet aménagement, qui trouve également un écho au sein de la Cour EDH²⁹⁷³, fut explicitement envisagé au nom de « la mise en œuvre effective du principe de l'égalité de traitement »²⁹⁷⁴. Dans un premier temps, il impose au demandeur d'avancer les éléments de fait qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination. S'il y parvient, la charge de la preuve est transférée au défendeur. Ce dernier doit alors, dans un second temps, prouver que la pratique ou mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination²⁹⁷⁵. S'il échoue, la juridiction qualifiera la pratique ou mesure de discrimination. S'il y parvient, la requête sera rejetée, en dépit de la reconnaissance d'une présomption de discrimination à l'issue du premier stade.

818. Sans attendre une transposition nationale, la chambre sociale de la Cour de cassation a appliqué ce dispositif probatoire à demi-mot en 1997, puis explicitement en 1999 et 2000²⁹⁷⁶. Le législateur généralisa cette innovation en 2001 au sein du Code du travail pour l'ensemble des

²⁹⁷¹ CJCE, 27 octobre 1993, *Pamela Mary Enderby*, *op. cit.*, pts. 13-14 : « Il appartient normalement à la personne qui allègue des faits au soutien d'une demande d'apporter la preuve de leur réalité. [...] Cependant, il ressort de la jurisprudence de la Cour que la charge de la preuve peut être déplacée lorsque cela s'avère nécessaire pour ne pas priver les travailleurs victimes de discrimination apparente de tout moyen efficace de faire respecter le principe de l'égalité des rémunérations ».

²⁹⁷² À cet égard, v. LANQUETIN, M.-T., « Discrimination », *op. cit.*, § 225 : « Cette jurisprudence sur la preuve et le recours à des statistiques pour enrichir la notion de discrimination, en référence à la notion de discrimination indirecte a été à l'origine de la directive n° 97/80/CE du 15 décembre 1997, dont le premier projet date de 1987. Celui-ci s'est heurté à la réticence de certains États membres. En effet, la directive relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe a été adoptée après une dizaine d'années de débats, tant juridiques que politiques, sur l'opportunité d'un tel texte, et surtout parce que l'Accord sur la politique sociale, adopté lors du Traité de Maastricht permettait une adoption à la majorité qualifiée et non plus à l'unanimité ».

²⁹⁷³ V. not. COUR EDH, 2^e sect., 13 décembre 2005, *Timichev c. Russie*, req. n°s 55 762/00 et 55 974/00, § 57 et, moindrement, COUR EDH, Grande ch., 29 avril 1999, *Chassagnou c. France*, req. n°s 25088/94, 28 331/95 et 28 443/95, § 91-92. V. encore COUR EDH, Grande ch., 6 juillet 2005, *Natchova c. Bulgarie*, req. n°s 43 577/98 et 43 579/98, § 157 : « La Grande Chambre n'exclut pas la possibilité d'inviter, dans certains cas où est dénoncée une discrimination, le gouvernement défendeur à réfuter un grief défendable de discrimination et, s'il ne le fait pas, de conclure à la violation de l'article 14 de la Convention ».

²⁹⁷⁴ V. les directives communautaires 1997/80 (pts. 17-18 et art. 4), 2000/43 (pt. 21 et art. 8), et 2000/78 (pt. 31 et art. 10).

²⁹⁷⁵ Là encore, v. v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

²⁹⁷⁶ Cass. soc., 12 février 1997, n°s 95-41.694 et 95-41.695, *Bull. V*, n° 58, p. 38 ; Cass. soc., 23 novembre 1999, n° 97-42.940, *Bull. V*, n° 447, p. 329 (« Il appartient au salarié qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes et il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire de cette mesure, d'établir que la disparité de situation ou la différence de rémunération constatée est justifiée par des critères objectifs, étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe ») ; Cass. soc., 28 mars 2000, n°s 97-45.258 et 97-45.259, *Bull. V*, n° 126, p. 95. V. aussi Cass. soc., 26 avril 2000, n°s 98-42.643 et a., *Bull. V*, n° 151, p. 116 et Cass. soc., 4 juillet 2000, n° 98-43.285, *Bull. V*, n° 264, p. 209. V. encore LANQUETIN, M.-T., « Un tournant en matière de preuve de la discrimination », *op. cit.*, p. 589.

motifs²⁹⁷⁷, en 2002 en matière de logement²⁹⁷⁸, en 2004 pour les motifs de l'origine nationale, de l'ethnie et de la prétendue race²⁹⁷⁹, puis en 2008 à l'ensemble des motifs et des domaines en matière civile, sociale et administrative visés par la loi du 27 mai 2008²⁹⁸⁰. Bien que le droit communautaire n'impose pas aux États membres d'aménager la charge de la preuve pour les procédures « dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction ou l'instance compétente », la décision d'assemblée du 30 octobre 2009 du Conseil d'État paracheva le processus en adoptant un dispositif probatoire prétorien, équivalent au nouveau dispositif légal, applicable en droit administratif aux affaires antérieures à 2008²⁹⁸¹. La loi du 27 mai 2008, les directives communautaires, le Conseil constitutionnel et la chambre criminelle de la Cour de cassation précisent unanimement que ce mécanisme probatoire est en revanche inapplicable à la procédure pénale²⁹⁸².

819. Le mécanisme probatoire esquissé ci-dessus, abondamment commenté, a ainsi permis d'établir un équilibre propice au développement d'un contentieux préalablement miné par les exigences probatoires classiques, sans pour autant que ne soient menacés les droits du mis en cause. Le Conseil constitutionnel a souligné le caractère conforme du dispositif au regard des droits de la défense et de la présomption d'innocence, tout en accompagnant ses conclusions de quatre réserves d'interprétation (*i.e.* non-application du mécanisme probatoire à la procédure pénale, obligation pour le requérant d'établir la matérialité des éléments de fait précis et concordants au soutien de son allégation, respect du contradictoire et, en cas de doute, ordonnance par le juge de mesures d'instruction pour forger sa conviction)²⁹⁸³. Les deux cours suprêmes ont quant à elles émis des appréciations peu éloignées qui soulignent les difficultés de la preuve dans ce domaine et

²⁹⁷⁷ Art. 1 de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001, modifiant l'art. L. 122-45, al. 4 du Code du travail. Le mécanisme probatoire fut ainsi étendu au-delà de l'art. L. 123-1 du Code du travail, applicable à la seule discrimination fondée sur le sexe.

²⁹⁷⁸ Art. 158 de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, modifiant l'art. 1 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

²⁹⁷⁹ Art. 19 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la HALDE.

²⁹⁸⁰ Art. 4 de la loi n° 2008-496. Le mécanisme probatoire fut ainsi étendu à ces domaines au-delà de l'art. 19 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004, applicable aux seuls motifs de la race et de l'origine ethnique.

²⁹⁸¹ CE, Ass., 30 octobre 2009, n° 298348, *loc. cit.* : « s'il appartient au requérant qui s'estime lésé par une telle mesure de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte à ce dernier principe, il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si la décision contestée devant lui a été ou non prise pour des motifs entachés de discrimination, se détermine au vu de ces échanges contradictoires ; qu'en cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile ». Le Conseil d'État acte par conséquent un régime probatoire plus favorable que les directives. V. ici : art. 4, 2. de la directive 97/80/CE ; art. 8, 2. de la directive 2000/43/CE ; et art. 10, 2. de la directive 2000/78/CE.

²⁹⁸² Not. CC, Décision n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, cons. 84, rec. p. 49, Cass. crim., 3 avril 2007, n° 06-81.784, *Bull. crim.*, n° 105, p. 507 (« Les dispositions des articles 225-2 du Code pénal et L. 412-2 du Code du travail concernant les délits de discrimination et d'entrave à l'exercice du droit syndical n'instituent aucune dérogation à la charge de la preuve en matière pénale, qui incombe à l'accusation ») et Cass. crim., 11 avril 2012, n° 11-83.816, *Bull. crim.*, n° 95.

²⁹⁸³ *Idem*, cons. 89 et 90.

reconnaissent l'opportunité d'une répartition de la charge de son administration entre les différents acteurs. Elles concluent en chœur au respect des droits de la défense et de l'égalité des armes²⁹⁸⁴.

820. Les observateurs attestent de leur côté, *a posteriori*, d'une contribution significative de ce dispositif à la réalisation du droit de la non-discrimination. Marie Mercat-Bruns relevait en ce sens qu'il « ressort des entretiens avec les juges de cour d'appel et des avocats une observation unanime : cet aménagement a effectivement facilité la reconnaissance de situations de discrimination »²⁹⁸⁵. Par ailleurs, considérer la charge de la preuve comme un « instrument de régulation de l'accès au juge »²⁹⁸⁶ invite réciproquement à assimiler son allègement – non à un simple vecteur d'émergence du litige mais encore – à un facteur d'accessibilité accrue des juridictions pour les victimes²⁹⁸⁷. Malgré ces mérites, après une analyse critique de ce mécanisme probatoire et des difficultés persistantes du cadre contentieux dans lequel il s'inscrit, Anne Danis-Fâtome concluait que « le fardeau qui pèse sur les épaules des victimes de discrimination reste donc lourd et demeure incontestablement un frein »²⁹⁸⁸. Sans alimenter l'autopsie de ce mécanisme probatoire, déjà amplement disséqué par la doctrine, il convient de s'interroger plus avant sur les modalités et l'opportunité de sa possible extension.

821. La première piste envisageable à ce titre consisterait à achever formellement la généralisation de ce dispositif à l'ensemble des domaines, notamment en l'intégrant explicitement au sein de l'article L. 1110-3 du Code de la santé publique. Celui-ci dispose qu'aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention ou aux soins, sans toutefois préciser l'application de l'aménagement de la charge de la preuve en cas de recours contentieux²⁹⁸⁹. L'ajout avait par conséquent été recommandé par le Défenseur des droits dans son avis n° 13-04 ainsi que dans un rapport de mars 2014 relatif aux refus de soins²⁹⁹⁰, sans que suite ne soit donnée à ce jour.

²⁹⁸⁴ V. Cass. soc., 28 janvier 2010, n° 08-41.959, *Bull.* V., n° 28 (« Eu égard à la nécessité de protéger les droits fondamentaux de la personne concernée, l'aménagement légal des règles de preuve d'une discrimination, prévues par l'article L. 1134-1 du Code du travail, ne viole pas le principe de l'égalité des armes ») et CE, Ass., 30 octobre 2009, *Perreux, loc. cit.* (l'office du juge administratif est exercé « en tenant compte des difficultés propres à l'administration de la preuve en ce domaine et des exigences qui s'attachent aux principes à valeur constitutionnelle des droits de la défense »).

²⁹⁸⁵ MERCAT-BRUNS, M. et PERELMAN, J. (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination, op. cit.*, p. 138.

²⁹⁸⁶ MEKKI, M., « Regard substantiel sur le "risque de preuve". Essai sur la notion de charge probatoire », in MEKKI, M. CADIET, L. ET GRIMALDI, C. (dir.), *La preuve : regards croisés*, Paris, Dalloz, 2015, p. 7 et s., spéc. p. 24.

²⁹⁸⁷ DANIS-FÂTOME, A., « Le dispositif propre à la charge de la preuve : frein ou outil de lutte contre les discriminations ? », *RevDH*, n° 9, 2016.

²⁹⁸⁸ *Ibidem*.

²⁹⁸⁹ *Ibidem* : « De quelle effectivité ce texte peut-il être doté si aucun allègement de la charge de la preuve n'est appliqué au profit du patient discriminé ? ».

²⁹⁹⁰ DÉFENSEUR DES DROITS, Avis n° 13-04, présenté lors de l'audition du 23 avril 2013 à la Commission des lois du Sénat sur la proposition de loi relative à l'accès aux soins pour les plus démunis (texte n° 352 rectifié, enregistré à la Présidence du Sénat le 13 février 2013). V. aussi DÉFENSEUR DES DROITS, *Le refus de soins opposé aux bénéficiaires de la CMU-C, de l'ACS et de l'AME*, Paris, Défenseur des droits, 2014 p. 3, 5 et 23.

Une précision identique pourrait être éventuellement insérée au sein des articles R. 4127-7 (médecin), R. 4127-211 (chirurgien-dentiste)²⁹⁹¹, voire L. 162-1-14-1 du CSP (professionnel de santé d'un organisme local d'assurance maladie)²⁹⁹². La disparité actuelle dans la rédaction des textes pourrait en effet s'apparenter à une protection moindre des allégations de discrimination dans l'accès aux soins qui ne sont pas fondées sur la loi du 27 mai 2008²⁹⁹³. Cette disparité rédactionnelle conduit surtout à souligner, une fois de plus, l'intérêt prioritaire d'une consolidation du droit de la non-discrimination pour limiter sa fragmentation matérielle et formelle²⁹⁹⁴.

822. Une seconde perspective complémentaire consisterait à réévaluer l'emprise de l'aménagement de la charge de la preuve sur la procédure pénale. Les commentateurs sont en la matière quasiment unanimes pour considérer que l'impérative nécessité de préserver la présomption d'innocence conduit à écarter rigoureusement cette hypothèse. Certaines dissonances existent néanmoins, relayées notamment – en partie seulement – par Jacques Toubon pour qui « on devrait également réfléchir à l'instauration d'un régime spécial de preuve en matière pénale »²⁹⁹⁵. Édouard Dubout considère, lui, qu'exclure l'aménagement de la charge de la preuve pour cette matière aboutit « à priver d'efficacité le recours au juge afin de faire sanctionner la violation d'un droit fondamental, en l'occurrence celui de ne pas subir de discrimination »²⁹⁹⁶. S'appuyant sur la présomption de responsabilité des directeurs de la publication²⁹⁹⁷, il plaide pour l'instauration d'une présomption de responsabilité semblable sous réserve qu'elle ne soit pas irréfragable²⁹⁹⁸. Les considérations de Marc Touillier peuvent également être soulignées en ce qu'elles conduisent à envisager quatre moyens potentiels qui permettent de dépasser les obstacles de la preuve, toujours écrasante devant les juridictions répressives²⁹⁹⁹. Le premier moyen repose précisément sur

²⁹⁹¹ Le médecin, le chirurgien-dentiste « doit soigner avec la même conscience toutes les personnes quels que soient leur origine, leurs mœurs et leur situation de famille, leur appartenance ou leur non-appartenance à une ethnie, une nation ou une religion déterminée, leur handicap ou leur état de santé, leur réputation ou les sentiments qu'il peut éprouver à leur égard ».

²⁹⁹² « Peuvent faire l'objet d'une sanction, prononcée par le directeur de l'organisme local d'assurance maladie, les professionnels de santé qui : 1° Pratiquent une discrimination dans l'accès à la prévention ou aux soins ».

²⁹⁹³ Il est de surcroît remarquable que ces précisions ne figurent pas non plus au sein des articles 6 et 6 *bis* de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. La jurisprudence *Perreux* comble cependant le silence des textes, y compris pour l'application des dispositions du CSP lorsqu'elle relève de la compétence des juridictions administratives.

²⁹⁹⁴ Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, II, B.

²⁹⁹⁵ V. not. ses propos *in* BONDUELLE, M., « La "réalité" est devenue une excuse (entretien avec Jacques Toubon) », *op. cit.*, § 11.

²⁹⁹⁶ DUBOUT, É., *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 621.

²⁹⁹⁷ Art. 93-3 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.

²⁹⁹⁸ DUBOUT, É., *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 621. V. encore p. 619-620 (« les directives communautaires de lutte contre les discriminations prévoient explicitement que le rééquilibrage de la charge de la preuve "ne s'applique pas aux procédures pénales". Cette précision est doublement embarrassante et, à notre sens, ne se justifie pas pleinement ») et p. 621-622 (« le rééquilibrage de la charge de la preuve préconisé par le droit communautaire est transposable au contentieux pénal »).

²⁹⁹⁹ TOUILLIER, M., « Réflexions sur l'opportunité d'étendre l'aménagement du fardeau probatoire en matière pénale », *op. cit.*, p. 272-280.

l'extension au droit pénal de l'aménagement de la charge de la preuve qu'il estime ne pas être incompatible avec le principe de présomption d'innocence. Il relève au soutien de son propos un assouplissement de la position communautaire sur ce plan³⁰⁰⁰ et, surtout, l'existence d'un mécanisme probatoire similaire pour les délits de prostitution, de mendicité, de vente à la sauvette, de recel de biens et de terrorisme. La responsabilité pénale est dans ces cas engagée si le mis en cause « ne parvient pas à justifier de ressources correspondant à son train de vie »³⁰⁰¹. La présomption de culpabilité pourrait ensuite, plus radicalement, être envisagée. Elle repose également sur un mécanisme, certes peu familier, mais déjà présent en droit positif au sein du Code de la route et du Code des douanes³⁰⁰². L'auteur écarte cela dit ce mécanisme, peu attrayant et présentant peu d'avantages au regard de la première hypothèse. Une troisième approche consiste à renforcer la catégorie quelque peu anachronique des délits matériels. Pour ces délits, l'élément moral n'a pas à être établi. Il découle de la constatation matérielle des faits, en l'occurrence le traitement défavorable fondé sur un motif énoncé à l'article 225-1 du Code pénal et qui entre dans le champ des actes matériels de l'article 225-2. Cependant, la voie semble là encore trop étroite, car dépendante des consécutions jurisprudentielles et relativement fragile au regard de l'article 121-3 du Code pénal (« Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre »). Finalement, « alliant efficacité répressive et respect des principes fondamentaux applicables en matière pénale », c'est la voie alternative de la contraventionnalisation des discriminations qui est envisagée par l'auteur³⁰⁰³. L'avantage est ici encore d'évacuer la preuve de l'élément moral, qui découle de la matérialité des faits. Cette piste neutralise en revanche toute peine privative de liberté et limite le montant des amendes à 1 500 € pour les personnes physiques – ou à 3 000 € en cas de récidive. Considérant les obstacles envisagés dans la présente étude au sujet du défaut d'opérationnalité de la voie pénale, les gains semblent maigres, au point de préférer à cette dernière hypothèse une marginalisation de la voie pénale en matière de discrimination, hors cas d'une exceptionnelle gravité³⁰⁰⁴. À terme, la perspective la plus fructueuse repose tout au plus sur l'éventuelle opportunité d'une extension de l'application de l'aménagement de la charge de preuve – qui peine néanmoins à pleinement convaincre.

823. L'attention pourrait en continuité être portée sur une autre particularité procédurale qui, indirectement cette fois, permettrait d'alléger encore la charge probatoire pour la victime. Le

³⁰⁰⁰ À l'article 19 de la directive 2006/54/CE, il est classiquement précisé que l'aménagement de la charge de la preuve « ne s'applique pas aux procédures pénales ». En prolongement, un élément nouveau vient s'ajouter pour infléchir la rigidité de cette inapplication : « sauf si les États membres en disposent autrement ».

³⁰⁰¹ Art. 225-6, 3°, 225-12-5, al. 6, 225-12-8, al. 3, 321-6, al. 1 et 421-2-3 du Code pénal.

³⁰⁰² Art. L.121-2 et L.121-3 du Code de la route et art. 392 à 394 du Code des douanes.

³⁰⁰³ TOULLIER, M., « Réflexions sur l'opportunité d'étendre l'aménagement du fardeau probatoire en matière pénale », *op. cit.*, p. 278.

³⁰⁰⁴ Sur ce point, v. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, I.

requérant pourrait en effet profiter du bénéfice du doute, entendu comme « la conséquence opérationnelle de l'impossibilité, pour qui en a la charge, d'apporter la preuve [...] de l'infraction et d'emporter ainsi la conviction du juge »³⁰⁰⁵. En droit pénal, la preuve pèse sur le ministère public et le doute profite nécessairement à l'accusé en vertu de la présomption d'innocence et de l'article 9 de la DDHC³⁰⁰⁶. En contraste, Anne Danis-Fâtome suggère que les dispositions et jurisprudences pertinentes³⁰⁰⁷, en droit administratif et en droit civil, soient enrichies d'un alinéa précisant que « le doute profite à la victime »³⁰⁰⁸. Cette précision se retrouve déjà, entre autres, aux articles L. 1225-3 (prise en compte de la situation de grossesse à l'embauche ou dans l'emploi), L. 1235-1, alinéa 5, du Code du travail (différents relatifs au contrat de travail) et 102 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (différents relatifs à l'imputabilité d'une contamination par le virus de l'hépatite C). Une telle précision renforcerait la nécessité pour le mis en cause d'apporter l'ensemble des éléments en sa possession, spontanément ou en répondant à une injonction de produire. Tout en demeurant potentiellement suffisante lors de la première phase de l'administration de la preuve (*i.e.* établissement d'une présomption de discrimination), l'inertie du mis en cause s'avèrerait de ce fait plus risquée, l'incitant avec davantage de force à participer précocement à l'effort probatoire³⁰⁰⁹. Mais cette précision s'articule mal avec les dispositions actuelles qui prévoient déjà que, en cas de doute sur l'existence de la discrimination, il appartient au juge d'ordonner toute mesure d'instruction utile pour forger sa conviction. Une position intermédiaire a parfois été avancée. Elle consiste à plaider de manière équilibrée pour que, selon que le doute porte sur l'établissement ou la justification de la présomption de discrimination, l'incertitude profite respectivement au défendeur ou au requérant – et non systématiquement à la victime alléguée³⁰¹⁰. Cette proposition pourrait être retenue. Il ne pourrait néanmoins s'agir, concernant l'établissement de la discrimination *prima facie*, que du doute persistant, après exercice des prérogatives d'instruction, afin de préserver une cohérence avec les dispositions précitées. Quant à la justification de la mesure contestée, le risque de la preuve serait supporté par le

³⁰⁰⁵ COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2012. La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation, op. cit.*, p. 215. V. aussi p. 95 : « L'actuel Code du travail prévoit que lorsqu'un doute subsiste quant aux motifs justifiant le licenciement, il profite au salarié ».

³⁰⁰⁶ *Idem*, p. 216. Les juges du fond ne peuvent néanmoins faire bénéficier l'accusé du doute qu'après avoir épuisé l'ensemble des éléments de preuve raisonnablement accessibles. En ce sens, v. CESARO, F., « Discrimination syndicale : charge de la preuve », *JCP S*, n° 26, 2007, p. 1493, à propos de Cass. crim., 3 avril 2007, n° 06-81.784, *Bull. crim.*, n° 105, p. 507.

³⁰⁰⁷ Not. art. 4 de la loi du 27 mai 2008, art. L. 1134-1 du Code du travail, CE, Ass., 30 octobre 2009, *Perreux, loc. cit.*, CC, Décision n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, *loc. cit.*

³⁰⁰⁸ DANIS-FÂTOME, A., « Le dispositif propre à la charge de la preuve : frein ou outil de lutte contre les discriminations ? », *loc. cit.*

³⁰⁰⁹ Au pénal, v. sur cette analyse CESARO, F., « Discrimination syndicale : charge de la preuve », *loc. cit.*

³⁰¹⁰ DUBOUT, É., *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations, op. cit.*, p. 617. Cette proposition a été avancée par l'auteur « afin de ne pas décourager les requérants et de conférer une pleine efficacité au principe d'interdiction des discriminations ».

défendeur qui ne parvient pas à emporter la conviction du juge³⁰¹¹. Tel semble déjà être le cas en substance, tant et si bien que l'apport serait maigre. Il posséderait, cela dit, une possible vertu incitative, tout en clarifiant les implications de la clause d'aménagement de la charge de la preuve, parfois difficile à saisir pour les parties, y compris les défendeurs.

824. Poussant le raisonnement plus avant, certains auteurs ont envisagé d'imposer à l'employeur, au bailleur, ou encore au prestataire de service, d'avancer les éléments visant à établir l'absence de discrimination, dès l'introduction de l'instance³⁰¹². La suggestion s'appuie de nouveau sur un dispositif existant, celui de l'article L. 1235-9 du Code du travail relatif aux licenciements économiques. L'objectif de cette mesure est de neutraliser la charge de la preuve pour le salarié qui n'est pas en possession des informations nécessaires, comme cela s'avère être le cas dans bon nombre de litiges liés à la discrimination. À l'occasion d'une affaire portant sur un acte discriminatoire, la Cour EDH a précisément rappelé qu'une application rigoureuse du principe *affirmanti incumbit probatio* ne se révélait pas toujours pertinente³⁰¹³. Elle poursuivait en avançant que « dans certaines circonstances, lorsque les événements en cause, dans leur totalité ou pour une large part, sont connus exclusivement des autorités, la charge de la preuve pèse selon la Cour sur les autorités, qui doivent fournir une explication satisfaisante et convaincante »³⁰¹⁴. Une position similaire – fondée sur un parallélisme du raisonnement entre États membres mis en cause devant la Cour EDH et personnes physiques ou morales intimées devant les juridictions internes – pourrait alors prolonger l'allègement de la charge de la preuve pour le requérant en droit français. Faire peser cette charge exclusivement sur le défendeur, de manière générale, nous semble toutefois démesuré.

825. *In fine*, l'allègement de la tâche du requérant par la répartition de la charge de la preuve, aussi innovant et utile soit-il, pourrait encore être complété par certaines des mesures envisagées ci-dessus, notamment une considération explicite de l'extension de l'aménagement de la charge de la preuve à tous les domaines – hors droit pénal – par voie de consolidation, ainsi que la reconnaissance du bénéfice du doute pour la victime face à la tentative de justification du défendeur. Les difficultés ne dépendent toutefois pas de la seule répartition de l'effort probatoire. Encore convient-il de déterminer avec précision ce qui est attendu du requérant pour qu'il s'acquitte de cet effort. À ce titre, une incertitude persiste au sujet de l'identification du seuil de la preuve

³⁰¹¹ *Ibidem*.

³⁰¹² GUIOMAR, F., « Le rôle respectif des parties et du juge dans la preuve de discriminations syndicales », *RDT*, 2012, p. 510 et s. : « Il pourrait en conséquence être suggéré (aux juges ou au législateur) de retenir une lecture plus protectrice du droit à la preuve dans ces litiges en imposant à l'employeur d'avancer ses preuves pour établir qu'il a respecté les règles d'égalité de traitement ».

³⁰¹³ COUR EDH, Grande ch., 13 novembre 2007, *DH et autres c. République tchèque*, *op. cit.*, § 179.

³⁰¹⁴ *Ibidem*.

pour le requérant amené à présenter les éléments de fait qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination³⁰¹⁵.

2) La clarification du seuil de la preuve des discriminations *prima facie*

826. À l'exception du droit pénal, le requérant n'est pas tenu d'apporter une preuve complète de la discrimination. Il peut se contenter d'avancer les faits laissant présumer son existence et ainsi caractériser une présomption réfragable de discrimination. Il est souhaitable pour ce faire d'établir trois éléments en cas de discrimination directe : l'existence d'une différence de traitement (*e.g.* décision, mesure, conduite), fondée sur une caractéristique protégée, qui produit un effet défavorable (*i.e.* un traitement moins favorable) pour les personnes partageant cette caractéristique – ou des personnes qui leur sont associées en cas de discrimination par association. En cas de discrimination indirecte, il s'agit de démontrer : l'existence d'une mesure en apparence neutre (*e.g.* généralement une différence de traitement fondée sur un autre critère qu'un motif consacré)³⁰¹⁶, qui produit nonobstant un effet défavorable (*i.e.* un désavantage particulier) pour des personnes par rapport à d'autres au regard d'une caractéristique protégée³⁰¹⁷. La première difficulté rencontrée par le requérant réside dans la détermination du seuil de conviction à franchir pour que le juge admette l'existence d'une discrimination *prima facie*.

827. Or, il est relativement difficile pour le requérant de situer le seuil de la preuve attendue devant les juridictions administratives où la conviction du juge semble constituer une épreuve particulièrement délicate. Des observateurs attentifs ont notamment estimé que la présomption de discrimination n'était retenue par le juge administratif, à l'issue du test de comparaison, que lorsque la défense de l'administration témoignait d'une certaine indigence³⁰¹⁸. Il tend à considérer, à défaut, que « la présomption de discrimination n'est pas établie »³⁰¹⁹. Marie Mercat-Bruns relève en ce sens que le juge attend dans certains cas que la première phase de la preuve suffise à « établir » la discrimination³⁰²⁰. La loi du 27 mai 2008 et la jurisprudence *Perreux* se contentent pourtant d'exiger

³⁰¹⁵ LANQUETIN, M.-T., « Discrimination », *op. cit.*, § 235.

³⁰¹⁶ V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, I, A.

³⁰¹⁷ Lorsque la prétention se fonde sur l'article 14 de la Convention EDH, il doit également être démontré que le traitement défavorable a pour effet de compromettre la jouissance d'une liberté ou d'un droit garanti par la Convention.

³⁰¹⁸ MERCAT-BRUNS, M. et PERELMAN, J. (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination*, *op. cit.*, p. 59.

³⁰¹⁹ CE, 20 novembre 2013, n° 362879, relevé *in ibidem*.

³⁰²⁰ CAA Marseille, 17 juillet 2012, n° 12MA01057 (relevé *in ibidem*) : « si la HALDE note que les emplois de directeurs et sous-directeurs ont toujours été occupés par des hommes au cours de la période au cours de laquelle elle a effectué ses investigations, cette seule constatation ne suffit pas, compte tenu du principe de promotion de grade au mérite applicable aux agents publics, de la petite taille de la structure et de la courte période concernée, à établir la discrimination entre hommes et femmes alléguée ».

du requérant des faits de nature à laisser présumer la discrimination. La tâche du requérant semble ici indûment rehaussée.

828. Les difficultés s'avèrent sensiblement identiques devant le juge judiciaire et la Cour de cassation s'est longtemps échinée à rappeler aux juges du fond la nécessité d'aménager la charge de la preuve. Surtout, persiste un certain flou autour de la nature des éléments à apporter³⁰²¹. Pour qualifier des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination, les juridictions ont parfois exigé des éléments « objectifs »³⁰²² ou des éléments « révélateurs »³⁰²³ du traitement discriminatoire. Dans la lignée de la formule de la Cour EDH³⁰²⁴, les cours d'appel ont encore pu attendre des éléments de fait présentés qu'ils soient « précis »³⁰²⁵ et « concordants »³⁰²⁶, voire « détaillés »³⁰²⁷, cela afin d'« établir » dans le premier cas « la volonté »³⁰²⁸ discriminatoire de l'employeur. Force est de constater, avec les chercheurs du CREDESPO, que l'absence de vocabulaire stable de la part des cours jette un doute sur le seuil de la preuve. Fréquemment, « le juge semble attendre des éléments plus précis que ce que lui indique le texte de loi »³⁰²⁹.

829. Quelques clarifications semblent en écho nécessaires afin de résorber le risque de la preuve et de renforcer la sécurité juridique pour les victimes au regard de l'aspect variable des exigences³⁰³⁰. Plusieurs éléments qui conditionnent la présomption de discrimination peuvent notamment faire l'objet d'une clarification (*i.e.* la cause du traitement défavorable, la réalité de la caractéristique protégée et sa modalité de prise en compte).

³⁰²¹ V. not. ICARD, P. et LAIDIÉ, Y. (dir.), *Le principe de non-discrimination : l'analyse des discours*, *op. cit.*, p. 281.

³⁰²² CA Bordeaux, 22 septembre 2011, n° 10/05162, not. relevé *in ibidem*.

³⁰²³ Cass. soc., 18 novembre 2009, n° 08-42.846, inédit, not. relevé *in ibidem*.

³⁰²⁴ À l'exception des affaires criminelles (COUR EDH, Grande ch., 6 juillet 2005, *Natchova c. Bulgarie*, *op. cit.*, § 147 et COUR EDH, 4^e sect., 18 mai 2000, *Velikova c. Bulgarie*, req. n° 41488/98, § 94 et § 70 : la Cour refuse de transférer la charge de la preuve à l'État défendeur en dépit d'« un certain nombre d'arguments sérieux » dès lors que la discrimination n'est pas prouvée « au-delà de tout doute raisonnable »), la Cour EDH exige du requérant un « commencement de preuve » afin d'établir une présomption de discrimination qu'il incombera au défendeur de réfuter. Est alors attendu un « faisceau d'indices ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants ». Elle ajoute néanmoins que « le degré de conviction nécessaire pour parvenir à une conclusion particulière et [...] la répartition de la charge de la preuve sont intrinsèquement liés à la spécificité des faits, à la nature de l'allégation formulée et au droit conventionnel en jeu » (COUR EDH, Grande ch., 13 novembre 2007, *DH et autres c. République tchèque*, *op. cit.*, § 178, 180, 187 et 188). Il est dès lors relativement difficile pour le requérant de situer le seuil de la preuve attendue. En ce sens, v. BRILLAT, M., *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, *op. cit.*, p. 296-297.

³⁰²⁵ CA Paris, 15 mai 2013, n° 11/12675 ; CA Colmar, le 28 mars 2013, n° 11/04717, not. relevés *in* ICARD, P. et LAIDIÉ, Y. (dir.), *Le principe de non-discrimination : l'analyse des discours*, *op. cit.*, p. 281.

³⁰²⁶ CA Lyon, 10 septembre 2012, n° 11/03177, not. relevé *in ibidem*. V. aussi TA, Châlons-en-Champagne, 1^{er} décembre 2015, n° 1400446.

³⁰²⁷ CA Paris, 26 février 2014, n° 11/11688, not. relevé *in ibidem*.

³⁰²⁸ CA Paris, 15 mai 2013, n° 11/12675 not. relevé *in ibidem*.

³⁰²⁹ ICARD, P. et LAIDIÉ, Y. (dir.), *Le principe de non-discrimination : l'analyse des discours*, *op. cit.*, p. 281.

³⁰³⁰ En ce sens, SERENO, S., « La preuve des discriminations en droit du travail », *loc. cit.*

830. La première clarification repose sur l'absence de nécessité de faire présumer que le traitement défavorable repose sur une intention discriminatoire – devant les juridictions civiles, prud'homales et administratives du moins. Une telle démonstration s'avère d'une extrême difficulté lorsque l'élément intentionnel ne transparait ni à l'oral ni à l'écrit³⁰³¹. Son exigence revient à neutraliser la démarche probatoire du requérant. Certaines juridictions ont pourtant rejeté les allégations au motif que les éléments apportés ne révélaient pas une « intention de nuire »³⁰³². Il n'est pas rare que la doctrine considère de son côté que, en droit du travail, « pour retenir la discrimination directe, il faut caractériser l'intention » quand, « au contraire, s'agissant de la discrimination indirecte, l'intention de l'auteur est indifférente, seul compte le résultat »³⁰³³. Le Sénat ne contribue guère à clarifier la question lorsqu'il adopte une résolution le 17 novembre 2008 et considère que « la discrimination est l'intention de nuire à une personne en raison de ses caractéristiques personnelles »³⁰³⁴. Loin d'être isolée³⁰³⁵, cette appréciation est également relayée par les magistrats. L'un des rapporteurs publics auditionnés par des chercheurs du CREDESPO précise en ce sens que la discrimination directe « défavorise *intentionnellement* une personne en fonction de certains critères définis », alors que la discrimination indirecte se rapporte essentiellement à « l'effet d'une mesure générale »³⁰³⁶. D'autres perçoivent dans l'intention non plus un élément distinctif entre discriminations directes et indirectes mais entre la violation du principe d'égalité et celle de l'interdiction de la discrimination³⁰³⁷. Cette perception est à la fois fondamentalement erronée et nuisible à l'action en justice de la victime dans la mesure où elle suffit à mettre en échec sa démarche probatoire. Au même titre que la seule absence d'intention discriminatoire constitue un moyen de défense inopérant, la preuve de son existence n'est en aucun cas nécessaire à l'établissement d'une discrimination *prima facie*, même directe. Il appartient en conséquence aux juridictions de « se détourner » de cette question et « d'éviter la rugosité de l'élément intentionnel »³⁰³⁸. La conception

³⁰³¹ DANTI-JUAN, M., « Discrimination », *op. cit.*, § 41.

³⁰³² CA Douai, 27 juin 2008, n° 07/02646.

³⁰³³ BOSSU, B. (dir.), *Les discriminations dans les relations de travail devant les Cours d'appel. La réalisation contentieuse d'un droit fondamental*, *op. cit.*, p. 400-401, à propos de CA Versailles, 27 octobre 2010, n° 10/00254.

³⁰³⁴ Résolution reproduite et commentée in LAULOM, S., « Égalité de traitement entre les personnes : une directive de trop ? », *RDT*, 2009, p. 8 et s. Soulignons que la résolution du Sénat avait pour volonté de s'opposer vigoureusement à une proposition de directive communautaire. À Sylvaine Laulom de conclure : « Il est pour le moins gênant que la critique de l'approche communautaire repose sur une appréhension erronée des concepts communautaires qu'elle dénonce ».

³⁰³⁵ V. sur ce point Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, I, B, 1).

³⁰³⁶ ICARD, P. et LAIDIÉ, Y. (dir.), *Le principe de non-discrimination : l'analyse des discours*, *op. cit.*, p. 98 (nous soulignons).

³⁰³⁷ *Idem*, p. 73-74 : « une troisième distinction opérée par plusieurs rapporteurs publics entre égalité et non-discrimination concerne la question de l'intentionnalité ». Un rapporteur public interrogé par le CREDESPO indique notamment : « pour passer au stade de discrimination, je dirais que pour moi, il faut qu'il y ait une intention de discriminer. Il faut pouvoir démontrer que celui qui discrimine, il a dit "toi, je vais t'imposer un traitement différent pour bien te faire sentir que je ne t'aime pas" ».

³⁰³⁸ *Idem*, p. 236, 240 et 251. Pour certains auteurs, ce « dépassement » est par ailleurs favorisé par l'aménagement de la charge de la preuve. En ce sens, v. MERCAT-BRUNS, M. et PERELMAN, J. (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination*, *op. cit.*, p. 138 : « L'utilité vient de cette possibilité de présenter certaines allégations

de la discrimination applicable devant les juridictions civiles, prud'homales et administratives, parfois qualifiée de conception « objective »³⁰³⁹, se distingue en cela de la conception pénale qui se borne, elle, à sanctionner imparfaitement la discrimination intentionnelle³⁰⁴⁰. Il importe de recentrer l'analyse sur l'effet du processus discriminatoire et non sur ses motivations, sur le résultat plus que sur ses causes profondes³⁰⁴¹. La discrimination, même directe, peut reposer sur l'emprise des préjugés et stéréotypes systémiques, inconscients et involontaires³⁰⁴². Peu importe puisque l'ambition des recours civils et administratifs rejoint davantage la réparation que la sanction d'une conduite volontaire. Pour l'ensemble de ces raisons, il ne serait pas superflu de rappeler explicitement l'absence de nécessité de faire présumer l'intention du mis en cause afin de bénéficier de l'allègement de la charge de la preuve, par exemple dans une loi de consolidation.

831. La seconde clarification nécessaire s'attache au lien de causalité qui caractérise la relation entre l'acte discriminatoire et le motif invoqué. Avec une exigence particulièrement forte, le juge administratif a parfois refusé de reconnaître une discrimination lorsque le motif invoqué n'était pas le seul critère pris en compte dans l'imposition du traitement contesté, en dépit de l'aspect déterminant de ce motif. Il a notamment estimé qu'il ne résultait pas des faits « que la proposition de classement litigieuse aurait résulté [...] *uniquement* de l'âge [...] ; qu'à supposer qu'à mérite égal, il aurait été tenu compte de l'âge des deux premiers candidats pour fixer leur ordre de classement, cette seule circonstance ne saurait suffire à établir l'existence d'une discrimination illégale »³⁰⁴³. Moins frontalement, il est possible de s'interroger sur les conséquences des choix sémantiques du Conseil d'État lorsque celui-ci reconnaît en 2012 l'existence d'une discrimination car la différence de

de discrimination, éléments étayés par certains moyens de preuve (différence de salaire ou carrière...) et permet de dépasser "le débat sur l'intention de l'auteur de la discrimination" ».

³⁰³⁹ *Idem*, p. 346.

³⁰⁴⁰ Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, I, B, 2).

³⁰⁴¹ Un magistrat interrogé par l'équipe de recherche de Sciences Po explique fort justement que « la personne discriminée ne pouvait pas savoir ce qui était dans la tête de son employeur. Nous ce qui suffit c'est le résultat. Pas l'intention discriminatoire. [...] Ce que le juge doit comprendre c'est que ce qui est important dans la discrimination, c'est l'effet et non la cause et ensuite la justification donnée ». V. MERCAT-BRUNS, M. et PERELMAN, J. (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination*, *op. cit.*, p. 119. V. encore sur l'importance de l'effet défavorable, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, II, B, not. 2).

³⁰⁴² En ce sens, l'approche canadienne présente une fois de plus un éclairage instructif. Dans un arrêt de 1990, la Cour suprême du Canada précise que : « l'accent mis sur les effets, et non sur l'intention, s'explique facilement si l'on tient compte du fait que la discrimination systémique est beaucoup plus répandue dans notre société que la discrimination intentionnelle. Inclure dans des dispositions relatives aux droits de la personne l'exigence subjective de l'intention, au lieu de permettre aux tribunaux de porter uniquement leur attention sur les effets, ferait donc échec à l'un des principaux objectifs des lois interdisant la discrimination » (*Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 RCS 892, p. 931).

³⁰⁴³ TA Versailles, ord., 5 juillet 2007, n° 0706394 (nous soulignons). Relevé et commenté in CLUZEL-MÉTAYER, L., « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation », *loc. cit.* : « Cela signifie que le tribunal considère, de manière très discutable, qu'à partir du moment où l'âge n'est pas le seul critère pris en compte, il ne suffit pas à établir la discrimination illégale et ce, bien que ce critère ait été déterminant au regard de la décision prise (puisque "à mérite égal", c'est l'âge qui a finalement fait la différence). Si l'on suit cette solution, peu importe qu'un critère discriminant ait été à la base de la décision, tant qu'elle peut aussi s'expliquer par d'autres considérations ».

traitement était fondée « *exclusivement* sur le critère de l'âge »³⁰⁴⁴, d'autant plus qu'un arrêt de 2010 laissait entrevoir une inflexion de la jurisprudence précédente du juge administratif³⁰⁴⁵. Cette décision n'est pas sans rappeler la jurisprudence *Barel*. Le Conseil d'État, réuni en assemblée, retenait alors que le Secrétaire d'État ne pouvait, sans méconnaître le principe d'égalité, écarter une personne de la liste des candidats admis à concourir « en se fondant exclusivement sur ses opinions politiques »³⁰⁴⁶. En ce qu'elles suggèrent que la prise en compte du motif doit constituer une causalité exclusive pour que soit reconnue la discrimination, ces appréciations divergent de la jurisprudence constante de la chambre criminelle de la Cour de cassation. En dépit du degré d'exigence notable qui caractérise la voie pénale, cette dernière retient opportunément la constitution du délit de discrimination « même si la discrimination anti-syndicale n'a pas été le motif exclusif des mesures prises »³⁰⁴⁷. Régulièrement affirmée depuis 2000³⁰⁴⁸, cette formule de la chambre criminelle est désormais doublée d'une assertion concordante, qui retient que pour écarter l'hypothèse de mesures discriminatoires, il faut reconnaître « leur absence de tout lien » avec la caractéristique protégée³⁰⁴⁹. Il suffit ainsi que le motif ait été pris en compte pour admettre l'aspect discriminatoire de la mesure. Quant à la chambre sociale, elle a d'abord admis qu'il est interdit à l'employeur de « prendre en considération » l'exercice d'une activité syndicale³⁰⁵⁰ en vue de l'imposition d'un traitement défavorable. Puis, en 2007, elle considéra plus explicitement qu'« un employeur ne peut, *fût-ce pour partie*, prendre en compte les absences d'un salarié liées à ses activités syndicales pour arrêter ses décisions en ce qui concerne notamment la conduite et la répartition du travail, la formation professionnelle, l'avancement et la rémunération »³⁰⁵¹. Au-delà de la jurisprudence de la Cour de cassation, persiste la question de savoir si la seule prise en compte corrompt tout ou si celle-ci doit être déterminante dans l'imposition du traitement défavorable. Et si tel est le cas, à quel point ? La jurisprudence de la Cour EDH n'éclaircit pas cette interrogation lorsqu'elle précise que la discrimination est établie dès lors que la différence de traitement est fondée « exclusivement ou dans une mesure déterminante »³⁰⁵² sur une caractéristique protégée par

³⁰⁴⁴ CE, 8 décembre 2012, n° 326742, inédit (nous soulignons).

³⁰⁴⁵ CE, 4/5 SSR, 7 juillet 2010, n° 322636, mentionné aux tables : « le CNRS n'a produit aucun élément permettant d'établir que le jury d'admission n'aurait pas pris en compte une orientation donnée par la direction du CNRS relative à l'âge des candidats et se serait *seulement* fondé sur les capacités, aptitudes et mérites respectifs des candidats ; que, dans ces conditions, la délibération attaquée ne peut qu'être regardée comme reposant sur des critères entachés de discrimination » (nous soulignons).

³⁰⁴⁶ CE, Ass., 28 mai 1954, *Barel*, n° 28238 et a., Lebon.

³⁰⁴⁷ Cass. crim., 16 janvier 1990, n° 88-81.285, inédit. V. aussi Cass. crim., 14 juin 2000, n° 99-81.108, *Bull. crim.*, n° 226, p. 669.

³⁰⁴⁸ Cass. crim., 23 novembre 2004, n° 03-84.389, inédit ; Cass. crim., 15 janvier 2008 n° 07-82.380, inédit ; Cass. crim., 2 septembre 2008, n° 07-81.661, *Bull. crim.*, n° 174.

³⁰⁴⁹ Cass. crim., 6 janvier 2004, n° 02-88.240, *Bull. crim.*, n° 4, p. 10.

³⁰⁵⁰ Cass. soc., 17 octobre 2006, n° 05-40.393, *Bull. V*, n° 306, p. 293.

³⁰⁵¹ Cass. soc., 27 mai 2008, n° 07-40.145, inédit.

³⁰⁵² COUR EDH, Grande ch., 13 novembre 2007, *DH et autres c. République tchèque*, *op. cit.*, § 176. V. encore COUR EDH, 3^e sect., 13 décembre 2005, *Timichev c. Russie*, *op. cit.*, § 58.

l'article 14 de la Convention EDH. *Quid* de l'aspect déterminant de cette prise en compte ? Faut-il qu'elle soit particulièrement décisive ? Si oui, à quel point ? Afin de faciliter la tâche du requérant, il convient de clarifier ces imprécisions, à la fois en retenant explicitement et en généralisant la seule prise en compte du motif, même non essentielle, même non principale, comme suffisante à l'établissement du lien de causalité susceptible d'établir une présomption de discrimination – quitte à ce que cette prise en compte soit justifiée par la suite. Telle est notamment la position des juridictions canadiennes³⁰⁵³ qui n'exigent qu'une simple « connexion »³⁰⁵⁴ entre le motif et la mesure adoptée. La Cour suprême du Canada estime ainsi qu'il n'est « ni approprié ni juste » de recourir aux termes de « lien causal », considérés comme trop exigeants dans le cadre de l'effort probatoire pour caractériser la prise en compte du motif en vue de l'imposition de la discrimination³⁰⁵⁵.

832. La jurisprudence des cours canadiennes se veut tout aussi inspirante concernant la troisième clarification nécessaire du seuil de la preuve des discriminations *prima facie*. Plus accessoire que les deux premières, cette clarification concerne la réalité de la qualité prise en compte. La Cour suprême canadienne a amorcé en 2000 une nouvelle approche dite « contextuelle » ou « multidimensionnelle ». Théorisée au sujet du handicap, elle rejette l'enfermement du motif discriminatoire en cause dans « une définition étanche et dépourvue de souplesse »³⁰⁵⁶ et traduit préférentiellement une définition inclusive, tenant compte de la dimension sociopolitique qui insiste sur le « phénomène social »³⁰⁵⁷ du handicap, de l'orientation sexuelle, de la prétendue race ou du sexe. Cette perception insiste sur le fait qu'« une personne peut n'avoir aucune limitation dans la vie courante sauf celles qui sont créées par le préjudice et les stéréotypes »³⁰⁵⁸. Plus que la véracité de la caractéristique assignée ou son origine, c'est la perception de celle-ci qui est au cœur de la preuve. Que la prétendue race, l'orientation sexuelle, la grossesse ou le handicap soit réel ou qu'il soit imputé à tort, que les limitations soient avérées ou qu'elles soient simplement supposées, la personne sera protégée par le droit de la non-discrimination. Cette interprétation téléologique est

³⁰⁵³ Not. *Macan v. Strongco*, 2013 HRTO 841 (CanLII), par. 100 : « *it does not have to be the only or primary reason* ».

³⁰⁵⁴ Not. *Peel Law Association v. Pieters*, 2013 ONCA 396 (CanLII), par. 59 : « *All that is required is that there be a "connection" between the adverse treatment and the ground of discrimination. The ground of discrimination must somehow be a "factor" in the adverse treatment* ». Par exemple, en matière de profilage racial : un officier de police qui constate l'accélération d'un véhicule et décide de l'arrêter en partie en raison de la couleur de peau du conducteur commet, pour les juridictions canadiennes, un acte de profilage racial, cela, en dépit du fait que la vitesse du véhicule aurait pu justifier son action (*Peart v. Peel Regional Police Services*, 2006 CanLII 37566 (ONCA), par. 91).

³⁰⁵⁵ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, [2015] 2 RCS 789, par. 51 : « les actions en matière de discrimination fondées sur la *Charte* n'exigent pas un rapport étroit. Conclure autrement reviendrait à faire abstraction du fait que, comme les actes d'un défendeur peuvent s'expliquer par une multitude de raisons, la preuve d'un tel rapport pourrait imposer un fardeau trop exigeant au demandeur. Certaines de ces raisons peuvent bien sûr justifier les actes du défendeur, mais c'est à ce dernier qu'il appartient d'en faire la preuve. En conséquence, il n'est ni approprié ni juste d'utiliser l'expression "lien causal" en matière de discrimination ».

³⁰⁵⁶ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 RCS 665, p. 667.

³⁰⁵⁷ *Idem*, par. 83.

³⁰⁵⁸ *Idem*, par. 77.

justifiée par le fait que les objectifs de la législation « ne sauraient se réaliser à moins que l'on reconnaisse que les actes discriminatoires puissent être fondés autant sur les perceptions, les mythes et les stéréotypes que sur l'existence de limitations fonctionnelles réelles »³⁰⁵⁹. Dans le cadre de l'effort probatoire, il n'est par conséquent pas nécessaire au requérant de se définir par rapport au motif qu'il invoque. Seul compte le fait que cette caractéristique lui ait été assignée. En l'espèce, une personne perçue comme handicapée mais ne souffrant d'aucune limitation fonctionnelle fut protégée par le droit de la non-discrimination, comme l'aurait été un individu harcelé au sein de son entreprise en raison de sa grossesse ou de son homosexualité supposée mais non avérée. L'approche contextuelle est explicitement présente au sein de la législation française mais limitée à cinq critères de discrimination, à savoir la particulière vulnérabilité économique, « *apparente* ou connue », ainsi que l'appartenance ou la non-appartenance, « vraie ou *supposée* », à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion. Comme le souligne Gwénaële Calvès, la discrimination doit alors « être caractérisée de manière contextuelle, au terme d'une analyse de la relation entre l'auteur de la discrimination et sa victime »³⁰⁶⁰. Cette interprétation gagnerait à être explicitement élargie pour concerner l'ensemble des motifs de discrimination et ainsi permettre aux juridictions françaises d'appréhender l'effet défavorable au regard de ces caractéristiques, même lorsqu'elles se trouvent être imputées à tort.

833. Acter ces clarifications permet en résumé de faciliter l'effort probatoire du requérant en venant circonscrire l'objet de la preuve. Il lui appartient de démontrer que la perception – même erronée – d'une caractéristique protégée a constitué un facteur – même secondaire – d'un traitement défavorable, indépendamment de l'intention de l'auteur de la pratique ou de la mesure en cause. En cas de difficulté à s'acquitter de cet effort probatoire, le requérant peut solliciter l'appui d'autres acteurs.

B. La contribution réservée des tiers à l'effort probatoire du requérant

834. L'aménagement de la charge de la preuve et la clarification du seuil à atteindre pour établir une présomption de discrimination ne permettent pas, cependant, de dépasser l'inaccessibilité des éléments probants à laquelle le requérant est fréquemment confronté. Telle est la raison pour laquelle une partie de la doctrine considère qu'il subsistera « toujours des difficultés [...] tant que

³⁰⁵⁹ *Idem*, par. 39 et 48. Pour illustration, voir *James obo James v. Silver Campsites and another* (No. 2), 2011 BCHRT 370 (CanLII), par. 178-179 ou encore *Lipskaia v. Fabcor*, 2013 BCHRT 2 (CanLII), par. 20.

³⁰⁶⁰ V. les propos de Gwénaële Calvès retranscrits dans l'article cosigné avec Diane Roman, CALVÈS, G. et ROMAN, D., « La discrimination à raison de la précarité sociale : progrès ou confusion ? », *RDT*, 2016, p. 526.

ne sera pas reconnu un véritable droit d'accès à la preuve »³⁰⁶¹. L'implication de tiers peut contribuer à résorber ces difficultés. Le juge possède notamment un rôle central, principalement en raison du prononcé de mesures d'instruction. Ce rôle est néanmoins assuré avec une certaine réserve (1). Le soutien de l'inspection du travail présente en prolongement un intérêt crucial, plus encore lorsqu'il se traduit par une collaboration avec le Défenseur des droits (2).

1) Le juge, acteur clef de l'accès aux éléments probants

835. En droit civil comme en droit administratif, les éléments de preuve qu'une partie est seule en mesure de détenir ne sauraient être réclamés qu'à celle-ci³⁰⁶². Le juge administratif ne peut, par exemple, exiger du requérant qu'il apporte une preuve impossible et peut demander à l'administration des éléments dont le premier ne dispose pas. Les juridictions françaises sont ainsi en mesure d'ordonner la production de différents documents utiles à la défense des droits du requérant qui s'estime victime de discrimination (*e.g.* contrats de travail, avenants, bulletins de paie d'autres salariés, montant des primes, tableaux d'avancement et de promotion)³⁰⁶³. L'une des possibilités est de solliciter au cours du procès devant le juge judiciaire³⁰⁶⁴ une production forcée de certains documents en possession du mis en cause, sur le fondement des articles 11 et 144 du CPC³⁰⁶⁵. Il convient toutefois de démontrer un intérêt légitime à la production de ces pièces ainsi que leur utilité. Le juge apprécie souverainement les faits qui lui sont soumis et l'opportunité d'ordonner, par suite, la mesure d'instruction³⁰⁶⁶. Une décision de la cour d'appel de Paris, rendue

³⁰⁶¹ MOUREY, M., *Le rôle du droit pénal dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 475.

³⁰⁶² V. not. CE, 20 juin 2003, *Société établissement Lebreton*, n° 232832, Lebon (« En vertu des règles gouvernant l'attribution de la charge de la preuve devant le juge administratif, applicables sauf loi contraire, s'il incombe, en principe, à chaque partie d'établir les faits nécessaires au succès de sa prétention, les éléments de preuve qu'une partie est seule en mesure de détenir ne sauraient être réclamés qu'à celle-ci ») et article 11 du CPC (« Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime »).

³⁰⁶³ V. not. Cass. soc., 19 décembre 2012, n°s 10-20.526 et 10-20.528, *Bull. V*, n° 341. Sur cette affaire, v. BERLAUD, C., « La communication des pièces utiles à la preuve d'une discrimination », *Garç. Pal.*, n° 17, 17 janvier 2013 et AMRANI-MEKKI, S., « Du bon usage des mesures d'instruction *in futurum* en matière de discrimination », *Garç. Pal.*, n° 145, 25 mai 2013.

³⁰⁶⁴ Devant le juge administratif, la procédure inquisitoire s'exerce conformément à l'article R. 611-10 du CJA : « Sous l'autorité du président de la chambre à laquelle il appartient et avec le concours du greffier de cette chambre, le rapporteur fixe, eu égard aux circonstances de l'affaire, le délai accordé aux parties pour produire leurs mémoires. Il peut demander aux parties, pour être jointes à la procédure contradictoire, toutes pièces ou tous documents utiles à la solution du litige ».

³⁰⁶⁵ Respectivement : « les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus. Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime » et « Les mesures d'instruction peuvent être ordonnées en tout état de cause, dès lors que le juge ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer ».

³⁰⁶⁶ Pour un cas de rejet, v. Cass. soc., 3 décembre 2008, n° 07-42.976, inédit : « Attendu, ensuite, qu'ayant apprécié sur d'autres critères que celui du nombre la pertinence du panel produit par l'employeur et dont il résultait que la situation

en avril 2019, illustre cette stratégie contentieuse. Après avoir été déboutée en première instance, une requérante sollicitait au cours du procès l'ordonnance de la production forcée de dix-neuf bulletins de salaire. La cour d'appel ordonna la production de ces documents dans un délai de deux mois sous astreinte de 250 euros par jour de retard, le tout après avoir rappelé qu'« il importe de pouvoir vérifier la réalité de la différence de traitement alléguée » et que « le fait d'interdire à une partie de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions » constitue « une atteinte au principe d'égalité des armes résultant du droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme »³⁰⁶⁷.

836. Il est cependant relativement risqué pour la victime d'entamer la marche processuelle sans certitude des éléments probants qui seront à sa disposition à l'instant fatidique. Ces mesures, ordonnées au cours du procès, sont de surcroît fréquemment perçues par les magistrats comme une cause évitable d'allongement des délais contentieux, ce qui renforce la parcimonie dont ils font preuve lorsqu'il s'agit de recourir à cette option³⁰⁶⁸. L'observation de la pratique révèle par ailleurs que le juge tend à aligner ses exigences en vue du prononcé de ces mesures avec celles qui conditionnent le transfert de la charge de la preuve. Lorsqu'il fait droit à la demande d'instruction du demandeur, « c'est qu'il considère [qu'il] lui a déjà soumis suffisamment d'éléments pour insinuer le doute » sur la mesure contestée³⁰⁶⁹. Dans cette hypothèse, la mesure d'instruction est

de M. X... était au regard de sa classification dans une position médiane par rapport à une classe d'âge de salariés comparables à lui tant du point de vue de leur date d'embauche que de leur scolarité, la cour d'appel a souverainement décidé qu'il n'y avait pas lieu de faire droit à la mesure d'instruction sollicitée par le salarié ».

³⁰⁶⁷ CA Paris, 3 avril 2019, n° 14/11428.

³⁰⁶⁸ V. not. GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, *op. cit.*, p. 85 (« L'examen de la jurisprudence révèle cependant que les juges recourent rarement à cette possibilité »), p. 87 (« En définitive, les mesures d'instruction sont donc rarement mises en œuvre par les juridictions de droit social. En droit administratif, les juges recourent encore moins à ces mesures. Alors qu'ils disposent de pouvoirs étendus – demander des informations à l'administration, auditionner des témoins, se rendre sur place, éventuellement faire appel au Défenseur des droits –, ils ne les exercent quasiment jamais ») ou encore p. 90 (« De manière générale, les mesures d'instruction sont rarement utilisées par les juridictions. L'absence d'interventionnisme juridictionnel ainsi constaté n'est d'ailleurs pas propre à la lutte contre les discriminations et trouve son explication dans des contraintes propres au système juridique (délais des procédures allongés notamment) »). V. aussi SERENO, S., « La preuve des discriminations en droit du travail », *loc. cit.* : « le constat s'impose de l'absence de familiarité des salariés et des conseillers prud'homaux avec ces ressources probatoires. Les victimes ignorent généralement l'existence de ces mécanismes » ; « Face à la faiblesse du dossier produit par le salarié, certaines juridictions sont réticentes [...]. Des juges refusent de les mettre en œuvre en l'absence d'utilité eu égard à l'aménagement probatoire ou parce qu'ils s'estiment suffisamment informés sur les faits. De même, si le défendeur produit des éléments de fait permettant de justifier la mesure litigieuse, certains ne donnent pas suite à une demande d'instruction alors qu'elle pourrait présenter une certaine utilité ». Ces assertions sont confirmées par une analyse des bases de jurisprudence Légifrance (recherche experte) et Dalloz.

³⁰⁶⁹ MANIGOT, V., « Discrimination : demande de mesures d'instruction », *JCP S.*, n° 41, octobre 2013, p. 1397 et s., à propos de Cass. soc., 12 juin 2013, n° 11-14.458, *Bull. V.*, n° 156. Comme le décrit également Sophie Latraverse, la demande d'instruction demeure classiquement perçue comme une intervention sur la charge de la preuve, comme une mesure complémentaire destinée à corroborer les éléments probants déjà en possession de la partie qui la sollicite – et non pour établir les faits. V. LATRAVERSE, S., « L'ouverture de la jurisprudence en matière d'accès à la preuve : le défi de la mise en œuvre du droit de la non-discrimination en France », *Academy of European Law*, 2006, p. 6, en ligne [URL : http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/03_Burden_of_proof/2006_Latraverse_FR.pdf].

privée de son potentiel pour établir la discrimination *prima facie*. Plus qu'une aide à la victime en vue de l'acquittement de sa charge probatoire, elle est utilisée afin de renforcer ses allégations alors que les éléments avancés suffiraient à faire peser la charge de la preuve sur le mis en cause. On comprend alors mal la nuance entre l'exigence d'un motif légitime au prononcé de la mesure d'instruction, exigence normalement intermédiaire à l'acquittement de la charge probatoire du demandeur, et l'exigence d'éléments de fait laissant supposer la discrimination. Comme le souligne Vincent Manigot, ces mesures sont plutôt conçues restrictivement comme un simple moyen d'évaluation du préjudice subi par la victime³⁰⁷⁰. C'est pourtant avant tout en raison de sa contribution potentielle dans l'accès aux éléments probants que le pouvoir d'instruction du juge s'apparente à un facteur essentiel de revendication du droit à la non-discrimination.

837. Ce potentiel se trouve renforcé à la lecture de la jurisprudence *Perreux* qui invite le juge administratif à mener un travail d'instruction complet. La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, depuis son arrêt *Fluchère*, précise quant à elle qu'en présence d'une « discrimination syndicale invoquée », et non avérée, « si le juge n'a pas à se substituer à l'employeur, il lui appartient de vérifier [...] les conditions dans lesquelles la carrière des intéressés s'est déroulée »³⁰⁷¹. La Cour reconnaît ici que priver la victime de l'accès à la preuve revient à la priver d'un recours effectif et, qu'en conséquence, il appartient au juge de rechercher la preuve en possession de la partie adverse afin d'apprécier la teneur des allégations³⁰⁷². Tant en droit administratif qu'en droit civil, le juge n'est donc pas tenu de se limiter aux éléments avancés par les parties mais doit au contraire jouer un rôle actif dans la production des documents. Pour Thérèse Aubert-Monpeyssen, il s'agit là, en droit civil, d'un exemple « du passage d'une procédure accusatoire à une procédure plus inquisitoriale dans laquelle le juge participe activement à la manifestation de la vérité »³⁰⁷³. L'auteure poursuit en saluant cette avancée, des plus utiles au regard de la fréquente inégalité des positions et des difficultés de la preuve de discrimination³⁰⁷⁴. Toujours est-il que l'utilité d'une procédure qui tend vers une démarche inquisitoire révèle surtout son potentiel – en tant que facteur d'émergence du litige et de réduction du risque de la preuve pour la victime – lorsqu'elle est mise en œuvre avec diligence, notamment en amont du procès³⁰⁷⁵.

³⁰⁷⁰ *Ibidem*. V. en ce sens CA Paris, 3 avril 2019, n° 14/11428 : « Que la production des pièces sollicitées par l'appelante lui permettra, le cas échéant, de faire valoir utilement ses droits et pouvoir calculer le rappel de salaire dans la mesure où, elle cite les salariés dont elle souhaite qu'ils soient inclus dans le panel de comparaison et ne peut, faute d'éléments détenus par le seul employeur, étayer utilement sa demande ».

³⁰⁷¹ Cass. soc., 28 mars 2000, n°s 97-45.258 et 97-45.259, *Bull.* V, n° 126, p. 95.

³⁰⁷² LATRAVERSE, S., « L'ouverture de la jurisprudence en matière d'accès à la preuve : le défi de la mise en œuvre du droit de la non-discrimination en France », *loc. cit.*

³⁰⁷³ AUBERT-MONPEYSSSEN, T. « Discrimination syndicale : la charge de la preuve », *loc. cit.*

³⁰⁷⁴ *Ibidem*.

³⁰⁷⁵ Pour rappel, v. entre autres sur ce point : HOFFSCHIR, N. et ORIF, V., « Les stratégies relatives à l'établissement de la discrimination », *op. cit.*, p. 242-261, HOFFSCHIR, N. et ORIF, V., « La lutte contre les discriminations et les freins à la

838. Il est en effet fréquent, selon Frédéric Guiomar, que la cause arrive au stade du délibéré sans que les éléments probants aient pu être réunis en préalable³⁰⁷⁶, notamment à défaut d'utilisation des pouvoirs d'instruction³⁰⁷⁷, et alors que « la difficulté d'accès à la preuve en matière de discrimination suppose que le juge [les] utilise plus activement que d'ordinaire »³⁰⁷⁸. L'allongement potentiel des délais ne plaçant pas en faveur des mesures d'instruction sollicitées au procès, le rapport Pécaut-Rivolier proposait dès 2013 de solliciter la production des pièces devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes, saisi en référé ou à l'occasion d'une procédure au fond³⁰⁷⁹. Ces derniers sont en effet compétents en vertu de l'article R. 1454-14 du Code du travail³⁰⁸⁰. Une telle orientation permet de faire de la phase initiale de conciliation « une véritable phase de mise en état de l'affaire »³⁰⁸¹ qui a, accessoirement, un impact positif sur les délais contentieux³⁰⁸². Frédéric Guiomar pousse la dynamique plus avant et précise que, « faute d'information convaincante avancée par l'entreprise dans [le cadre d'un calendrier fixé à l'issue de l'audience de conciliation], le juge devrait alors tenir comme établie la différence de traitement »³⁰⁸³.

839. En droit du travail comme en droit civil, le juge des référés peut servir de levier en ordonnant des mesures d'instruction sur le fondement de l'article 145 du CPC, sans que cela préjuge de la

mise en œuvre des mesures d'instruction en droit du travail », *loc. cit.* et GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, *op. cit.*, p. 85-90.

³⁰⁷⁶ GUIOMAR, F., « Le rôle respectif des parties et du juge dans la preuve de discriminations syndicales », *loc. cit.*

³⁰⁷⁷ CLUZEL-MÉTAYER, L. et MERCAT-BRUNS, M., *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 78 (au sujet des juges judiciaires : « les juges n'utilisent pas systématiquement leurs pouvoirs d'instruction ») ou encore p. 80 (au sujet des juges administratifs : « Il semble cependant qu'en pratique, ces pouvoirs soient utilisés de manière parcimonieuse »).

³⁰⁷⁸ *Idem*, p. 79. V. aussi p. 80 (« en la matière plus qu'en d'autres, le juge ne doit pas hésiter à mettre en œuvre ses pouvoirs d'instruction ») et p. 81 (« il est donc crucial que le juge exerce pleinement, dans le contentieux privé et administratif, son rôle d'investigation »).

³⁰⁷⁹ PÉCAUT-RIVOLIER, L., *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, *op. cit.*, p. 101. V. encore SCIEBERRAS, J.-C. (dir.), *Rapport de synthèse des travaux du groupe de dialogue inter-partenaires sur la lutte contre les discriminations en entreprises*, ministère du Travail, de l'Emploi et du Dialogue social et ministère de la Ville, de la Jeunesse et des Sports, 2015, p. 36.

³⁰⁸⁰ V. not. GRUMBACH, T. et SERVERIN, E., « L'audience initiale devant le Conseil de prud'hommes : de sa phase de conciliation à sa phase juridictionnelle », *Dr. Ouvrier*, n° 735, 2009, p. 469 et s. Pour un exemple de mesure d'instruction prononcée par un bureau de conciliation et motivée par le seul « comportement curieux de l'employeur », v. CPH Paris, 21 novembre 2007, *Melle Tiffany B. c. SAS Night Management Production (VIP Room)*, n° 07/09636 (départage). Pour un exemple de demande de production de document sous astreinte, v. CPH Paris, 12 janvier 2007, *Mme Marie-Guïty N c/ GIE BNP Paribas* (encadrement). Les deux affaires sont relevées in GRUMBACH, T. et SERVERIN, E., « Rappels et illustrations de l'office du juge devant le bureau de conciliation prud'homale. Une véritable audience initiale », *RDT*, 2009, p. 53 et s.

³⁰⁸¹ GUIOMAR, F., « Le rôle respectif des parties et du juge dans la preuve de discriminations syndicales », *loc. cit.*

³⁰⁸² En ce sens, v. GRUMBACH, T. et SERVERIN, E., « Rappels et illustrations de l'office du juge devant le bureau de conciliation prud'homale. Une véritable audience initiale », *loc. cit.* : « si les entreprises et leurs avocats faisaient plus fréquemment l'expérience de ce type de décision, nul doute que les demandes de renvois à l'appel des causes à l'occasion du bureau de jugement deviendraient l'exception. Les appels dilatoires seraient moins nombreux, et les parties seraient moins tentées de considérer l'étape prud'homale comme une simple mise en état de la cour d'appel, et la Cour de cassation comme la voie habituelle d'achèvement du contentieux ».

³⁰⁸³ GUIOMAR, F., « Le rôle respectif des parties et du juge dans la preuve de discriminations syndicales », *loc. cit.* Sur ce point, v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, II, B, 1).

solution au fond³⁰⁸⁴. La Cour de cassation a clairement établi en 2012 que cette disposition ne se limite en aucun cas à la conservation des preuves mais est susceptible de fournir la base légale à une recherche active³⁰⁸⁵. L'interdiction faite au juge par l'article 146 du CPC d'ordonner une mesure d'instruction en vue de suppléer la carence du requérant dans l'administration de la preuve n'est ici pas opposable³⁰⁸⁶. Ce paramètre conduit à élargir la possibilité pour la victime de solliciter une injonction de produire³⁰⁸⁷. Les seules conditions posées, outre l'absence d'engagement de l'instance au fond³⁰⁸⁸, sont la démonstration d'un intérêt légitime³⁰⁸⁹ et l'utilité de la mesure. En l'occurrence, il s'agira de démontrer la présence d'un « motif légitime de penser qu'il existe une situation de discrimination »³⁰⁹⁰. Une demande sur le fondement de l'article 145 du CPC ne peut être refusée en arguant simplement qu'elle est « trop étendue et trop imprécise pour qu'il puisse en être appréciée en référé la pertinence » en l'absence de risque de dépérissement de la preuve³⁰⁹¹. La demande ne devrait pas non plus, pour certains auteurs, être rejetée en dépit « de simples allégations non étayées par des éléments sérieux »³⁰⁹². En raison de la faible accessibilité de la preuve pour la victime de discrimination, le juge doit faire preuve de souplesse dans l'appréciation du motif légitime pour concevoir son office³⁰⁹³. La jurisprudence constante précise au surplus que la vie privée (*e.g.* confidentialité des données salariales) ou le secret des affaires ne constituent pas systématiquement des éléments susceptibles de neutraliser la demande de mesures d'instruction³⁰⁹⁴. Par leur

³⁰⁸⁴ En droit administratif, v. art. R. 532-1 du CJA : « Le juge des référés peut, sur simple requête et même en l'absence de décision administrative préalable, prescrire toute mesure utile d'expertise ou d'instruction ».

³⁰⁸⁵ Cass. soc., 19 décembre 2012, n° 10-20.526 et n° 10-20.528, *Bull.* V, n° 141 : « La procédure prévue par l'article 145 du code de procédure civile n'étant pas limitée à la conservation des preuves et pouvant aussi tendre à leur établissement, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain qu'une cour d'appel a retenu que les salariées justifiaient d'un motif légitime à obtenir la communication de documents nécessaires à la protection de leurs droits, dont seul l'employeur disposait et qu'il refusait de communiquer ». V. ici HEMADACHE, F., « Preuve de discrimination : l'établissement de la preuve en procédure de référé », *LPA*, n° 125, 24 juin 2013, p. 20 et s. Dans certains cas, plus que les mesures d'instruction sollicitées en référé, les ordonnances sur requête présenteront davantage de garanties pour la victime dans la recherche de preuve, en ce que cette voie écarte – lorsque nécessaire – le principe du contradictoire. V. ici Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, II, A, 1).

³⁰⁸⁶ Cass. Mixte, 7 mai 1982, n° 79-11.974, *Bull.* ch. mixte, n° 2 : « Les dispositions de l'article 146 du nouveau code de procédure civile relatives aux mesures d'instruction ordonnées au cours d'un procès ne s'appliquent pas lorsque le juge est saisi d'une demande fondée sur l'article 145 du même code ».

³⁰⁸⁷ VARNEK, A. et KEIM-BAGOT, M., « Discrimination syndicale et injonction de produire une pièce détenue par l'employeur », *RDT*, 2009, p. 105 et s.

³⁰⁸⁸ Pour l'annulation d'un arrêt d'appel en raison du non respect de cette condition, v. par exemple Cass. soc., 25 septembre 2019, n° 17-27.459, inédit.

³⁰⁸⁹ Pour un rejet, v. par exemple Cass. soc., 3 octobre 2018, n° 17-20.802, inédit.

³⁰⁹⁰ PÉCAUT-RIVOLIER, L., *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, *op. cit.*, p. 101.

³⁰⁹¹ Cass. soc., 16 novembre 2016, n° 15-17.163, inédit.

³⁰⁹² VARNEK, A. et KEIM-BAGOT, M., « Discrimination syndicale et injonction de produire une pièce détenue par l'employeur », *loc. cit.*

³⁰⁹³ AMRANI-MEKKI, S., « Du bon usage des mesures d'instruction *in futurum* en matière de discrimination », *loc. cit.* : « bien au contraire, on peut penser que l'inaptitude à la preuve du salarié, particulièrement nette en matière de discrimination où il a fallu aménager les règles de preuve, permet une appréciation souple du motif légitime ». V. encore *ibidem* pour une opinion similaire.

³⁰⁹⁴ Cass. soc., 19 décembre 2012, n° 10-20.526 et n° 10-20.528, *Bull.* V, n° 341 : « Le respect de la vie personnelle du salarié et le secret des affaires ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures demandées procèdent d'un motif

appréciation du motif légitime, les juges demeurent *in fine* gardiens de l'effectivité du recours. De leurs côtés, les avocats possèdent également un rôle décisif et gagneraient à miser davantage sur cette démarche stratégique en amont du procès³⁰⁹⁵.

840. Pour bénéficier de ces mesures d'instruction, les avocats doivent en effet recourir à cette possibilité et dépasser leur éventuelle réticence à intégrer la phase d'instruction dans leur stratégie juridictionnelle³⁰⁹⁶. Un arrêt de la chambre sociale du 12 juin 2013 illustre qu'il n'y a en la matière rien d'automatique. En l'espèce, le salarié s'était borné à alléguer que la société mise en cause avait procédé à une augmentation générale des salaires, de laquelle il avait été écarté sans raison légitime. N'ayant pas saisi le juge d'une demande de production des pièces justificatives, il avait succombé à ses prétentions. La Cour avait néanmoins pris le soin de rappeler que « lorsque le salarié soutient que la preuve de tels faits se trouve entre les mains d'une autre partie, il lui appartient de demander au juge d'en ordonner la production ; que ce dernier peut ensuite tirer toute conséquence de droit en cas d'abstention ou de refus de l'autre partie de déférer à une décision ordonnant la production de ces pièces »³⁰⁹⁷. Cette demande aura d'autant plus de chance d'aboutir qu'elle sera sollicitée en amont de la phase de jugement (*e.g.* juge des référés, bureau de conciliation). S'il convient de remettre en question la pratique des avocats, les juges ne sont pas étrangers à l'apport, en l'état limité, de cette voie. Certains bureaux de conciliation ne s'estiment par exemple pas compétents afin de prononcer des mesures d'instruction et ordonner la production de pièces par une partie³⁰⁹⁸, en dépit de l'article R. 1454-14 du Code du travail³⁰⁹⁹. Ces blocages sont pour le moins « regrettables »³¹⁰⁰ et sont le cas échéant sanctionnés en ce qu'ils constituent des « excès de pouvoir négatifs » et un « véritable déni de justice »³¹⁰¹. L'évolution de l'*habitus* des professionnels du droit

légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées ». V. not. sur ce point MERCAT-BRUNS, M. et PERELMAN, J. (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination*, *op. cit.*, p. 142-143.

³⁰⁹⁵ Soulignons toutefois que certains avocats spécialisés sont coutumiers de la demande d'instruction *in futurum*. Not. pour une illustration concernant une affaire plaidée par maître Emmanuelle Boussard-Verrecchia CA Paris, pôle 6, ch. 1, 24 novembre 2014, n° 13/01806 concernant quarante-cinq salariés et ex-salariés d'Arcelor Mittal (rejet).

³⁰⁹⁶ LATRAVERSE, S., « L'ouverture de la jurisprudence en matière d'accès à la preuve : le défi de la mise en œuvre du droit de la non-discrimination en France », *loc. cit.* : « Mais encore faut-il changer l'approche du travail d'avocat et savoir plaider le droit d'accès à la preuve au bon moment devant le juge, identifier le temps de la procédure pour le faire, et investir les compétences et la préparation nécessaires pour identifier les éléments qui permettront de reconstituer et objectiver le constat de discrimination ».

³⁰⁹⁷ Cass. soc., 12 juin 2013, n° 11-14.458, *Bull. V*, n° 156 (pour une contestation de l'atteinte au principe « à travail égal, salaire égal »).

³⁰⁹⁸ PÉCAUT-RIVOLIER, L., *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, *op. cit.*, p. 101.

³⁰⁹⁹ « Le bureau de conciliation et d'orientation peut, en dépit de toute exception de procédure et même si le défendeur ne comparait pas, ordonner : 1° La délivrance, le cas échéant, sous peine d'astreinte, de certificats de travail, de bulletins de paie et de toute pièce que l'employeur est tenu légalement de délivrer ; [...] 3° Toutes mesures d'instruction, même d'office ; 4° Toutes mesures nécessaires à la conservation des preuves ou des objets litigieux ».

³¹⁰⁰ PÉCAUT-RIVOLIER, L., *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, *op. cit.*, p. 101.

³¹⁰¹ GRUMBACH, T. et SERVERIN, E., « Des devoirs et des pouvoirs des conseillers prud'hommes lors de l'audience initiale », *RDT*, 2009, p. 462 et s. V. CA Paris, pôle 6, ch. soc., 18 juin 2009, n° 09/01902.

semble ainsi nécessaire afin de renforcer l'accès aux éléments probants et mieux répartir la tâche des acteurs dans l'administration de la preuve. Mais au-delà des magistrats et des conseils, d'autres acteurs peuvent encore venir au secours du requérant.

2) La mobilisation de l'inspecteur du travail et du Défenseur des droits

841. Les considérations précédentes ont permis d'insister sur la nécessité d'assister le requérant en vue de l'acquittement de son effort probatoire, notamment par l'allègement de la charge de la preuve et l'assistance des magistrats dans l'accès aux éléments probants. Opportunément considéré par certains auteurs comme « une question stratégique »³¹⁰², l'accompagnement du requérant peut en outre être renforcé par la collaboration des divers acteurs tels le Défenseur des droits et l'inspection du travail. Face au constat d'une difficile accessibilité de la preuve, le rapport d'enquête de l'inspecteur du travail possède notamment un potentiel intéressant.

842. Les agents de contrôle de l'inspection du travail « sont chargés de veiller à l'application des dispositions du Code du travail »³¹⁰³, y compris les articles L. 1132-1 à L. 1132-4 relatifs à la discrimination. Ils ont également la charge de constater les « infractions commises en matière de discriminations prévues au 3° et au 6° de l'article 225-2³¹⁰⁴ du Code pénal »³¹⁰⁵. À cette fin, ils sont « libres d'organiser et de conduire des contrôles à leur initiative et décident des suites à leur apporter »³¹⁰⁶. Ils disposent d'un droit d'entrée dans tout établissement³¹⁰⁷ et peuvent demander communication de « tout document ou tout élément d'information, quel qu'en soit le support, utile à la constatation de faits susceptibles de vérifier le respect de [l'interdiction de la discrimination énoncée par le Code du travail et par le Code pénal] »³¹⁰⁸. Ces documents peuvent être des *curricula vitae*, des comptes rendus d'entretien, des dossiers de candidature, des rapports d'un cabinet de recrutement, des résultats de tests d'embauche, des fiches de notation, des demandes de formation

³¹⁰² MOUREY, L., *Le rôle du droit pénal dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations*, op. cit., p. 456 : « Eu égard au rôle stratégique que le plaignant doit être amené à jouer dans l'administration de la preuve, il est nécessaire qu'il soit appuyé par les acteurs compétents qui se chargeront de soutenir sa démarche face à laquelle il peut se trouver désemparé. En effet, quelle que soit la voie envisagée, l'accompagnement du plaignant est une question stratégique ».

³¹⁰³ Art. L. 8112-1 du Code du travail.

³¹⁰⁴ « La discrimination [...] est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste : [...] 3° À refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ; [...] 6° À refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale ».

³¹⁰⁵ Art. L. 8112-2 du Code du travail.

³¹⁰⁶ Art. L. 8112-1 du Code du travail.

³¹⁰⁷ Art. L. 8113-1 du Code du travail.

³¹⁰⁸ Art. L. 8113-5 du Code du travail, qui autorise également la communication des documents susceptibles de vérifier le respect : « 2° Des dispositions des articles L. 1142-1 et L. 1142-2, relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ; 3° Des dispositions des articles L. 2141-5 à L. 2141-8, relatives à l'exercice du droit syndical ; 4° Des dispositions des articles L. 1152-1 à L. 1152-6 et L. 1153-1 à L. 1153-6, relatives aux harcèlements moral et sexuel ; 5° Des dispositions de la quatrième partie, relatives à la santé et la sécurité au travail ». V. aussi art. L. 8113-4 et L. 8113-6 du Code du travail.

ou encore des fichiers informatiques³¹⁰⁹. Le recours à ces prérogatives est incontestablement susceptible de faciliter l'obtention des éléments de preuve, comme l'illustrent quelques arrêts en la matière³¹¹⁰.

843. Si l'article L. 8113-7 du Code du travail précise que « les agents de contrôle [...] constatent les infractions par des procès-verbaux qui font foi jusqu'à preuve du contraire », plus que le procès-verbal, c'est le simple rapport de l'inspecteur qui a permis dans plusieurs affaires de rapporter la preuve d'une discrimination. Tel fut le cas dans un arrêt du 15 janvier 2014 par lequel la Cour de cassation a considéré que, eu égard aux prérogatives qui lui sont reconnues par le Code du travail, un rapport établi par l'inspecteur du travail peut être pris en compte au titre des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination³¹¹¹. En dépit de l'argumentation contraire du défendeur³¹¹², cet arrêt précise surtout que la valeur probante est admise « peu important que l'agent de contrôle soit intervenu à la demande de l'une des parties et n'ait pas relevé par un procès-verbal les infractions éventuellement constatées »³¹¹³. D'une part, il est donc possible de se contenter d'un simple rapport sans nécessiter un procès-verbal³¹¹⁴. D'autre part, le requérant peut délibérément solliciter l'inspecteur du travail sans que cela altère la valeur du rapport élaboré subséquemment³¹¹⁵. Cette dernière considération atteste de l'intérêt de son concours en amont de la phase contentieuse en vue du recueil de la preuve.

³¹⁰⁹ Circulaire interministérielle DPM/ACI n° 2007-12 du 5 janvier 2007 relative aux relations entre l'inspection du travail et la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité. NOR : SANN0730150C.

³¹¹⁰ *Inter alia* Cass. soc., 15 janvier 2014, n° 12-27.261 et a., *Bull. V.*, n° 14, Cass. crim., 14 janvier 2014, n° 12-85.091, inédit.

³¹¹¹ Cass. soc., 15 janvier 2014, n° 12-27.261 et a., *Bull. V.*, n° 14. V. not. sur cet arrêt, MINÉ, M., « Discrimination (accès à la preuve) : le rôle confirmé de l'inspecteur du travail devant le juge civil », *loc. cit.*

³¹¹² *Ibidem*. V. not. CASEAU-ROCHE, C., JACOTOT, D. ET ROGUET, E., « L'incidence du rapport de l'inspecteur du travail sur la preuve de la discrimination syndicale », *JCP*, n° 10-11, 2014, p. 483 : « Devant la Cour de cassation, l'employeur a soutenu que la discrimination n'avait pas été établie ; il a reproché notamment aux juges d'appel d'avoir statué exclusivement sur le fondement du rapport d'enquête rédigé par l'inspection du travail sur sollicitation des salariés, en insistant sur le fait qu'il s'agit seulement d'un rapport et non d'un procès-verbal ».

³¹¹³ *Ibidem*.

³¹¹⁴ Sur la distinction entre rapport et procès-verbal, v. CASEAU-ROCHE, C., JACOTOT, D. ET ROGUET, E., « L'incidence du rapport de l'inspecteur du travail sur la preuve de la discrimination syndicale », *loc. cit.* : « Le pourvoi a souligné, à juste titre, l'existence, en matière de discrimination syndicale, de deux types d'actes distincts : le procès-verbal et le rapport. S'agissant du premier, il est un acte d'instruction et de poursuite judiciaire (au sens de CPP, art. 7) ; sa force probante devant le juge répressif est définie par l'article L. 8113-7 du Code du travail [...], alors qu'elle n'est pas expressément précisée devant le juge civil. Quant au second, il n'existe aucun texte similaire sur sa force probante. Il est une pratique, consacrée à l'article 17 de la Convention n° 81 de l'OIT, par laquelle l'inspection du travail donne "des avertissements ou des conseils au lieu d'intenter ou de recommander des poursuites". [...] Procès-verbal et rapport sont donc de nature différente mais ont des effets juridiques identiques, contrairement au pourvoi qui tentait de hiérarchiser leur valeur. Qui plus est, l'inspection du travail est libre de choisir l'un ou l'autre de ces deux supports (Conv. OIT n° 81, art. 17) ».

³¹¹⁵ V. aussi CANUT, F., « Discrimination syndicale : règle de la preuve », *Les Cahiers Sociaux*, n° 260, 1^{er} février 2014 : « le fait que le rapport ait été établi à la demande des salariés ne saurait suffire à mettre en doute la probité de ces fonctionnaires, qui agissent pleinement dans le cadre de leurs fonctions. Aux juges du fond d'apprécier ensuite la pertinence d'un tel rapport ».

844. Dans son commentaire de la décision ci-dessus évoquée, Julien Icard souligne néanmoins une condition et une limite à la mobilisation dudit rapport dans le cadre probatoire. Ce rapport servira potentiellement l'effort du requérant sous réserve d'une discussion contradictoire et sans perdre de vue le fait que les juges du fond restent souverains quant à l'appréciation de la force probante dudit document et des faits qu'il contient ou relate³¹¹⁶. Afin d'emporter la conviction du juge, « une démarche méthodologique de l'agent de contrôle à la fois rigoureuse et transparente »³¹¹⁷ sera en conséquence valorisée. Au-delà des modalités de discussion et d'appréciation, d'autres limites existent et sont liées au contenu du rapport. Celui-ci ne peut contenir des informations censées demeurer confidentielles, lorsqu'elles relèvent de la vie privée ou sont protégées par la régulation commerciale et industrielle³¹¹⁸. Des informations nominatives ne peuvent apparaître (*e.g.* salaire), d'autant plus lorsqu'elles sont préjudiciables³¹¹⁹. Une dernière limite, d'ordre pragmatique, doit enfin être soulignée. Il s'agit de l'insuffisance des effectifs et moyens de l'inspection du travail, qui est de surcroît chargée d'un mandat extrêmement large, ce qui pourrait la conduire, selon certains, à privilégier d'autres actions que la recherche de la preuve en matière de discrimination, tâche au demeurant chronophage³¹²⁰. Tout en ayant ces limites à l'esprit, la sollicitation de l'inspection du travail, qui aide au recueil de la preuve en vue de l'effort contentieux du requérant, pourrait être envisagée plus fréquemment.

845. Les prérogatives évoquées ci-dessus ne sont pas sans rappeler celles du Défenseur des droits qui dispose d'importants pouvoirs d'enquête (*e.g.* audition, communication de documents, vérification sur place)³¹²¹. Sa collaboration avec l'inspection du travail, déjà existante, apparaît alors primordiale dans la perspective d'une facilitation du recueil des éléments probants pour le requérant. La convention signée le 12 décembre 2016 entre le Défenseur des droits et le ministre

³¹¹⁶ V. Cass. soc., 15 janvier 2014, n° 12-27.261 et a., *Bull.* V., n° 14. et ICARD, J., « Modes de preuve de la discrimination », *Les Cahiers Sociaux*, n° 261, 1er mars 2014. V. encore CASEAU-ROCHE, C., JACOTOT, D. ET ROGUET, E., « L'incidence du rapport de l'inspecteur du travail sur la preuve de la discrimination syndicale », *loc. cit.* : « Le rapport ne vaut donc pas en soi preuve de la discrimination et partant ne perturbe pas le mécanisme probatoire légal. Le juge n'est pas privé de son pouvoir d'appréciation ; bien au contraire, il lui incombe d'apprécier la valeur probante de son contenu. Reste alors à mesurer la capacité du rapport de l'inspection du travail à convaincre le juge. Autrement dit, quelle est intrinsèquement sa "force de conviction" ? ».

³¹¹⁷ CASEAU-ROCHE, C., JACOTOT, D. ET ROGUET, E., « L'incidence du rapport de l'inspecteur du travail sur la preuve de la discrimination syndicale », *loc. cit.*

³¹¹⁸ CADA, avis n° 2012-4880, 10 janvier 2013, not. relevé in MINÉ, M., « Discrimination (accès à la preuve) : le rôle confirmé de l'inspecteur du travail devant le juge civil », *loc. cit.*

³¹¹⁹ *Ibidem.* Sur les informations nominatives non préjudiciables, à l'instar de la divulgation du salaire de personnes nommément identifiées, l'auteur suggère néanmoins que « cette réserve pourrait à l'avenir être levée au regard de l'évolution de la jurisprudence civile, Soc. 19 déc. 2012, nos 10-20.526 et 10-20.528 ».

³¹²⁰ FAUROUX, R., *La lutte contre les discriminations ethniques dans le domaine de l'emploi*, rapport remis à Jean-Louis Borloo, ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement, 2005, p. 10 : « L'inspection du travail, dont les effectifs sont faibles au regard de ses nombreux champs de compétence, a d'autres priorités que de s'engager dans une recherche de preuves qui demande un investissement considérable ». V. aussi en ce sens BENICHO, S., *La lutte contre les discriminations « raciales »*, *op. cit.*, p. 100.

³¹²¹ Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, II, A, 1).

du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, aurait pu apporter à cet égard une réponse satisfaisante. Elle se contente néanmoins de promouvoir la prise de contact, la transmission d'informations, la répartition des tâches, la coordination ou la mise en retrait en cas d'action conjointe, et envisage des formations communes, le tout de manière particulièrement laconique³¹²². Force est de reconnaître que cette convention pourrait être perçue comme un recul au regard des dynamiques amorcées initialement. Les termes de la circulaire ministérielle du 5 janvier 2007³¹²³, encourageant la collaboration entre la HALDE et l'inspection du travail, semblaient particulièrement prometteurs en vue du recueil des éléments de preuve. Leur mise en œuvre questionne davantage³¹²⁴.

846. Cette circulaire énonçait déjà les éléments mentionnés par la suite dans la convention de décembre 2016, à savoir le constat d'un partage de compétences comme point de départ d'une collaboration nécessaire « au bénéfice des victimes des discriminations »³¹²⁵, la perspective d'échange de formation³¹²⁶, ainsi que le souci d'éviter les doublons dans le cadre de la rationalisation de l'action publique³¹²⁷. Elle était néanmoins beaucoup plus précise que la convention, par exemple eu égard aux informations relatives au déclenchement de l'intervention des institutions au profit d'une victime. Elle précisait qu'en cas de saisine de la HALDE par un réclamant, celle-ci devait vérifier l'éventuelle saisine préalable de l'inspection du travail et, le cas échéant, se concerter avec cette dernière pour « connaître les suites données à la plainte et envisager conjointement les modalités d'une action pertinente »³¹²⁸. Réciproquement, elle mentionnait qu'en cas de saisine de l'inspection du travail, celle-ci devait se renseigner auprès de la HALDE, toujours aux fins de coordination. La circulaire précisait encore que, au cours de l'instruction du dossier, les institutions devaient se tenir informées et notifier les recommandations transmises à l'employeur ainsi que les

³¹²² Convention entre le Défenseur des droits et le ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social du 12 décembre 2016.

³¹²³ Circulaire interministérielle DPM/ACI n° 2007-12 du 5 janvier 2007 relative aux relations entre l'inspection du travail et la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité. V. aussi ici BENICHOUS, S., *La lutte contre les discriminations « raciales »*, *op. cit.*, p. 325.

³¹²⁴ Isabelle Carles ne relève qu'une seule transmission de dossier de la HALDE à l'inspection du travail entre 2006 et 2011. V. CARLES, I., « Le Défenseur des droits et les acteurs juridictionnels de la lutte contre les discriminations : quelle complémentarité possible ? », *op. cit.*, p. 367. Il est ensuite difficile d'identifier la fréquence et la nature des relations à partir de l'analyse des rapports annuels du Défenseur des droits.

³¹²⁵ Circulaire interministérielle DPM/ACI n° 2007-12 du 5 janvier 2007. La circulaire précise que les deux institutions « ont un domaine partagé de compétence concernant la lutte contre les discriminations [...]. Cette compétence commune implique nécessairement une collaboration étroite », c'est-à-dire que « chacune veille à soutenir, dans la limite de ses attributions, les actions de l'institution partenaire ».

³¹²⁶ *Ibidem* : « La Haute autorité pourra recevoir en stage des agents de l'inspection du travail dans le cadre de leur formation initiale ».

³¹²⁷ *Ibidem*. Il s'agit de « limiter les interventions parallèles et non concertées sur un même dossier, afin d'optimiser les moyens mis en œuvre ».

³¹²⁸ *Ibidem*.

suites qui y étaient données, pour bénéficier des atouts et expériences respectives des services³¹²⁹. C'est surtout l'égard accordé par la circulaire aux modalités de recueil de la preuve qui faisait de la collaboration entre les deux institutions un instrument notable.

847. Plus que sa capacité de règlement extrajuridictionnelle des litiges, la capacité d'instruction de l'organisme de promotion de l'égalité était mise en exergue par la circulaire de 2007, contrairement à la convention de 2016 qui la relègue à l'évanescence. À l'instar de la HALDE, le Défenseur des droits peut aider la victime par la mobilisation de ses prérogatives d'enquête qui permettent de réunir des pièces et éléments probants. La circulaire prévoyait que ces prérogatives puissent être exercées conjointement à l'action de l'inspection du travail, de telle sorte que les deux institutions pourraient « en fonction de la particularité d'un dossier, réaliser conjointement tout ou partie d'une enquête portant sur des faits de discrimination »³¹³⁰. La collaboration devait en somme avant tout « faciliter la réunion des éléments utiles », « contribuer efficacement à la lutte contre les faits discriminatoires allégués », « préparer le contrôle et analyser les informations recueillies »³¹³¹. Les agents de la HALDE pouvaient offrir leur concours aux agents de l'inspection du travail en charge d'une enquête. Réciproquement, les agents de la HALDE pouvaient « s'appuyer sur les compétences des agents de l'inspection du travail en matière d'investigations » et « demander communication des documents et éléments d'information nécessaires à l'instruction d'une réclamation »³¹³². Le cas échéant, « l'agent de contrôle [informait] la haute autorité des résultats de son intervention en lui transmettant [...] copie des pièces réunies et des éventuels courriers échangés avec l'entreprise »³¹³³. La HALDE pouvait également demander à l'inspection du travail de procéder à une enquête sur les faits dont elle était saisie³¹³⁴. Cette organisation de la synergie des forces en présence pour obtenir des éléments de preuve ne pouvait qu'être saluée, tout comme l'affaiblissement, *a minima* au regard de la lettre de la convention de 2016, peut être regretté.

³¹²⁹ *Ibidem*. Not. : « La connaissance privilégiée de l'entreprise par les agents de l'inspection du travail et l'expérience qu'ils possèdent dans leur mission de lutte contre les discriminations syndicales constituent des atouts, qu'il convient de valoriser au bénéfice de la lutte contre les autres formes de discriminations (*sic*) » ou encore « Afin de conforter leurs actions et trouver un appui méthodologique comme technique, les agents de l'inspection du travail se mettent directement en relation avec la haute autorité pour solliciter auprès d'elle un avis, une expertise juridique ou communication de notes, articles ou ressources jurisprudentielles en sa possession ».

³¹³⁰ Comme le prévoyait la circulaire pour la HALDE et l'inspection du travail. *Ibidem*.

³¹³¹ *Ibidem*.

³¹³² *Ibidem*.

³¹³³ *Ibidem*.

³¹³⁴ Sous réserve de transmission préalable de trois éléments : « une note présentant les faits, les éléments en sa possession et ceux qu'elle [souhaitait] obtenir ». V. *ibidem*.

848. Alors qu'un bilan qualitatif et quantitatif du partenariat entre le Haute autorité et l'inspection du travail devait être établi au sein de chaque rapport annuel d'activité³¹³⁵, leur lecture laisse poindre une faible interaction entre les institutions, tant en matière d'instruction de dossier³¹³⁶ que d'échange d'expertises³¹³⁷. Les activités de formation semblent en revanche davantage développées, y compris depuis la reprise du mandat de promotion de l'égalité par le Défenseur des droits³¹³⁸. Sous réserve d'être alimentée, la coopération de ces institutions dans l'optique d'enquête conjointe, notamment avec le pôle emploi, biens et services privés, est considérable et peut fournir un appui précieux au requérant en amont du procès. En complément des modalités d'accès à la preuve qui font intervenir divers acteurs aux côtés du requérant, l'aménagement des techniques de preuve complète un régime probatoire qui s'est adapté aux spécificités du contentieux antidiscriminatoire.

II. L'aménagement des techniques de preuve

849. Peu évocatrice de prime abord, la notion de « techniques » de preuve a pour principal mérite d'offrir une commode amplitude dans la désignation des objets subsumés. Elle permet en premier lieu de se référer aux modes de preuve, dont certains ont été spécifiquement développés afin de répondre aux difficultés du requérant dans le contentieux de la non-discrimination (A). Elle permet ensuite de s'interroger sur le développement complémentaire d'outils et de méthodes d'appréciation qui ne constituent pas des modes de preuve *stricto sensu*. Tout aussi utiles pour favoriser l'émergence et la résolution du litige, ces outils et méthodes inscrivent leur contribution en amont et en aval, au stade de l'accès aux données puis de l'appréciation de leur force probante (B).

³¹³⁵ V. *ibidem* : « La haute autorité fera état de ce bilan dans son rapport annuel. Elle établira, chaque année, après concertation avec les services centraux concernés, un rapport, tant quantitatif que qualitatif, sur les relations et les actions menées avec l'inspection du travail ».

³¹³⁶ En 2008, seul un dossier sur 278 instruits par le collège de la HALDE a fait l'objet d'une transmission à l'inspection du travail (HALDE, *Rapport annuel d'activité 2008*, *op. cit.*, p. 16 et 19). En 2009 et 2010, aucun dossier instruit par la HALDE ne fut transmis à l'inspection du travail (HALDE, *Rapport annuel d'activité 2009*, *op. cit.*, p. 21 et HALDE, *Rapport annuel d'activité 2010*, *op. cit.*, p. 29). Soulignons toutefois en supplément en 2008 la délibération n° 2008-231 du 20 octobre 2008 pour laquelle le collège a opté pour une transaction pénale, tout en informant en parallèle l'inspection du travail. V. HALDE, *Rapport annuel d'activité 2008*, *op. cit.*, p. 45.

³¹³⁷ Seule est soulignée dans les rapports annuels une demande d'avis à la HALDE de la part de l'inspection du travail concernant l'interprétation d'une convention collective. V. HALDE, *Rapport annuel d'activité 2009*, *op. cit.*, p. 59.

³¹³⁸ Réalisation d'un module de formation et élaboration d'un guide juridique à l'usage des agents de l'inspection du travail (HALDE, *Rapport annuel d'activité 2009*, *op. cit.*, p. 33) ; action de sensibilisation à l'attention de 120 inspecteurs du travail de la région Rhône-Alpes (DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2013*, *op. cit.*, p. 143 ; v. aussi DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2018*, *op. cit.*, p. 70). 15 % des formations dispensées par l'institution entre juillet 2017 et juin 2018 étant destinées aux acteurs de l'emploi, incluant les inspecteurs du travail.

A. La contribution en demi-teinte des modes de preuve fondés sur des données quantitatives

850. Véritables serpents de mer de la lutte contre les discriminations, deux modes de preuve ont particulièrement attiré les considérations de la doctrine et les espoirs des victimes, à savoir les statistiques (1) et les *testings* (2). Sans aller jusqu'à se confondre en rêves déçus, force est de reconnaître que leur contribution à la réalisation du droit de la non-discrimination, même efficace, n'est pas en mesure de lever tous les blocages rencontrés par le requérant.

1) La complexité de la preuve par le biais de la comparaison statistique

851. Les juridictions européennes et communautaires ont de longue date reconnu l'importance de l'outil statistique pour organiser la comparaison et rendre visible la discrimination, notamment dans l'hypothèse de discrimination indirecte³¹³⁹. Si la Cour EDH s'est initialement montrée timorée à l'égard de leur valeur probante (« *the Court does not consider that statistics can in themselves disclose a practice which could be classified as discriminatory within the meaning of Article 14* »)³¹⁴⁰, elle a finalement admis que, « les statistiques qui [...] paraissent fiables et significatives suffisent pour constituer le commencement de preuve à apporter par le requérant »³¹⁴¹. La juridiction strasbourgeoise estime dorénavant que, à défaut, il « sera en pratique extrêmement difficile pour les requérants de prouver la discrimination indirecte »³¹⁴². Sans considérer les statistiques comme étant indispensables³¹⁴³, elle

³¹³⁹ V. not. la mobilisation de statistiques dès CJCE, 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH*, *op. cit.*, pt. 7 : « En invoquant des statistiques relatives au groupe dont elle fait partie, Bilka a fait valoir que 81,3 % des pensions d'entreprise versées jusqu'en 1980 l'ont été à des femmes, alors que celles-ci ne représentent que 72 % des effectifs. Ces données démontreraient l'absence de toute discrimination en raison du sexe dans le régime litigieux ».

³¹⁴⁰ V. COUR EDH, 3^e sect., 4 mai 2001, *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 154.

³¹⁴¹ COUR EDH, Grande ch., 13 novembre 2007, *DH et autres c. République tchèque*, *op. cit.*, § 188. En ce sens, v. aussi CJCE, 9 février 1999, *Nicole Seymour-Smith*, *op. cit.*, pts. 51-65, not. pt. 65 : « pour établir si une mesure adoptée par un État membre affecte différemment les hommes et les femmes dans une mesure telle qu'elle équivaut à une discrimination indirecte au sens de l'article 119 du traité, le juge national doit vérifier si les données statistiques disponibles indiquent qu'un pourcentage considérablement plus faible de travailleurs féminins que de travailleurs masculins est en mesure de remplir la condition imposée par ladite mesure. Si tel est le cas, il y a discrimination indirecte fondée sur le sexe, à moins que ladite mesure ne soit justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe ». V. encore COUR EDH, 1^e sect., 6 janvier 2005, *Hoogendijk c. Pays-Bas*, req. n° 58641/00 (« *the Court considers that where an applicant is able to show, on the basis of undisputed official statistics, the existence of a prima facie indication that a specific rule – although formulated in a neutral manner – in fact affects a clearly higher percentage of women than men, it is for the respondent Government to show that this is the result of objective factors unrelated to any discrimination on grounds of sex* ») et COUR EDH, 4^e sect., 20 juin 2006, *Zarb Adami c. Malte*, *op. cit.*, § 77-78.

³¹⁴² *Idem*, § 180.

³¹⁴³ *Idem*, § 188 : « Cela ne veut toutefois pas dire que la production des statistiques soit indispensable pour prouver la discrimination indirecte ». Du côté de la CJCE, v. not. CJCE, 5^e ch., 23 mai 1996, *John O'Flynn*, *op. cit.*, pts. 20-21 : « une disposition de droit national doit être considérée comme indirectement discriminatoire dès lors qu'elle est susceptible, par sa nature même, d'affecter davantage les travailleurs migrants que les travailleurs nationaux et qu'elle risque, par conséquent, de défavoriser plus particulièrement les premiers. Il n'est pas nécessaire, à cet égard, de constater que la disposition en cause affecte, en pratique, une proportion substantiellement plus importante de travailleurs migrants. Il suffit de constater que cette disposition est susceptible de produire un tel effet » (nous soulignons). Edouard Dubout considérerait au sujet de cette

s'accorde ainsi avec la jurisprudence de la CJUE, notamment esquissée dans l'arrêt *Enderby*³¹⁴⁴. L'utilité de cet outil peut inversement se révéler – non plus au stade de la discrimination *prima facie* mais – au stade de la justification et au profit du défendeur cette fois, tant devant les juridictions nationales³¹⁴⁵ qu'européennes³¹⁴⁶.

852. Ce recours aux statistiques aux fins d'établissement ou de justification de la présomption de discrimination s'est pour l'essentiel cristallisé autour de la constitution de panels en matière de discrimination syndicale et de discrimination fondée sur le sexe. Fréquemment mobilisée pour apprécier les évolutions de carrières après qu'a été isolé le motif de discrimination³¹⁴⁷, la méthode trouve parfois à s'appliquer au-delà, par exemple pour apprécier les pratiques d'attribution d'un avantage. Un autre usage – moins marqué en France – s'intéresse aux pratiques de recrutement. Il repose sur une comparaison du taux d'employés « caractérisables » par un motif de discrimination au sein de l'entreprise, soit avec le taux de candidats qui partageaient cette caractéristique et étaient adéquatement qualifiés (*applicant flow analysis*), soit avec le taux de candidats potentiels, disponibles et compétents sur le bassin de recrutement et partageant cette caractéristique (*static analysis method*³¹⁴⁸). La comparaison des taux de personnes adéquatement qualifiées et « caractérisables » par le motif en question au sein des embauchés, des candidats et des candidats potentiels du bassin d'emploi, peut, en cas de disproportion significative, laisser supposer que le processus de recrutement joue un rôle de filtre constitutif d'une discrimination à l'embauche. Cette méthode est particulièrement utile pour cibler la discrimination systémique et a été sollicitée par la HALDE à

jurisprudence que « l'apport est que l'effet désavantageux de la mesure litigieuse peut n'être que potentiel et non plus nécessairement avéré, et que donc la preuve statistique qui caractérise un désavantage certain n'est plus nécessaire » (DUBOUT, É., *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 424). V. aussi Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-14.067, *Bull.* V, n° 166 : « l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés ».

³¹⁴⁴ CJCE, 27 octobre 1993, *Pamela Mary Enderby*, *op. cit.*, not. pt. 17 (« Il appartient au juge national d'apprécier s'il peut prendre en compte ces données statistiques, c'est-à-dire si elles portent sur un nombre suffisant d'individus, si elles ne sont pas l'expression de phénomènes purement fortuits ou conjoncturels et si, d'une manière générale, elles apparaissent significatives ») et pt. 19 (« lorsque des statistiques significatives laissent apparaître une différence sensible de rémunération entre deux fonctions de valeur égale dont l'une est exercée presque exclusivement par des femmes et l'autre principalement par des hommes, l'article 119 du traité impose à l'employeur de justifier cette différence par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe »).

³¹⁴⁵ À cet égard, Tatiana Gründler relève que devant le juge administratif, « les statistiques ont davantage servi, semble-t-il, à justifier une différence de traitement qu'à sa qualification en discrimination » (GRÜNDLER, T. ET THOUVENIN, J.-M. (dir.), *Le droit à la non-discrimination à l'épreuve de son effectivité*, *op. cit.*, p. 98).

³¹⁴⁶ E.g. COUR EDH, Grande ch., 22 janvier 2008, *EB c. France*, *op. cit.*, § 74 (« La Cour constate d'ailleurs que le Gouvernement, sur qui pesait la charge de la preuve [...], n'a pas été en mesure de produire des informations statistiques sur le recours à un tel motif selon l'orientation sexuelle – déclarée ou connue – des demandeurs, seules à même de fournir une image fidèle de la pratique administrative et d'établir l'absence de discriminations dans son utilisation »).

³¹⁴⁷ V. not. : CHAPPE, V.-A., « La preuve par comparaison : méthode des panels et droit de la non-discrimination », *Sociologies pratiques*, n° 23, 2011/2, p. 45-55 ; SERVERIN, E. et GRUMBACH, T., « Discrimination syndicale : le concours des panels ne doit pas être arbitré par la Cour de cassation », *RDT*, 2012, p. 714 ; FONDIMARE, E., « La difficile appréhension juridictionnelle des discriminations indirectes fondées sur le sexe », *RevDH*, n° 9, 2016.

³¹⁴⁸ *V. Blake v. Ontario (Minister of Correctional Services)*, 1984, 5 CHRR 2417 (OBI) ; *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 RCS 1114.

quelques occasions, notamment dans le cadre de ses observations en justice devant la cour d'appel de Toulouse³¹⁴⁹.

853. En dépit de son potentiel probatoire, la comparaison statistique ne s'avère toutefois pertinente que dans l'une des trois hypothèses de comparaison, en l'occurrence la comparaison *in concreto* avec des tiers. La première hypothèse repose sur ce qui pourrait être désigné d'« autocomparaison ». Il est ici question de comparer la situation antérieure et postérieure d'une même personne afin d'isoler l'effet discriminatoire d'un acte particulier (*e.g.* harcèlement, représailles, suspension de l'avancement de carrière³¹⁵⁰). La deuxième repose sur la comparaison *in abstracto* avec des tiers, ou comparaison hypothétique, lorsque l'autocomparaison et la comparaison *in concreto* avec des tiers s'avèrent impossibles ou impertinentes. Cette hypothèse est à rapprocher de l'usage du conditionnel dans les directives communautaires³¹⁵¹. L'ultime hypothèse, plus fréquente, consiste en une comparaison *in concreto* avec des tiers en vue de la démonstration d'une disparité de traitement significative³¹⁵². Sans être incontournable³¹⁵³, la comparaison statistique prend ici tout son sens et l'élaboration de panels peut permettre de constituer la preuve. Certains auteurs ont souligné l'intérêt renforcé de cette méthode en cas d'effet continu de la discrimination (*e.g.* évolution de carrière), par opposition à un effet instantané³¹⁵⁴.

854. Il est néanmoins possible de nuancer l'empire de la comparaison statistique, qui se cantonne principalement aux comparaisons *in concreto* fondées sur deux motifs que sont le sexe et l'activité

³¹⁴⁹ CA Toulouse, 4^e ch., 2^e sect., 19 février 2010, n° 08/06630 (« au regard du contexte de l'embauche au sein d'AIRBUS France, les investigations menées par la HALDE ont fait apparaître que sur 288 personnes recrutées entre 2000 et 2006, toutes, comme M. L., ont la nationalité française, mais deux seulement ont un patronyme d'origine maghrébine. Pour la période du 1^{er} janvier 2005 au 30 juillet 2006, sur le site de Saint Éloi, le registre unique du personnel révèle qu'aucun des 43 agents de qualification embauchés en contrat à durée indéterminée n'a de patronyme à consonance maghrébine ») et HALDE, Délibération n° 2008-135 du 16 juin 2008 (« Par ailleurs, entre 2000 et 2006, les élèves inscrits au Lycée professionnel, principale voie d'accès aux métiers d'agents de fabrication, ont tous la nationalité française. Aucun ne possède un nom à consonance maghrébine. Au vu de ces éléments, *il apparaît qu'il existe une sous-représentation des personnes d'origine maghrébine qui n'est pas justifiée, notamment au regard des demandeurs d'emploi inscrits à l'ANPE de Toulouse présentant les qualifications requises pour accéder aux emplois d'agent de fabrication au sein de l'entreprise* » - nous soulignons) et Délibération n° 2009-42 du 9 février 2009. V. à ce sujet BERTHOU, K., « La preuve des discriminations à raison de l'origine. Réflexions à partir de l'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 19 février 2010 », *RDT*, 2010, p. 635 et s.

³¹⁵⁰ V. ICARD, P. et LAIDIÉ, Y. (dir.), *Le principe de non-discrimination : l'analyse des discours*, *op. cit.*, p. 324. V. not. Cass. soc., 4 mars 2008, n° 06-45.258, inédit et Cass. soc., 15 décembre 2010, n° 08-44.955, inédit.

³¹⁵¹ Il y a discrimination 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 » (nous soulignons).

³¹⁵² V. GUIOMAR, F., « Le rôle respectif des parties et du juge dans la preuve de discriminations syndicales », *loc. cit.*

³¹⁵³ La chambre sociale a en effet eu l'occasion de préciser dans un arrêt du 10 novembre 2009 que « l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement la comparaison avec la situation d'autres salariés ». V. Cass. soc., 10 novembre 2009, n° 07-42.849, *Bull.* V, n° 246. Sur cet arrêt, v. not. RADÉ, C., « Discrimination. Preuve. Appréciation. Faits pertinents. Harcèlement. Preuve. Indices pertinents », *Dr. Soc.*, 2010, p. 111 et s. *A contrario*, Cass. soc., 9 novembre 2005, n° 04-41.339, inédit.

³¹⁵⁴ En ce sens, v. MOUREY, L., *Le rôle du droit pénal dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 418-419.

syndicale³¹⁵⁵. La préférence souvent manifestée des juridictions pour une approche qualitative plus que quantitative du désavantage particulier en cas de discrimination indirecte contribue, elle aussi, à relativiser l'utilité de ce mode de preuve³¹⁵⁶. Afin de bénéficier de son potentiel, le requérant doit par ailleurs éviter quatre écueils. Le premier est relatif à la pureté des panels élaborés ou échantillons de comparaison. Ces derniers doivent strictement exclure toute personne partageant la caractéristique protégée qui fonde la discrimination alléguée. Le Conseil d'État a ainsi rejeté l'apport probatoire de la comparaison statistique et a considéré le panel comme non pertinent dès lors qu'une – seule – personne partageait la caractéristique de la victime³¹⁵⁷. Le deuxième écueil concerne la taille des échantillons de comparaison. Ils doivent porter « sur un nombre suffisant d'individus »³¹⁵⁸. Si le seuil de la suffisance demeure nébuleux, les cours d'appel ont retenu la pertinence d'échantillons composés de quarante, de trente-cinq³¹⁵⁹, voire de quatre salariés³¹⁶⁰. Troisièmement, l'influence des phénomènes fortuits ou conjoncturels sur le différentiel censé illustrer le traitement défavorable doit être endiguée. Il est essentiel pour cette raison de cibler de préférence des salariés recrutés à la même époque et dans des conditions similaires³¹⁶¹ (e.g. coefficient, fonction, niveau de diplôme), voire appartenant à un même corps ou un même cadre d'emploi en droit administratif³¹⁶². Le différentiel qui résulte de la comparaison statistique et qui illustre le traitement défavorable doit enfin se révéler « significatif ». Le seuil de la signifiante s'avère là encore relativement obscur. À défaut de déséquilibre minimum fixé, il faudra démontrer que la mesure affecte « un nombre beaucoup plus élevé »³¹⁶³, « un pourcentage considérablement plus

³¹⁵⁵ En ce sens, v. MERCAT-BRUNS, M. et PERELMAN, J. (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination*, op. cit., p. 142. Cette problématique s'explique en partie par la difficulté que représente le traitement des données « sensibles » en France.

³¹⁵⁶ V. ici MERCAT-BRUNS, M., « Tackling Indirect Discrimination in Employment in France: A Relative Success? », op. cit., p. 249-250 : « French labour judges prefer avoiding showing 'considerably larger or smaller' discriminatory effect, and have found solace in identifying 'potential disadvantage' rather than an actual one in a wide variety of rules and norms in lieu of tests. Thus, French judges focus first and foremost on the content of the rule, or the practice of the collective agreement rather than its effects, when considering a particular disadvantage instead of resorting to evaluations of a numerical effect ». V. encore p. 252 : « This selective application of indirect discrimination to certain grounds in France might confirm the way in which French judges apply the concept of indirect discrimination, which is through an interpretation based on the disadvantage exposed in the rule rather than based on a statistical disparity proven by the plaintiff comparing pools of people affected by the rule ».

³¹⁵⁷ CE, 20 octobre 2014, *Mme A. c. chambre régionale d'agriculture de Provence-Alpes-Côte d'Azur*, n° 363237, inédit, relevé in DUMORTIER, T., « L'appréhension juridictionnelle des discriminations dans la fonction publique », in GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, op. cit., annexes, p. 360.

³¹⁵⁸ CJCE, 27 octobre 1993, *Pamela Mary Enderby*, op. cit., pt. 17.

³¹⁵⁹ V. not. CA Toulouse, 19 février 2010, n° 08/06630 (relevé in BERTHOUE, K., « La preuve des discriminations à raison de l'origine », loc. cit.) et CAA Paris, 30 juin 2015, n° 14PA00635.

³¹⁶⁰ Cass. soc., 15 décembre 2010, n° 08-44.956, inédit.

³¹⁶¹ *Ibidem*.

³¹⁶² CE, 10/9 SSR, 21 mai 2008, n° 293567, mentionné aux tables : « le principe d'égalité de traitement ne peut être invoqué que pour des agents appartenant à un même corps ou à un même cadre d'emploi qui sont placés dans une situation identique ». V. ici CLUZEL-MÉTAYER, L. et MERCAT-BRUNS, M., *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, op. cit., p. 15.

³¹⁶³ CJCE, 13 juillet 1989, *Ingrid Rinner-Kühn*, aff. 171/88, pts. 14 et 16.

faible »³¹⁶⁴, « une proportion particulièrement marquée »³¹⁶⁵, ou, en alternative, « un écart moins important mais persistant et relativement constant au cours d'une longue période »³¹⁶⁶.

855. Pour franchir ces quatre écueils, le requérant doit identifier au préalable les échantillons et groupes de comparaison avec une extrême précision. La tâche n'est guère aisée³¹⁶⁷ mais se révèle d'une importance primordiale considérant que la Cour de cassation a admis la discussion contradictoire de la pertinence des échantillons élaborés, ainsi que la présentation par le défendeur de « contre-panels », susceptibles d'être préférés à ceux soumis par le requérant s'ils apparaissent plus fiables ou plus complets³¹⁶⁸. En 2012 puis en 2015, la Cour de cassation s'est en revanche refusée à exercer un contrôle d'opportunité quant à la composition des échantillons³¹⁶⁹, excluant toute rectification en cas d'approximation commise par le requérant, et renvoyant en la matière à l'appréciation souveraine des juges du fond³¹⁷⁰. Ces derniers peuvent notamment prendre en compte certains critères de comparabilité avancés par les parties, comme la nature de la fonction, l'ancienneté, le niveau de diplôme, voire le niveau hiérarchique, le niveau de responsabilité, l'importance dans le fonctionnement de l'entreprise, les capacités ou encore la charge nerveuse liée

³¹⁶⁴ CJCE, 9 février 1999, *Nicole Seymour-Smith*, *op. cit.*, pt. 65.

³¹⁶⁵ Conclusions de l'avocat général M. Philippe Léger, présentées le 31 mai 1995, aff. C-317/93, *Inge Nolte*, pt. 58. V. sur ce point FRA, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Luxembourg, Office de publication de l'Union européenne, 2011, p. 150-151 : plus particulièrement, « il est dès lors probable, en l'espèce, que le chiffre de 60 % soit, en soi, tout à fait insuffisant ».

³¹⁶⁶ CJCE, 9 février 1999, *Nicole Seymour-Smith*, *op. cit.*, pt. 61.

³¹⁶⁷ La difficulté de la tâche ainsi que la subjectivité de la méthode sont illustrées par les divergences qui existent, non seulement entre les requérants et les défendeurs, mais également entre les juridictions ainsi qu'entre ces dernières et le Défenseur des droits. Sur ce point, v. SERENO, S., *Le défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 405-416, not. sa conclusion p. 415-416 : « la comparaison apparaît comme une technique probatoire utile mais dont la réception par les juridictions s'avère incertaine, d'autant que cet outil ne bénéficie d'aucune harmonisation méthodologique » ; « la forte empreinte de la subjectivité en ce domaine aboutit à faire de la preuve un droit d'appréciation fluctuante ».

³¹⁶⁸ SERVERIN, E. et GRUMBACH, T., « Discrimination syndicale : le concours des panels ne doit pas être arbitré par la Cour de cassation », *loc. cit.*, sur Cass. soc., 3 juillet 2012, n° 10-25.747, inédit et Cass. soc., 24 octobre 2012, n° 11-12.295, inédit : « Dans leurs pourvois, mais un peu tard, chacun des demandeurs reproche à la cour d'appel de ne pas avoir suffisamment justifié sa "préférence" pour le panel de l'employeur. Dans les deux cas, la Cour de cassation rejette les pourvois ».

³¹⁶⁹ Elle se borne à casser les décisions des cours d'appel qui refusent de procéder à l'évaluation comparative demandée. V. Cass. soc., 25 janvier 2011, n° 09-40.217, inédit : « Qu'en statuant ainsi, en se bornant à constater que M. X... avait été recruté au même niveau que ses collègues dessinateurs titulaires d'un BTS ou d'un DUT, sans comparer, comme il lui était demandé, les salaires d'embauche, puis à procéder à une étude comparative entre ses salaires et ceux de salariés qui n'étaient pas titulaires d'un diplôme équivalent au sien, alors qu'il lui appartenait de comparer l'évolution des salaires et du déroulement de carrière de l'intéressé avec celle des salariés auxquels il se comparait, embauchés en qualité de dessinateurs ayant une ancienneté et des diplômes utiles à l'exercice de la fonction occupée équivalents, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». V. aussi Cass. crim., 9 novembre 2004, n° 04-81.397, *Bull. crim.*, n° 273, p. 1022 : « Mais attendu qu'en statuant ainsi, sans procéder à une étude comparative des salaires et coefficients des représentants du personnel et des autres salariés de l'entreprise, à diplôme équivalent et même ancienneté, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ». V. encore dans le même sens Cass. soc., 17 octobre 2007, n° 06-41.053, inédit.

³¹⁷⁰ Cass. soc., 3 juillet 2012, n° 10-25.747, inédit : « Mais attendu que la cour d'appel, qui a vérifié les conditions dans lesquelles la carrière de chacun des salariés s'était déroulée a, par une appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, relevé que l'évolution de leur carrière ne révélait aucune disparité laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte par rapport aux salariés de l'entreprise se trouvant dans une situation comparable ». V. ensuite Cass. soc., 30 septembre 2015, n° 14-17.748, BICC, n° 836, soc. n° 255 : « Mais attendu d'abord que la pertinence du panel de comparaison est appréciée souverainement par les juges du fond ».

au poste³¹⁷¹. Les juridictions canadiennes franchissent, quant à elles, un pas supplémentaire. Elles considèrent qu'il n'est pas nécessaire que le requérant désigne avec précision le groupe de comparaison. Pour la Cour suprême, le requérant peut certes faire valoir son point de vue à cet égard mais il s'agit d'« une question de droit qu'il appartient à la cour de trancher »³¹⁷². Cela exige *ipso facto* la mobilisation active des pouvoirs d'instruction. En l'espèce, le conjoint de fait séparé qui comparait sa situation avec celle des couples mariés séparés vit sa motivation rectifiée autour d'une comparaison avec des couples mariés divorcés et obtint gain de cause. La détermination de la cible de la comparaison s'apparente ainsi à une question de droit que les tribunaux sont libres de trancher, jouissant pour ce faire d'une large discrétion. Épouser cette approche permettrait également d'alléger les difficultés qui pèsent sur le requérant qui recourt à la comparaison statistique et de l'assister, en continuité des pouvoirs d'instruction, dans la détermination du panel le plus pertinent si celui proposé n'est pas pleinement convaincant. La phase de mise en l'état de l'affaire constituerait dans cette optique une étape particulièrement décisive³¹⁷³.

856. Malgré l'utilité pratique de la preuve statistique en vue de la caractérisation d'une discrimination, notamment indirecte ou dans l'évolution de carrière, ce mode de preuve reste surtout entièrement dépendant des données permettant la construction des échantillons. Ces dernières sont généralement hors de portée du requérant, à moins que celui-ci ne dispose d'un soutien syndical ou qu'il ne s'appuie sur le rapport d'enquête de l'inspecteur du travail. Le problème principal repose donc toujours sur la difficile accessibilité de données qui dépend, entre autres, de la collaboration de l'employeur, de l'institution concernée, de la collecte statistique nationale de données propres à permettre une analyse séquencée en fonction des motifs de discrimination, du recours concomitant à une expertise en vue du décryptage et du maniement parfois complexe des données, sans compter la difficulté du recueil statistique dans certains secteurs – au-delà de l'emploi – comme la fourniture de biens et services³¹⁷⁴. Malgré une utilité manifeste lorsqu'elles sont

³¹⁷¹ En matière d'inégalité de traitement entre les femmes et les hommes liée à la rémunération, au regard de l'art. L. 3221-4 du Code du travail – et non L. 1132-1 : Cass. soc., 16 novembre 2010, n° 09-42.956, inédit, rejetant le pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel de Riom qui avait mobilisé ces critères. Certains auteurs plaident pour une extension de la prise en compte de ces critères en matière de non-discrimination pour tous les motifs – et non plus seulement d'inégalité de traitement fondée sur le sexe. Not. SERENO, S., *Le défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi, op. cit.*, p. 412-414.

³¹⁷² *Hodge c. Canada (ministre du Développement des ressources humaines)*, [2004] 3 RCS 357, par. 21. V. aussi *Falkiner v. Ontario (Minister of Community and Social Services)*, 2002 ONCA 44902 (CanLII), par. 67-72.

³¹⁷³ Michel Miné relève notamment la constitution de panel par un conseiller rapporteur ou un expert judiciaire dans certains cas d'espèce, en l'occurrence CA Versailles, 8 septembre 2010, n° 09/00931, CA Pau, 11 septembre 2008, n° 07/01533, CA Paris 1^{er} septembre 2009, n° 08/02540 et CA Aix-en-Provence, 8 septembre 2010, n° 08/13 399 (MINÉ, M., *Droits des discriminations dans l'emploi, op. cit.*, p. 720).

³¹⁷⁴ Sur ces difficultés pratiques comme entraves conséquentes à l'efficacité des statistiques comme mode de preuve, v. not. RINGELHEIM, J., « The Burden of Proof in Anti-Discrimination Proceedings. A Focus on Belgium, France and Ireland », *European Equality Law Review*, n° 2, 2019, p. 57-58. Les juridictions canadiennes fournissent une fois de plus un éclairage instructif en ce qu'elles s'opposent à ce que les impératifs de la preuve impliquent « que le demandeur doive produire des données [ou autres éléments de preuve du domaine des sciences sociales] qui ne sont pas accessibles

disponibles, la faible accessibilité de la preuve par statistiques³¹⁷⁵ devrait, là encore, inviter à solliciter davantage le prononcé des mesures d'instruction *in futurum*. Elle déplace l'enjeu sur un éventuel droit à la communication des données susceptibles de fournir les éléments probants³¹⁷⁶. En parallèle, l'alternative qu'auraient pu constituer les tests de situation s'avère, elle aussi, moins efficace que ce qu'il était permis d'escompter.

2) La lourdeur de la preuve par le biais des tests de situation

857. Les tests de situation ou *testings* sont susceptibles de s'inscrire en soutien des comparaisons statistiques afin de caractériser la présomption de discrimination. Le principe est désormais bien connu. Après un acte considéré comme discriminatoire, il s'agit de reconstituer, « *in vivo* »³¹⁷⁷, la situation à l'insu de la personne qui est perçue comme responsable de cet acte, dans le but de constater la répétition du comportement et ainsi confirmer le caractère discriminatoire du premier acte (*e.g.* sélection à l'entrée des boîtes de nuit, refus d'embauche du fait du nom de famille indiqué sur le *curriculum vitae*). À la suite de quelques expérimentations associatives³¹⁷⁸, la chambre criminelle de la Cour de cassation a admis le *testing* comme mode de preuve au pénal, implicitement en 2000³¹⁷⁹, puis explicitement en 2002³¹⁸⁰. Dans ce dernier arrêt, la chambre criminelle cassa l'arrêt de la cour

à tous » ou, plus généralement, qu'il fasse « la preuve de questions qu'on ne peut pas raisonnablement supposer être de sa connaissance » (*Law v. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 RCS 497, par. 77 et 80). Considérations appliquées à la discrimination systémique par le *British Columbia Human Rights Tribunal in Radek v. Henderson Development (Canada) Ltd.*, 2003 BCHRT 67 (CanLII), par. 511.

³¹⁷⁵ Plus largement, Édouard Dubout prenait en compte divers facteurs pour émettre un doute quant au potentiel probatoire des statistiques en matière de discrimination : maîtrise technique exigée, nécessité de démontrer une disproportion significative, difficulté à stabiliser la comparaison (*e.g.* choix des groupes, ni trop large ni trop restreint), contrainte temporelle en raison de la nécessité d'attendre un certain laps de temps après l'entrée en vigueur de la mesure litigieuse pour pouvoir recueillir les données pertinentes, accessibilité délicate de telles données pour des motifs autres que le sexe, etc. V. DUBOUT, É., *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 418-422.

³¹⁷⁶ Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, II, B, 1).

³¹⁷⁷ BERENI, L. et CHAPPE, V-A., « La discrimination, de la qualification juridique à l'outil sociologique », *op. cit.*, p. 17. Pour une variante dans la formulation, v. CALVÈS, G., « Au service de la connaissance du droit : le *testing* », *Horizons stratégiques*, n° 5, 2007/3, p. 9 (« *in vitro* »).

³¹⁷⁸ Pour de plus amples développements sur la question du *testing*, v. BENICHOU, S., *Le droit à la non-discrimination « raciale »*, *op. cit.*

³¹⁷⁹ Cass. crim., 12 septembre 2000, n° 99-87.251, inédit. Alors que le moyen des requérants contestait les conditions de réalisation d'un *testing*, la Cour de cassation considère que « la cour d'appel a, sans insuffisance ni contradiction, répondu aux chefs péremptoires des conclusions dont elle était saisie et caractérisé en tous ses éléments, tant matériels qu'intentionnel, le délit dont elle a déclaré les prévenus coupables ».

³¹⁸⁰ Cass. crim., 11 juin 2002, n° 01-85.559, *Bull. crim.*, n° 131, p. 482 : « Aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale. Il leur appartient seulement, en application de l'article 427 du Code de procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante après les avoir soumis à la discussion contradictoire. Méconnaît ce principe la cour d'appel qui, dans une procédure suivie du chef de discrimination, refuse d'examiner les éléments de preuve obtenus par les parties civiles au moyen du procédé dit "testing", consistant à solliciter la fourniture d'un bien ou d'un service à seule fin de constater d'éventuels comportements discriminatoires, au motif que ce procédé aurait été mis en œuvre de façon déloyale ». V. not. RINGEL, F., « Le "testing" : mode de preuve valable des discriminations raciales », *LPA*, n° 4, 2003, p. 15.

d'appel de Montpellier car celle-ci avait refusé de reconnaître la valeur probante du procédé, qui ne présente pourtant aucun caractère déloyal en soi. La preuve de discrimination par enregistrement d'une conversation téléphonique avec un membre de l'association SOS racisme à l'insu du bailleur mis en cause fut également admise en 2005³¹⁸¹. Elle est susceptible de s'apparenter à un *testing* téléphonique³¹⁸². Le processus fut ensuite entériné par la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, créant l'actuel article 225-3-1 du Code pénal, précisé par la circulaire ministérielle du 26 juin 2006³¹⁸³. La chambre criminelle refusa enfin en 2015 de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité aux droits de la défense et au procès équitable de l'article 225-3-1 du Code pénal. Elle considère que cet article n'instaure pas une exception au principe de liberté de la preuve, qu'il ne remet pas en cause la libre appréciation par le juge de la valeur probante des éléments produits à charge, et que le mode de preuve qu'il vise demeure soumis au principe du contradictoire³¹⁸⁴. Fort de ces reconnaissances juridiques, le test de situation contribue à lever le verrou probatoire pour le requérant. Son potentiel est néanmoins affaibli par plusieurs limites.

858. Le test de situation peut être déclenché afin de prouver le caractère discriminatoire d'un comportement, en recourant à des sollicitations fictives, sous réserve de l'existence d'une victime véritable. Cette dernière exigence exclut les tests purement proactifs et les tests scientifiques des modes de preuve recevables au pénal. Selon la circulaire du 26 juin 2006 précitée, l'article 225-3-1 du Code pénal ne consacre en effet pas « une forme de test de discrimination de nature "générale et statistique", qui permet par exemple d'adresser une série de demandes fictives, comme des demandes d'emploi ne différant que sur des éléments susceptibles de donner lieu à des

³¹⁸¹ Cass. crim., 7 juin 2005, n° 04-87.354, inédit : rejet du moyen qui conteste la déloyauté du procédé de preuve dès lors qu'il « se borne à remettre en question l'appréciation souveraine, par les juges du fond, des faits et circonstances de la cause, ainsi que des éléments de preuve contradictoirement débattus ». *A contrario* en droit du travail, v. Cass. soc., 6 février 2013, n° 11-23.738, *Bull. V*, n° 31 : « L'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue » ; toutefois, « il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages téléphoniques vocaux dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur ». V. néanmoins sur la recevabilité d'un enregistrement audio à l'insu du défendeur CA Toulouse, ch. 4, sect. 1, 10 mai 2019, n° 17/02966. Sur la question des enregistrements, v. pour plus de détails BENICHOUS, S., *Le droit à la non-discrimination « raciale »*, *op. cit.*, p. 165-168. Sur les *testings*, v. aussi les nombreux développements p. 168-174 et p. 191-201.

³¹⁸² V. néanmoins les conditions posées par CA Grenoble, ch. soc., 8 mars 2010, n° 08/03871 : attendu « que l'huissier n'a pas procédé lui-même à l'appel téléphonique ni assisté personnellement à la conversation enregistrée sur la cassette audio, dont il s'est borné à retranscrire le contenu ; [...] qu'aucun élément ne permet de vérifier l'authenticité de cet appel ni de vérifier les identités des personnes qui conversent ». V. encore Cass. crim., 12 novembre 2014, n° 13-84.318.

³¹⁸³ CRIM 2006-16, E8/26-06-2006, NOR : JUSD630082C, BOMJ, n° 102. Cette circulaire rappelle aux procureurs généraux et premiers présidents des cours d'appel la portée et les implications de la reconnaissance légale du test.

³¹⁸⁴ Cass. crim., 4 février 2015, n° 14-90.048, *Bull. crim.*, n° 26. V. not. : FONTEIX, C., « La preuve par *testing* ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux », *Dalloz Actualités*, 25 février 2015 ; LASSERRE CAPDEVILLE, J., « L'article 225-3-1 du Code pénal, régissant le *testing*, est conforme aux droits de la défense et au droit à un procès équitable », *AJ Pénal*, 2015, p. 139 et s. ; DETRAZ, S., « Question prioritaire de constitutionnalité – Constitutionnalité des tests de discrimination », *JCP*, n° 15, 2015, p. 440 et s. ; VÉRON, M., « Preuve par *testing* », *Dr. Pén.*, n° 4, comm. 46, 2015.

discriminations prohibées ». Cet article « ne permet pas qu'une condamnation soit prononcée à la suite d'une opération au cours de laquelle la ou les personnes qui se sont vues (*sic*) opposer un refus auraient menti sur leur identité ou leur qualité, ou seraient purement fictives (par exemple si est adressé un faux CV, concernant une personne imaginaire et/ou avec un cursus et des diplômes inexacts). Dans de tels cas, en effet, il n'y a pas de délit, puisque le refus a été opposé à une personne qui n'existe pas, ou qui n'est pas vraiment victime »³¹⁸⁵.

859. Outre l'exigence d'une victime véritable, le bien-fondé des tests est fonction de l'impartialité de l'observateur. Si un système restrictif d'habilitations législatives était initialement prévu (*i.e.* officier public ou ministériel, officier de police judiciaire)³¹⁸⁶, cette solution ne fut finalement pas retenue pour la rédaction du nouvel article 225-3³¹⁸⁷. En conséquence de quoi toute personne est théoriquement apte à participer à un test de situation. Plusieurs tests ont pourtant été écartés en raison du cumul des fonctions de la HALDE, et ce, en dépit de l'article 41 de la loi du 31 mars 2006 selon lequel « les agents de la haute autorité assermentés et spécialement habilités par le procureur de la République peuvent constater par procès-verbal les délits de discrimination, notamment dans le cas où il est fait application des dispositions de l'article 225-3-1 du Code pénal ». Sophie Latraverse rapportait en 2011, au sujet de douze affaires ayant fait l'objet de poursuites, qu'aucune ne fut renvoyée devant les tribunaux correctionnels, pour partie en raison du cumul des fonctions de la HALDE qui avait procédé aux investigations, avait saisi le procureur, et dont les agents avaient de surcroît endossé le rôle de candidats fictifs lors du *testing*. Ce cumul fut considéré comme étant de nature à altérer la valeur probante du test³¹⁸⁸. Les cours d'appel de Grenoble et de Montpellier ont en parallèle refusé de reconnaître la valeur probante du *testing* conduit par des

³¹⁸⁵ La circulaire poursuit : « Le texte n'autorise dès lors pas que, dans une finalité répressive, soient adressées des demandes fictives ou inexacts qui permettraient de condamner des personnes alors que celles-ci n'auraient en réalité discriminé aucune victime individuellement identifiée ».

³¹⁸⁶ V. not. art. 21 du projet de loi (loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances), adopté en l'état après mobilisation de l'art. 49 al. 3 par le gouvernement (« Art. 225-3-1. - Les délits prévus par la présente section sont constitués même s'ils sont commis à l'encontre d'une ou plusieurs personnes ayant sollicité l'un des biens, actes, services ou contrats mentionnés à l'article 225-2 dans le but de démontrer l'existence du comportement discriminatoire, dès lors que la preuve de ce comportement est établie, *notamment par des constatations effectuées par un officier public ou ministériel* » – nous soulignons). Puis, lors de la discussion du projet au Sénat, v. les amendements n° 421 rectificatif *bis* du 4 mars (rejeté) (validité du *testing* dès lors que la preuve de ce comportement « a été obtenue de manière loyale et constatée par un officier public ou ministériel *ou par un officier de police judiciaire* » – nous soulignons), n° 539 rectificatif du 24 février (retiré) (« Cet amendement a pour but de supprimer le mot "notamment" afin que les opérations de "*testing*" soit toujours constatées par un officier public ou ministériel »).

³¹⁸⁷ Concernant les agents du Défenseur des droits, v. depuis 2011, l'art. 37, al. 4, de la loi organique du 29 mars 2011 : « Les agents du Défenseur des droits assermentés et spécialement habilités par le procureur de la République peuvent constater par procès-verbal les délits de discrimination, en particulier dans le cas où il est fait application de l'article 225-3-1 du code pénal ». V. auparavant, art. 2, al. 7, de la loi du 30 décembre 2004 portant création de la HALDE.

³¹⁸⁸ LATRAVERSE, S., *Report on Measures to Combat Discrimination*, *op. cit.*, p. 58 : « 12 cases have been prosecuted by the State and all of them have been dismissed on the ground that cumulating testing by fictitious candidates, investigating and transmission to the State prosecution, puts the Equality body in a position where accumulation of functions of the HALDE in the procedure alters the value of the evidence ».

membres associatifs, « adhérents ou sympathisants »³¹⁸⁹. Leur implication était, selon les cours, de nature à remettre en cause la neutralité et la fiabilité de l'opération autant que la probité de la preuve³¹⁹⁰. Une solution identique devrait être retenue lorsqu'un syndicat – et non une association – supervise le test et exerce les droits de la partie civile³¹⁹¹. Alors qu'il s'agit des acteurs les plus aptes à appuyer la victime de discrimination dans sa démarche probatoire, les associations, les syndicats et la HALDE ne semblent, pour certaines juridictions, paradoxalement pas être en mesure d'organiser le test tout en soutenant la victime dans sa démarche contentieuse.

860. La Cour de cassation a également estimé que le *testing* « ne confère pas au procureur de la République la faculté de provoquer à la commission d'une infraction »³¹⁹². La formule demeurait sibylline et les interprétations de la doctrine divergeaient sur le sens de cette assertion. Il s'agissait pour certains d'assimiler la pratique du *testing* par les agents publics à une provocation à l'infraction, stratagème propre à rendre inadmissible la preuve devant les juridictions pénales³¹⁹³. Cela impliquait – plus sûrement – pour d'autres que, même dans l'hypothèse d'un rôle actif des agents publics, « le test de discrimination ne peut jamais, par nature, être vu comme une provocation à l'infraction »³¹⁹⁴, mais constitue une simple provocation à la preuve, car « il ne constitue pas un procédé

³¹⁸⁹ CA Montpellier, ch. corr., 5 juin 2001, n° 00/01711.

³¹⁹⁰ BENICHO, S., *Le droit à la non-discrimination « raciale »*, *op. cit.*, p. 191-192, à propos de CA Grenoble, 18 avril 2001, n° 00/00657.

³¹⁹¹ Art. L. 2132-3 du Code du travail : « Les syndicats professionnels ont le droit d'agir en justice. Ils peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent ».

³¹⁹² Cass. crim., 4 février 2015, n° 14-90.048, *Bull. crim.* n° 26.

³¹⁹³ V. not. CERF-HOLLENDER, A., « Preuve des discriminations : le "*testing*" ne sera pas examiné par le Conseil constitutionnel », *EDFP*, n° 4, 15 avril 2015, p. 7. Pour l'auteur, la solution dégagée par la chambre criminelle « s'inscrit dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Le principe de la loyauté de la preuve pénale [...] prohibe, de la part des autorités publiques, la provocation à une infraction et les stratagèmes qui vicient la recherche des preuves ». V. encore ICARD, P. et LAIDIÉ, Y. (dir.), *Le principe de non-discrimination : l'analyse des discours*, *op. cit.*, p. 311 : « un tel mode de preuve, s'il était utilisé directement par les autorités policières, pourrait certainement être analysé par la chambre criminelle comme constituant une provocation policière à l'infraction - procédé illégal - et non à la preuve ». Sur la provocation à la commission d'une infraction, v. Cass. Ass., 6 mars 2015, n° 14-84.339, *Bull. crim.*, AP, n° 2.

³¹⁹⁴ V. en 2008 avant ladite décision LASSERRE CAPDEVILLE, J., « Le *testing* », *loc. cit.*, not. : « Qu'en est-il du *testing* ? Il semble que ce dernier doit être classé comme une provocation à la preuve lorsque la tenue et le comportement des clients "testeurs" sont comparables à ceux de n'importe quels autres clients ». Plus récemment pour le même constat, v. LASSERRE CAPDEVILLE, J., « La preuve des discriminations : le regard du pénaliste », *Dr. Soc.*, 2020, p. 338 et s. Sur la provocation à la preuve, v. not. COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2012. La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 340-341. V. encore p. 352 sur la provocation à la discrimination. V. pour une analyse similaire de ladite décision DETRAZ, S., « Question prioritaire de constitutionnalité – Constitutionnalité des tests de discrimination », *loc. cit.* : « D'autre part, en refusant que le test ne consiste en une provocation à la discrimination, la Cour de cassation ne dit pas que les autorités doivent préalablement détenir de bonnes raisons de suspecter l'individu mis à l'épreuve. C'est qu'en effet demander la fourniture d'un bien, d'un service ou d'un emploi ne détermine pas le destinataire à opposer un refus discriminatoire : la sollicitation ne porte en elle aucun germe délictueux qui conduirait nécessairement l'intéressé à commettre le délit selon une logique de continuité toute tracée. [...] À la lumière de ce distinguo, la précision de l'arrêt [...] est donc susceptible de s'éclairer d'un jour nouveau : elle signalerait que le test de discrimination ne peut jamais, par nature, être vu comme une provocation à l'infraction, pour la raison précitée qu'il ne constitue pas un procédé captieux ». Nous ajouterons que la chambre criminelle a déjà reconnu la valeur probante de *testings* pour partie conduits par un substitut du Procureur de la République. V. not. Cass. crim., 27 novembre 2012, n° 11-84.395, inédit.

captieux »³¹⁹⁵. Force est de constater que, si la chambre criminelle avait manqué de clarté concernant la validité de cette interprétation, elle a depuis affiné sa jurisprudence en affirmant explicitement que « l'autorité publique peut, sans provoquer à la commission d'une infraction ni manquer au principe de la loyauté des preuves et au droit à un procès équitable, prendre l'initiative de la mise en œuvre des dispositions de l'article 225-3-1 du code pénal »³¹⁹⁶.

861. Le *testing* doit par ailleurs démontrer de manière certaine l'intention discriminatoire du mis en cause et sa pertinence fait l'objet d'une appréciation discrétionnaire des juges pénaux³¹⁹⁷. Même lorsqu'il est concluant, le test est généralement considéré comme un simple indice de discrimination, mais n'entraîne pas automatiquement, à lui seul, la reconnaissance de culpabilité³¹⁹⁸. Il est possible pour les prévenus de contester sa pertinence, notamment en invoquant des facteurs contextuels (*e.g.* en cas de refus d'accès à une discothèque : comportement agressif, ivresse, tenue négligée, établissement complet). La cour d'appel de Douai a considéré pour ces raisons que le test, même concluant, n'était « absolument pas significatif »³¹⁹⁹. Afin de voir leur valeur probante pleinement reconnue, les tests peuvent être étayés par des enquêtes classiques de police ou de gendarmerie visant à recueillir des témoignages et, idéalement, des aveux³²⁰⁰. Il est en conséquence possible de considérer avec Jérôme Lasserre Capdeville que « ce procédé n'[a] pas une réelle incidence tant qu'il n'est pas corroboré par d'autres éléments lui donnant force de crédit » et, avec Tatiana Gründler, qu'il est « utile mais insuffisant »³²⁰¹.

862. Considérant ces premières limites, se pose inévitablement la question de savoir qui peut constater les faits, les corroborer par des éléments objectifs et, le cas échéant, comment doit-il le

³¹⁹⁵ DETRAZ, S., « Question prioritaire de constitutionnalité – Constitutionnalité des tests de discrimination », *loc. cit.*

³¹⁹⁶ Cass. crim., 28 février 2017, n° 15-87.378, inédit.

³¹⁹⁷ En ce sens, v. not. Cass. crim., 12 novembre 2014, n° 13-84.318, inédit ; Cass. crim., 4 février 2015, n° 14-90.048, *Bull. crim.*, n° 26.

³¹⁹⁸ Pour un arrêt concluant à l'insuffisance de la preuve apportée uniquement par *testing*, v. not. CA Lyon, 18 décembre 2003, tel que cité in BURNIER, F. et PESQUIÉ, B., « Tests de discrimination et preuve pénale », *Horizons stratégiques*, n° 5, 2007/3, p. 64 et Cass. crim., 12 octobre 2004, nos 04-80.624 et 04-80.625, inédit. *A contrario*, v. cependant Cass. crim., 27 novembre 2012, n° 11-84.395, inédit.

³¹⁹⁹ CA Douai, 25 mars 2004. V. not. à ce sujet LASSERRE CAPDEVILLE, J., « Le *testing* », *AJ Pénal*, 2008, p. 310 et s. V. encore Observations du Gouvernement français sur le rapport du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, suite à sa visite en France du 22 au 26 septembre 2014, *op. cit.*, p. 9, tel que cité in CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Année 2015*, *op. cit.* p. 279.

³²⁰⁰ En ce sens, v. LASSERRE CAPDEVILLE, J., « Le *testing* », *loc. cit.* : « le *testing* ne présente donc pas les mêmes garanties de fiabilité qu'une opération policière menée par des officiers assermentés ». V. encore GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, *op. cit.*, p. 67. Surtout, v. MOUREY, L., *Le rôle du droit pénal dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 464. Après analyse exhaustive de la jurisprudence pénale, l'auteur déclare que « seules les affaires dans lesquelles d'autres constatations objectives [que le test de situation] sont intervenues, ont pu aboutir à une condamnation pénale. Il n'existe pas, par conséquent, d'affaires dans lesquelles la condamnation résulte uniquement de la constatation du refus discriminatoire [par *testing*] ».

³²⁰¹ GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, *op. cit.*, p. 67.

faire afin de maximiser le potentiel probatoire du *testing*³²⁰². Concernant l'identité du tiers qui constate les faits, un passage en revue de la jurisprudence semble indiquer que la solution la moins risquée repose sur la sollicitation d'huissiers de justice³²⁰³, d'agents de police ou de gendarmes³²⁰⁴. Sans être obligatoire, cette présence a démontré son efficacité afin de doter le test de crédibilité, objectivité et neutralité. Il s'agit alors non seulement de constater et confirmer les faits avancés par la victime – notamment par la consignation des propos tenus – mais également de les compléter, possiblement en vérifiant que l'établissement est effectivement complet ou en pénétrant en son sein pour apprécier – de manière subjective – les origines de la clientèle³²⁰⁵. La lourdeur du dispositif conseillé – à défaut d'être véritablement et systématiquement exigé – révèle la difficulté de la preuve par ce biais.

863. Coexistent également des limites pratiques relatives à l'usage des *testings*, aux motifs essentiellement concernés par ce procédé, ou encore aux coûts qu'il engendre, plus encore en cas de sollicitation d'huissier³²⁰⁶. Ce procédé est essentiellement sollicité par les associations³²⁰⁷ en vue de la démonstration du caractère discriminatoire de différences de traitements fondées sur la prétendue race, le handicap ou l'âge³²⁰⁸. La HALDE a également eu recours à cette pratique à l'égard des entreprises du CAC 40 entre 2008 et 2011 – sans perspective de juridictionnalisation au pénal³²⁰⁹. Les faibles résultats obtenus dans le cadre de recours individuels devant les juridictions pénales, cumulés à son coût important, ont participé à une mobilisation limitée de ce mode de preuve³²¹⁰. Les contraintes financières, doublées du manque d'attrait de la voie pénale et du faible

³²⁰² Or, comme mentionné *supra*, les membres des associations de lutte contre les discriminations, des syndicats, ainsi que les agents assermentés de la HALDE, ne présentent pas systématiquement, selon la jurisprudence, des gages incontestables de neutralité.

³²⁰³ Cass. crim., 12 septembre 2000, n° 99-87.251, inédit. V. aussi CA Orléans, 2ème ch. corr., 2 novembre 1999, n° 99/00502 ; CA Pau, 11 septembre 2003, n° 02/00266 ; TGI Tours, 29 avril 1999, n° 1284 ; TGI Lille, 21 novembre 2001, n° 7898-01 ; TGI Valence, 18 mai 2001, n° 1171.01LF ; TGI Mont-de-Marsan, 26 février 2002, n° 149 2002, tels que cités in BENICHOUS, S., *Le droit à la non-discrimination « raciale »*, *op. cit.*, p. 192.

³²⁰⁴ Cass. crim., 12 octobre 2004, n°s 04-80.624, inédit ; CA Toulouse, 3ème ch. corr., 4 avril 2002, n° 01/00133. V. encore CA Metz, 16 mai 2002, n° 02/00462 et TGI Toulouse, 21 décembre 2000, tels que cités in BENICHOUS, S., *Le droit à la non-discrimination « raciale »*, *op. cit.*, p. 192.

³²⁰⁵ V. not. Cass. crim., 27 novembre 2012, n° 11-84.395, inédit. V. encore les développements in LASSERRE CAPDEVILLE, J., « Le *testing* », *loc. cit.*

³²⁰⁶ V. BENICHOUS, S., *Le droit à la non-discrimination « raciale »*, *op. cit.*, p. 172 : « Plus la méthodologie exigée est rigoureuse, plus elle s'avère lourde et coûteuse et donc difficile à mettre en œuvre. [...] si SOS Racisme a commencé par organiser ses *testings* avec huissier, elle a rapidement fait le choix de s'en passer en raison du coût financier entraîné pour l'association elle-même et de sa volonté de démocratiser l'accès à cette méthode de preuve ».

³²⁰⁷ En ce sens, v. GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son efficacité*, *op. cit.*, p. 66-67 : « En pratique, ce sont toutefois des outils laissés à l'initiative des associations ».

³²⁰⁸ Ici, v. LATRAVERSE, S., *Report on Measures to Combat Discrimination*, *op. cit.*, p. 57.

³²⁰⁹ FERRAND, L., « La HALDE : bilan et perspective – Entretien avec Luc Ferrand », *loc. cit.* Il serait possible de noter les *testings* auxquels a procédé le Gouvernement en 2015 auprès des entreprises du CAC 40. Il convient cependant de regretter ici la divulgation préalable des dates de *testing*, de la cible ainsi que de la variable discriminatoire faisant l'objet du test.

³²¹⁰ LATRAVERSE, S., *Report on Measures to Combat Discrimination*, *op. cit.*, p. 58 : « HALDE has pursued experimentation of *testing procedures* in 2009, but stopped since 2010, considering the inconclusive results of this very costly procedure ».

nombre de condamnations prononcées, affaiblissent la portée pratique du mécanisme³²¹¹. Comme le résume Nicolas Demard, avocat au barreau de Paris, et Jérôme Lasserre Capdeville, « à ce jour, le bilan apparaît relativement décevant »³²¹² et le *testing* « n'a aucunement bouleversé la lutte contre les discriminations », ne possédant « finalement, qu'un rôle très subsidiaire »³²¹³. Quelques perspectives demeurent malgré tout ouvertes et pourraient être envisagées afin de dynamiser et faciliter le recours à ce procédé.

864. La voie de la juridictionnalisation par les recours portés devant les juges civils et administratifs apparaît davantage en mesure d'assurer une revendication concluante du droit à la non-discrimination³²¹⁴. La reconnaissance légale explicite du test de situation comme mode de preuve en droit civil et en droit administratif depuis la loi du 27 janvier 2017 constitue sur ce point une avancée bénéfique. Désormais, « le fait que la victime ait seulement poursuivi l'objectif de démontrer l'existence d'un agissement ou d'une injonction discriminatoire n'exclut pas, en cas de préjudice causé à cette personne, la responsabilité [civile ou administrative] de la partie défenderesse »³²¹⁵. S'il est encore trop tôt pour évaluer l'impact de cette disposition, peu mobilisée, il est utile de rappeler qu'une poignée de décisions avaient déjà considéré le *testing* comme élément de preuve en dehors du champ pénal. La chambre sociale de la cour d'appel d'Angers a notamment reconnu en 2009 une discrimination en se fondant sur un *testing* – doublé de témoignages – mené par des agents privés de recherche³²¹⁶. La cour d'appel de Colmar a également accepté en 2013 de considérer la force probante – en l'espèce insuffisante – d'un test réalisé par la HALDE³²¹⁷. Surtout, en juin 2016, la quatrième chambre civile de la cour d'appel de Riom a énoncé dans ses motifs qu'il « est admis que la pratique du *testing* peut être utilisée comme mode de preuve dès lors qu'un comportement discriminatoire a été commis à l'encontre d'une personne »³²¹⁸. La nouvelle

³²¹¹ V. encore GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, *op. cit.*, p. 66-67 : « Malgré cette souplesse offerte par le législateur, la méthode reste peu employée, en raison sans doute du manque d'attrait pour la voie pénale, mais également du coût qu'elle peut représenter ».

³²¹² DEMARD, N., « La stratégie contentieuse en matière pénale », *op. cit.*, p. 109.

³²¹³ LASSERRE CAPDEVILLE, J., « La preuve des discriminations : le regard du pénaliste », *loc. cit.* La première conclusion de l'auteur peut toutefois être nuancée et semble légèrement excessive.

³²¹⁴ Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

³²¹⁵ Art. 180 portant modification de l'art. 4 de la loi du 27 mai 2008. Cet article est le fruit d'un amendement déposé par le rapporteur du texte à l'Assemblée nationale, Razzy Hammadi : amendement n° 1032, présenté le 12 juin 2016.

³²¹⁶ CA Angers, ch. soc. 30 juin 2009, n° 09/00530. Soulignons une autre particularité de cet arrêt, à savoir la reconnaissance d'une discrimination d'une assistante maternelle, au sens de l'article L. 1132-1 du Code du travail, fondée sur la présence de chiens à son domicile... motif de discrimination pour le moins surprenant et rattaché par la juridiction au motif des mœurs.

³²¹⁷ CA Colmar, ch. soc., 28 mars 2013, n° 11/04717, confirmé *in* Cass. crim., 16 juin 2015, n° 13-28.129, inédit. La Cour de cassation a notamment relevé que la différence de traitement reposait « sur une sélection des candidats en fonction du domicile, critère de discrimination non prévu par l'article L. 122-45 devenu L. 1132-1 du Code du travail dans sa rédaction applicable au litige, et qui ne peut à lui seul laisser supposer l'existence d'une discrimination à caractère racial ». V. aussi HALDE, Délibération n° 2005-103 du 9 janvier 2006.

³²¹⁸ CA Riom, 4^{ème} ch. civ., 7 juin 2016, n° 14/00514.

disposition législative vient donc se greffer à cette jurisprudence préexistante. Soulignons que l'insuffisance de preuves quant à l'élément intentionnel n'a pas lieu d'être en droit civil et en droit administratif. Persistent néanmoins les difficultés liées à l'impartialité des testeurs, au coût de ce procédé, à l'insuffisance probatoire du test, simple indice de discrimination, ou encore à la réalité de la victime et du préjudice subi.

865. Considérant la complexité et la lourdeur que peut représenter la mise en place d'un test de situation³²¹⁹ pour un cas individuel de discrimination, ce procédé présente avant tout un intérêt en cas de discrimination « massive », qu'elle résulte de discriminations directes en série ou d'une discrimination indirecte qui affecte de nombreuses personnes³²²⁰. C'est notamment ce que suggérait l'amendement de Razzy Hammadi visant à reconnaître en 2016 la valeur légale du test de situation comme élément de preuve par la loi du 27 mai 2008 : « cette précision sera éminemment utile une fois entrée en vigueur l'action de groupe contre les discriminations »³²²¹. Pourtant, même dans cette hypothèse, la nature individuelle du procédé demeure. Cela exige en premier lieu une sollicitation véritable (*e.g.* emploi, affectation, formation) puis, en cas de discrimination supposée, une seconde sollicitation fictive de la victime potentielle. Reste la question de savoir si la valeur probante d'un test concluant à la suite d'une sollicitation individuelle serait susceptible de bénéficier par extension aux autres victimes alliées dans le cadre de l'action de groupe. Rien n'est moins certain. Le principe posé par la circulaire du 26 juin 2006, qui écarte les tests proactifs « purement fictifs » car « le refus [aurait] été opposé à une personne qui n'existe pas ou qui n'est pas vraiment victime »³²²², se retrouve également dans la formulation du nouvel article 4 de la loi du 27 mai 2008 (« Le fait que *la victime* ait seulement poursuivi l'objectif de démontrer l'existence d'un agissement ou d'une injonction discriminatoire n'exclut pas, *en cas de préjudice causé à cette personne*, la responsabilité de la partie défenderesse »). La jurisprudence européenne s'inscrit également en ce sens³²²³. L'engagement de la responsabilité du mis en cause est donc subordonné à l'existence d'un préjudice

³²¹⁹ Pour ce constat, v. aussi LATRAVERSE, S., « La lutte contre les discriminations au travail par le Défenseur des droits », *loc. cit.*

³²²⁰ *E.g.* application d'une politique d'embauche qui rejette systématiquement les candidatures des personnes n'ayant pas obtenu leur diplôme au sein d'un établissement public en France.

³²²¹ V. les motifs de l'amendement n° 1032 relatif au projet de loi égalité et citoyenneté, présenté le 12 juin 2016 à l'Assemblée nationale par Razzy Hammadi.

³²²² CRIM 2006-16, E8/26-06-2006, NOR : JUSD630082C, BOMJ, n° 102 : en revanche, « si une personne véritable, donnant des renseignements exacts sur son identité et sa qualité [...] se voit opposer un refus, alors que, pour démontrer le caractère discriminatoire de ce refus, il avait été adressé dans le même temps une demande similaire – sauf sur [le motif de discrimination] – et qu'à la suite de cette demande un entretien d'embauche a été proposé [...], l'infraction sera caractérisée en dépit du caractère fictif de la seconde demande ».

³²²³ V. not. sur cette question, CJUE, 1^e ch., 28 juillet 2016, *Kratzger*, aff. C-423-15, pt. 44 : « une situation dans laquelle une personne qui, en présentant sa candidature à un emploi, vise à obtenir non pas cet emploi, mais uniquement le statut formel de candidat, dans le seul but de réclamer une indemnisation, ne relève pas de la notion d'"accès à l'emploi ou au travail", au sens [des directives communautaires], et peut, si les éléments requis en vertu du droit de l'Union sont réunis, être qualifiée d'abus de droit ».

causé à la victime qui avance le *testing* comme mode de preuve. Cette limite neutralise notamment le potentiel juridictionnel des tests proactifs auxquels procéderait une association, un syndicat ou le Défenseur de droit. Or, il s'agit là « du seul intérêt possible »³²²⁴ ou, plus justement, du potentiel principal des articles 225-3-1 du Code pénal et 4, alinéa 2, de la loi du 27 mai 2008, à savoir caractériser la discrimination « malgré l'aspect totalement ou principalement fictif ou artificiel de la demande »³²²⁵. *In fine*, là réside le principal obstacle à la pleine utilité probatoire des tests de situation. Le potentiel juridictionnel des tests proactifs ne devrait – évidemment – pas être complètement évacué, et persistent deux perspectives qu'il convient d'évoquer brièvement en conclusion.

866. La première consisterait à reconnaître une valeur probante réfragable aux tests proactifs sous réserve de leur pertinence au regard des spécificités du cas d'espèce. À l'instar de ce qui se dessine progressivement concernant les « tests scientifiques »³²²⁶, cela permettrait ainsi de les mobiliser devant les juridictions civiles et administratives, lesquelles appliquent l'aménagement de la charge de la preuve. Cette dernière catégorie de tests, qui visent la connaissance sociale du phénomène discriminatoire³²²⁷, se démarque des tests judiciaires qui, eux, visent la preuve d'un acte discriminatoire spécifique. Même dépourvus d'ambition judiciaire, ces tests scientifiques commencent à se frayer un chemin au sein des prétoires et s'apparentent à des indices potentiels de discrimination lorsqu'ils se trouvent pertinemment mis en perspective avec le cas d'espèce dont la juridiction a à connaître. Tel fut le cas dans une décision de la cour d'appel de Toulouse en 2010³²²⁸. Tel fut encore le cas lorsque la cour d'appel de Paris eut à statuer en juin 2015 sur l'aspect discriminatoire de plusieurs contrôles d'identité auxquels avaient procédé des agents de police. Plusieurs études, incluant un rapport de l'ECRI ainsi que l'étude statistique de Fabien Jobard et René Lévy (*Police et minorités visibles : les contrôles d'identité à Paris*)³²²⁹ étaient produites au soutien des allégations des victimes. Alors que le tribunal de première instance avait écarté ces pièces, à la portée

³²²⁴ DETRAZ, S., « Question prioritaire de constitutionnalité – Constitutionnalité des tests de discrimination », *op. cit.*, p. 728-729.

³²²⁵ *Ibidem*.

³²²⁶ Sur cette notion, v. not. CALVÈS, G., « Au service de la connaissance du droit : le *testing* », *op. cit.*, p. 10 et s.

³²²⁷ Pour des illustrations récentes tests scientifiques, v. not. CHAREYRON, S., L'HORTY, Y. et PETIT, P., *Les refus de soins discriminatoires : tests multicritères et représentatifs dans trois spécificités médicales*, rapport remis au Défenseur des droits, octobre 2019, [URL : https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/rapport_refus_de_soins.pdf] et CHAREYRON, S., L'HORTY, Y., MBAYE, S. et PETIT, P., *Mesurer l'impact d'un courrier d'alerte sur les discriminations selon l'origine*, rapport remis au Défenseur des droits, juin 2019, [URL : https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/2019_08_08_micado_rapport_final.pdf].

³²²⁸ CA Toulouse, 4^e ch., 2^e sect., 19 février 2010, n° 08/06630 : au sujet d'une présomption de discrimination fondée sur l'origine : « Ces éléments ne sont pas remis en cause par les résultats d'un test scientifique réalisé par la HALDE auprès d'une série de grandes entreprises lors du second semestre de l'année 2007, dans la mesure où ce test porte sur un tri de curriculum vitae en réponse à une offre d'emploi, alors que les chiffres ci-dessus concernent les embauches effectivement réalisées par la SAS AIRBUS OPERATION ».

³²²⁹ Du même auteur, v. aussi JOBARD, F., « Mesurer les discriminations selon l'apparence : une analyse des contrôles d'identité à Paris », *Population*, vol. 67, 2012/3, p. 423-451 et JOBARD, F., « Police, justice et discriminations raciales », *Cahiers libres*, 2006, p. 211-229.

trop « générale et impersonnelle » pour caractériser la « situation individuelle » de la victime, la cour d'appel les admit comme « des éléments d'appréciation dont la cour doit tenir compte »³²³⁰. Bien que cette admission puisse être relativisée à deux égards³²³¹, la prise en compte des tests scientifiques comme indices d'une discrimination *prima facie* pourrait optimiser leur utilité probatoire. Sur ce point, Tatiana Gründler estime que « la distinction entre les tests scientifiques [...] et les tests judiciaires [...] tend à s'estomper, si ce n'est dans leurs méthodes et objets initiaux, du moins, dans certains de leurs effets probatoires tout particulièrement, pour peu que le juge sache faire preuve de souplesse »³²³².

867. En parallèle, mais plus accessoirement, il serait enfin envisageable de concevoir l'utilité juridictionnelle des tests proactifs, non plus aux fins d'établissement de la présomption de discrimination mais au stade des sanctions dans le cadre de mesures d'intérêt public envisagées ci-après³²³³. En cas de discrimination avérée, une structure désignée (*e.g.* le Défenseur des droits) pourrait, dans cette hypothèse, être chargée de conduire périodiquement pour un temps déterminé des tests de situation aux frais du responsable de l'acte litigieux, afin de vérifier le respect de l'interdiction de la discrimination dans les pratiques postérieures à la sanction juridictionnelle.

B. Quelles perspectives pour une optimisation de la preuve ?

868. Au-delà des modes de preuve évoqués ci-dessus, dont le potentiel se révèle limité, les techniques de preuve peuvent également reposer sur divers dispositifs, qu'il s'agisse d'améliorer l'accès aux données ou de perfectionner les modalités d'appréciation de leur caractère probant. Pour répondre au premier impératif, il serait possible de s'engager sur la voie du droit à la communication des données susceptibles de faciliter la preuve d'une discrimination *prima facie* (1). Pour répondre au second, plusieurs pistes peuvent être conjointement envisagées tel l'ancrage d'une appréciation globale et circonstancielle des éléments probants qui sont soumis par le requérant aux juridictions (2).

³²³⁰ Sur CA Paris, 24 juin 2015, n^{os} 13/24277, 13/242555, 13/24300, v. DUMORTIER, T., « Les "contrôles au faciès" saisis par la justice », *RevDH, Actualités Droits-Libertés*, 10 septembre 2015 et FERRÉ, N., « Ethnic Profiling in Identity Checks: A Return to Overly Permissive Regulations », *European Equality Law Review*, n^o 1, 2017, p. 1-12.

³²³¹ D'une part, la charge de la preuve fut essentiellement acquittée en raison du témoignage apporté au soutien des allégations des victimes. D'autre part, au-delà de la terminologie, « à y regarder plus près, les juges d'appel ne paraissent pas accorder beaucoup plus d'importance à ces documents [et] il semble que la discrimination systémique mise à jour par les études scientifiques demeure trop générale et impersonnelle pour les juges d'appel également » (DUMORTIER, T., « Les "contrôles au faciès" saisis par la justice », *loc. cit.*).

³²³² GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, *op. cit.*, p. 99.

³²³³ Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, II.

1) La consécration d'une valeur probante au silence du mis en cause face à une mesure d'instruction, à défaut de droit à la communication des données

869. Comment envisager le caractère opérationnel du recours contentieux pour le candidat à l'embauche qui s'estime victime d'une discrimination et dont la candidature a été rejetée par l'employeur, sans que ce dernier ne fournisse de motif particulier de rejet, ni la moindre information relative au processus de sélection, ni encore les résultats de ce processus d'embauche ? La position du candidat à l'emploi, extérieure à l'entreprise, le place dans une situation de complète dépendance à l'égard de l'employeur concernant l'obtention des éléments de fait qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination. Ces éléments, indispensables à l'émergence du litige, s'avèrent hors de portée pour la victime. L'exclusivité de leur possession par l'employeur représente un avantage stratégique certain³²³⁴. Si bien que, selon Paolo Mengozzi, avocat général de la CJUE, « l'équilibre entre la liberté de l'employeur et les droits du candidat à l'emploi [...] pourrait apparaître rompu »³²³⁵. Dans l'affaire ayant fourni l'occasion de ces conclusions, le gouvernement allemand avançait en défense une solution alternative, en l'occurrence que le candidat à l'emploi obtienne les informations de sa propre initiative (*e.g.* contact du comité d'entreprise, observation à l'entrée du lieu de travail des « catégories » d'employés). Cette alternative fut opportunément jugée « peu convaincante » et « peu raisonnable » par l'avocat général³²³⁶. Il serait à l'inverse possible d'envisager la reconnaissance d'un droit à la communication des données dont les premiers jalons ont été posés dans deux affaires traitées par la CJUE.

870. Dans la première affaire (*Kelly*)³²³⁷ qui a donné lieu à une interrogation sur l'opportunité ou non de consacrer un tel droit, il était question d'un étudiant dont l'admission au sein d'une université irlandaise avait été refusée. Contestant ce refus, il avait saisi l'*Equality Tribunal* pour discrimination à raison du sexe, considérant qu'il était davantage qualifié que la candidate la moins qualifiée retenue. Après un rejet de sa demande fondé sur l'absence d'éléments probants suffisants, il fit appel de la décision et sollicita la communication forcée de copies des formulaires d'inscription et des « feuilles de scores » des candidats. À la suite d'un nouveau rejet, il plaidait en faveur d'un droit d'accès à ces documents. Dans la seconde affaire (*Galina Meister*)³²³⁸, une candidate à l'emploi

³²³⁴ En ce sens, v. MOIZARD, N., « Charge de la preuve d'une discrimination à l'embauche », *RDT*, 2012, p. 497 et s. ou encore RINGELHEIM, J., « The Burden of Proof in Anti-Discrimination Proceedings. A Focus on Belgium, France and Ireland », *op. cit.*, p. 61-62.

³²³⁵ V. les conclusions de l'avocat général M. Paolo Mengozzi présentées le 12 janvier 2012, aff. C-415/10, *Galina Meister*, pt. 33, relatif à la seconde partie de la question préjudicielle posée par la juridiction allemande.

³²³⁶ *Idem*, pt. 32.

³²³⁷ CJUE, 2^e ch., 21 juillet 2011, *Kelly*, aff. C-104/10.

³²³⁸ CJUE, 2^e ch., 19 avril 2012, *Galina Meister*, *loc. cit.* V. sur cette décision DRIGUEZ, L., « Preuve des discriminations à l'embauche », *Europe*, n° 6, comm. 254, juin 2012 ou encore FARKAS, L., « Getting it Right the Wrong Way? The

n'avait pas été retenue en dépit de deux candidatures successives pour deux postes différents au sein d'une même entreprise et cela, sans que ne lui soit spécifié à aucun moment le motif de ce refus. De nationalité russe et titulaire d'une équivalence de diplôme allemand, elle invoquait un refus discriminatoire devant les juridictions sociales et estimait posséder les qualités requises pour occuper ces postes. Dans les deux affaires, les juges nationaux avaient saisi la CJUE d'une question préjudicielle semblable ainsi résumée : les directives communautaires doivent-elles être interprétées en ce sens qu'elles permettent à un candidat malheureux à l'emploi ou à une formation qui allègue de façon plausible posséder les qualités préalablement ciblées d'accéder aux informations liées au résultat et aux critères du recrutement ?

871. La CJUE apporte une première réponse négative dans l'arrêt *Kelly*, par lequel elle précise que les directives communautaires ne prévoient pas un tel droit. La solution est réaffirmée un an plus tard à l'occasion de l'arrêt *Galina Meister*. La Cour suit sur ce point les conclusions de l'avocat général – relatives à la première partie de la question préjudicielle – qui justifiait ce refus par deux risques inhérents à la reconnaissance d'un authentique droit d'accès aux éléments probants. Tout d'abord, il énonçait que cela aurait pour effet de rompre l'équilibre obtenu par l'aménagement de la charge de la preuve entre la victime de discrimination et la partie défenderesse³²³⁹. De simples allégations du requérant seraient alors susceptibles de conduire à un lourd processus de justification de la part du défendeur. Ensuite, reconnaître ce droit s'avérerait problématique au regard de la confidentialité des données et du respect des droits des tiers mentionnés dans les documents communiqués par le mis en cause³²⁴⁰. Dès lors, comme les juridictions nationales ont déjà eu l'occasion de le préciser, un refus de communication des éléments probants ne peut pas, en soi, être reproché au défendeur dans le premier temps de la preuve³²⁴¹.

Consequences of a Summary Judgment: the *Meister Case* », *European Anti-Discrimination Law Review*, n° 15, 2012, p. 23-33.

³²³⁹ V. les conclusions de l'avocat général M. Paolo Mengozzi présentées le 12 janvier 2012, aff. C-415/10, *Galina Meister*, pt. 22 : « Il ressort également de l'économie générale desdites dispositions que le choix du législateur s'est clairement porté vers une solution maintenant l'équilibre entre la victime de discrimination et l'employeur, lorsqu'il est à l'origine de la discrimination. En effet, les trois directives ont, en ce qui concerne la charge de la preuve, opté pour un mécanisme qui permet d'alléger, sans la supprimer, ladite charge pour la victime [...]. Ainsi, un certain équilibre est préservé, permettant à la victime de faire valoir son droit à l'égalité de traitement et à la partie défenderesse de ne pas être atraite devant les juridictions sur la seule base des affirmations de la victime ».

³²⁴⁰ *Idem*, pt. 23 : « la rupture de cet équilibre entre la personne prétendant avoir été victime d'une discrimination et la partie défenderesse ne serait pas le seul risque encouru si un droit à l'information au profit de la victime devait être reconnu. Dans un tel cas, en effet, se poserait également la question des droits des tiers qui sont éventuellement mentionnés dans les documents ou informations communiqués ».

³²⁴¹ En ce sens, v. CPH Nanterre, 6 avril 2012, n° 10/00771, commenté in GUIOMAR, F., « Le rôle respectif des parties et du juge dans la preuve de discriminations syndicales », *loc. cit.* : « L'une des difficultés du salarié à démontrer la différence de situation résidait dans le fait qu'il n'avait pas pu accéder aux informations qui auraient pu démontrer l'existence d'une différence de traitement, faute d'une communication par l'entreprise d'informations suffisantes. Cependant, un tel comportement de l'entreprise n'aurait pu lui être reproché, faute de règle lui imposant une quelconque obligation dans ce premier temps de la preuve. Interrogée sur le fait de savoir si une telle rétention

872. À défaut de reconnaissance d'un droit d'accès aux éléments de preuve, qui faisait l'objet de la première partie de la question préjudicielle posée, il est possible de se reporter à la seconde partie de la question transmise par les juridictions allemandes dans l'affaire *Galina Meister*, à savoir : « la circonstance que l'employeur ne communique pas les informations demandées constitue-t-elle un fait permettant de présumer l'existence de la discrimination alléguée par le travailleur ? ». La CJUE s'était sur ce point bornée dans son arrêt *Kelly* à souligner qu'un refus d'information, de la part du mis en cause, était susceptible de « compromettre la réalisation de l'objectif poursuivi » par les directives, à savoir l'élimination de la discrimination, et de les priver de leur effet utile³²⁴². L'avocat général Mengozzi approfondit cette piste de réflexion à l'occasion de l'affaire *Galina Meister*. Il suggère d'envisager les possibles conséquences juridiques du silence de la partie défenderesse consécutif à une mesure d'instruction. En cas de silence, le défendeur conserve les éléments qui déterminent l'issue du litige et, ce faisant, se place hors de portée du requérant en rendant sa décision quasiment inattaquable³²⁴³. Les juridictions nationales devraient alors, selon l'avocat général, être invitées à considérer la valeur contextuelle du silence opposé par le mis en cause lorsqu'elles apprécient les faits qui établissent une discrimination *prima facie*³²⁴⁴. L'adéquation manifeste entre les qualifications du candidat à l'emploi et celles requises pour l'exercice de l'emploi, duquel il a été écarté sans motif, est susceptible de conférer à ce silence une dimension suspicieuse³²⁴⁵. Comme le relève Nicolas Moizard, la CJUE s'arrête cependant au milieu du gué et n'assimile pas explicitement le refus du défendeur de répondre à la mesure d'instruction à un fait permettant de présumer l'existence d'une discrimination³²⁴⁶. Il doit être apprécié contextuellement

d'informations pouvait constituer un indice de la discrimination, la Cour de justice a montré une position peu audacieuse ».

³²⁴² CJUE, 2^e ch., 21 juillet 2011, *Kelly*, *loc. cit.*, pt. 39.

³²⁴³ Conclusions de l'avocat général M. Paolo Mengozzi présentées le 12 janvier 2012, aff. C-415/10, *Galina Meister*, pt. 34 : « Un refus d'information de la part de l'employeur peut, en effet, dans le contexte particulier dans lequel il se situe, risquer de compromettre la réalisation de l'objectif poursuivi par lesdites directives qui réside dans une mise en œuvre effective du principe de l'égalité de traitement ».

³²⁴⁴ *Idem*, pt. 37 : « En droite ligne avec la méthodologie qu'elle a suggérée dans son arrêt *Kelly*, précité, je suggère à la Cour de répondre à la seconde question en ce sens que [...] la juridiction de renvoi doit évaluer l'attitude d'un employeur, consistant en un refus de fournir les informations demandées par un candidat à l'emploi malheureux sur l'issue du recrutement et sur les critères que l'employeur a suivis en procédant au recrutement de l'un des candidats audit emploi » (nous soulignons).

³²⁴⁵ L'avocat général nuance en effet *in ibidem* : la juridiction de renvoi ne doit pas se limiter « à considérer la seule absence de réponse de la part de l'employeur, mais [doit placer], au contraire, celle-ci dans le contexte factuel plus large dans lequel elle se situe. À cet égard, la juridiction de renvoi peut prendre en compte des éléments tels que l'adéquation manifeste du niveau de qualification du candidat à l'emploi, l'absence de convocation à un entretien et la persistance éventuelle de l'employeur à ne pas convoquer ce même candidat dans l'hypothèse où il aurait procédé à une seconde sélection de candidats pour un même poste ».

³²⁴⁶ MOIZARD, N., « Charge de la preuve d'une discrimination à l'embauche », *loc. cit.* : « La Cour de justice ne dit pas clairement que le refus de l'employeur constitue un fait permettant de présumer de l'existence de la discrimination alléguée par le candidat ». Plus exactement, la Cour n'en dit rien, l'avocat général, lui, ne le dit pas clairement. Sur l'appréciation contextuelle du refus opposé par le mis en cause à la demande de communication de documents, v. aussi RINGELHEIM, J., « The Burden of Proof in Anti-Discrimination Proceedings. A Focus on Belgium, France and Ireland », *op. cit.*, p. 61-62.

par les juridictions et peut constituer l'un des éléments du faisceau d'indices, sans être suffisant en soi.

873. La jurisprudence *Galina Meister* présente *a minima* deux invitations à l'attention des juridictions nationales : tenir compte du silence opposé à la demande de production de pièces et, de manière moins explicite, miser davantage sur les pouvoirs d'instruction, le tout « au nom de l'effectivité de la protection instituée par le droit de l'Union en matière de lutte contre les discriminations »³²⁴⁷. Ces deux invitations contribuent sans aucun doute à atténuer les difficultés rencontrées en vue de la preuve de la discrimination *prima facie*³²⁴⁸. Contrairement à ce qui a parfois été avancé³²⁴⁹, il n'est cependant pas certain que le seuil de la preuve puisse être franchi par le requérant en raison de simples allégations plausibles, cumulées à un refus de communication des documents sollicités. Cette jurisprudence se contente en quelque sorte de paraphraser les articles 11 du CPC (« Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus ») et R. 1454-2 du Code du travail³²⁵⁰. Les autorités normatives pourraient néanmoins considérer explicitement que le refus de toute communication de documents probants face au prononcé d'une mesure d'instruction est de nature à satisfaire les exigences du premier temps de la preuve qui pèse sur le requérant. Il serait en effet concevable d'instituer un mécanisme probatoire selon lequel, lorsque le juge estime qu'il existe un motif légitime d'ordonner une mesure d'instruction (*in futurum* ou au cours du procès), mais que le mis en cause refuse de produire les pièces demandées en sa seule disposition, alors l'effort probatoire du requérant doit être considéré comme étant acquitté. Cela permettrait de basculer sur le second temps de la preuve et de déplacer l'attention des magistrats sur les justifications objectives étrangères à toute discrimination³²⁵¹. Un tel mécanisme contribuerait sans doute à favoriser l'émergence du litige et la revendication du droit à la non-discrimination.

³²⁴⁷ *Ibidem*.

³²⁴⁸ V. à ce titre les conclusions formulées *in* BARÈGE, A., « Variation sur la charge de la preuve d'une discrimination », *JCP S.*, n° 27, 2012, p. 2196 et s.

³²⁴⁹ Not. MANIGOT, V., « Discrimination : demande de mesures d'instruction », *loc. cit.* : « le refus de l'employeur de les délivrer peut faire présumer une discrimination », ou encore « si cette demande d'explication avait été formulée dans le cadre d'une mesure d'instruction décidée par le juge, nul doute que ce silence aurait été interprété comme un aveu ».

³²⁵⁰ « En cas de non-production des documents et justifications demandés, [le bureau de conciliation et d'orientation] peut renvoyer l'affaire à la première date utile devant le bureau de jugement. Ce bureau tire toute conséquence de l'abstention de la partie ou de son refus ».

³²⁵¹ Pour un point de vue opposé, v. CESARO, J-F., « Le droit à une mesure d'instruction *in futurum* pour mettre en œuvre une présomption de discrimination », *loc. cit.* L'auteur considère, au sujet de l'aménagement de la charge de la preuve : « C'est là un choix de notre système juridique qui, dans le doute, préfère condamner civilement un employeur innocent que de laisser une discrimination impunie ». Il poursuit : « Reste que la conjonction de cette présomption et de cette mesure d'instruction suscite un sentiment mêlé. Peut-on vraiment considérer que la mesure est "nécessaire" lorsque le salarié bénéficie déjà de règles lui permettant de faire valoir ses prétentions plus efficacement ? Le rapprochement avec les contentieux civils et commerciaux où l'exigence de nécessité semble ressortir plus nettement (une entreprise ne pouvant vraiment pas connaître les dossiers d'une autre entreprise !) ne devrait-elle pas conduire à exercer un contrôle un peu moins formel sur les difficultés probatoires réelles que rencontre le demandeur ?

874. Il formulerait un écho à certaines décisions qui ont été regardées comme amorçant « un mouvement d'ouverture des mesures d'instruction civiles en matière de discrimination qui pourrait fonder une réelle théorie du droit d'accès à la preuve »³²⁵². En l'occurrence, la cour d'appel de Montpellier a déjà admis que le silence opposé par un défendeur au prononcé d'une mesure d'instruction visant à constituer un panel de comparaison ne peut satisfaire son obligation probatoire lorsque la présomption de discrimination a été établie³²⁵³. Il ne peut se contenter de plaider l'insuffisance de preuve en refusant de communiquer les pièces sollicitées. En prolongement de cet arrêt et de la décision *Galina Meister*, le dispositif envisagé ci-dessus ferait découler du silence opposé à une mesure d'instruction une conséquence probatoire plus radicale. Il ne s'agirait plus seulement de limiter la ligne de défense du mis en cause dans le cadre de la justification d'une discrimination *prima facie* mais d'opérer un basculement de la charge de la preuve.

875. Une perspective alternative est encore envisageable pour fonder un accès à la preuve. Elle repose sur l'obligation de motivation et a notamment été défendue par le GELD qui avait plaidé en faveur de dispositifs de documentation concernant les procédures de recrutement des candidats à l'embauche ou au logement (conservation des messages d'offres, organisation du traitement des réponses aux candidatures, élaboration de fiches d'entretien)³²⁵⁴. Le procédé pourrait être étendu au secteur assurantiel et au secteur de crédit³²⁵⁵. En un sens proche, la législation suédoise fait par exemple peser sur l'employeur une obligation de transparence exigeante. En cas de refus d'embauche, l'individu qui a vu sa demande rejetée a le droit de se voir communiquer certaines informations relatives au résultat de la procédure de recrutement (*e.g.* niveau de diplôme, parcours professionnel du candidat retenu)³²⁵⁶. Nicolas Moizard relève opportunément la contribution complémentaire – au moins théorique – de la proposition de directive du Conseil relative à la charge de la preuve dans le domaine de l'égalité des rémunérations et de l'égalité de traitement entre femmes et hommes. Après avoir rappelé la nécessité des mesures d'instruction, cette proposition

L'institution judiciaire a en effet intérêt à opérer une telle régulation afin d'éviter une multiplication (qui pourrait être d'ampleur) de demandes destinées "à voir"...

³²⁵² LATRAVERSE, S., « L'ouverture de la jurisprudence en matière d'accès à la preuve : le défi de la mise en œuvre du droit de la non-discrimination en France », *loc. cit.*

³²⁵³ CA Montpellier, 25 mars 2003, n° 02/00504. En l'espèce, la requérante avait établi qu'elle était restée en emploi au même coefficient pendant douze ans alors que l'ancienneté moyenne des hommes dans ce coefficient était largement inférieure. Elle apportait ainsi un élément de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination qu'il appartenait au défendeur de justifier en avançant des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Après demande de transmission des données permettant d'établir un panel de comparaison précis, la cour a relevé que le défendeur, qui détenait tous les éléments de comparaison utiles, ne pouvait se contenter de refuser de les produire et ne pouvait par ce biais s'acquitter de sa charge probatoire.

³²⁵⁴ GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, *op. cit.*, p. 49.

³²⁵⁵ DANIS-FÂTOME, A., « Le dispositif propre à la charge de la preuve : frein ou outil de lutte contre les discriminations ? », *loc. cit.*

³²⁵⁶ *Diskrimineringslag*, SFS 2008 : 567 du 5 juin 2008, tel que cité in MOUREY, L., *Le rôle du droit pénal dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 475.

de directive, jamais adoptée, s'engageait sur la voie de la consécration d'un droit à l'information au profit des victimes de discrimination par l'intermédiaire d'un article 4 rédigé comme suit : « les États membres introduisent dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires afin que : [...] b) les parties concernées puissent disposer de toute information pertinente qui est en la possession de la partie adverse ou qui peut raisonnablement être présumée être en la possession de celle-ci et qui leur est nécessaire pour faire valoir leurs droits »³²⁵⁷.

876. Cette possibilité aurait sans doute le mérite de s'inscrire dans la double démarche de transparence et de préconstitution de la preuve. Aussi intéressante soit-elle, elle apparaît logiquement complexe et somme toute extrêmement contraignante. Cela peut conduire à privilégier en contraste le potentiel et l'équilibre de la solution précédemment envisagée en continuité de l'arrêt *Galina Meister*, ainsi synthétisée : l'ordonnance d'une mesure d'instruction motivée par un intérêt légitime, cumulée au refus de communication des pièces exclusivement détenues par l'intimé, équivaut à satisfaire l'effort probatoire du requérant. Sans attendre les initiatives des juridictions, le législateur pourrait idéalement se saisir de la question.

877. La preuve en matière de discrimination est en définitive loin de se cantonner à une simple charge qui pèse exclusivement sur le requérant. Le rôle du juge, en amont et au cours du procès, s'avère d'une importance cruciale. Ce concours se manifeste dans l'optique d'une recherche active de la preuve, en raison de la nécessaire compensation des inégalités d'accès aux éléments probants. Il se manifeste également dans l'optique d'une évaluation des éléments présentés.

2) La généralisation d'une approche globale et circonstancielle de la preuve

878. Au stade de l'évaluation des éléments présentés, le juge considérera suffisante, pour que le requérant s'acquitte de la première phase du temps probatoire : la notification par courrier d'un licenciement ouvertement fondé sur l'état de santé du salarié sans que celui-ci n'ait été déclaré inapte par la médecine du travail, la notification par missive d'une mise à la retraite d'office en raison de l'âge sans fondement ni justification³²⁵⁸, ou encore la réception par la victime d'un SMS envoyé malencontreusement par sa manager et qui consigne les motivations homophobes de la

³²⁵⁷ Journal officiel des Communautés européennes, 5 juillet 1988, n° C 176/5, COM(88) 269 final. Proposition présentée par la Commission au Conseil le 27 mai 1988. Relevé in MOIZARD, N., « Charge de la preuve d'une discrimination à l'embauche », *loc. cit.*

³²⁵⁸ Sur ces exemples (Cass. soc., 21 décembre 2006, n° 05-12.816, *Bull. V*, n° 412 et Cass. soc., 20 septembre 2006, n° 05-40.241, *Bull. V*, n° 275, p. 261), v. not. CLUZEL-MÉTAYER, L., « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation », *loc. cit.*

rupture de sa période d'essai³²⁵⁹. L'obtention de ce type de preuve matérielle directe demeure toutefois relativement rare et contraint le plus souvent les juridictions à apprécier des éléments de preuve plus subtils, dont la valeur probante, considérée isolément, est nécessairement moindre.

879. La visibilité politique et juridique de la lutte contre les discriminations, y compris par le droit, tend socialement à reléguer les comportements discriminatoires vers davantage de discrétion³²⁶⁰. En réaction à ce phénomène, les juridictions canadiennes considèrent que « le droit de la preuve doit s'y adapter en permettant la prise en compte d'inférences à partir d'éléments circonstanciels »³²⁶¹. La nature subtile, voire intentionnellement masquée de la discrimination, rend inopportune l'exigence systématique d'une preuve directe. Ce sont essentiellement des éléments des déductions qui sont en alternative attendus³²⁶². Le « tribunal a donc l'obligation d'examiner l'ensemble des circonstances pour déterminer s'il existe [...] de "subtiles odeurs de discrimination" »³²⁶³. Une telle approche conduit à insister sur deux méthodes complémentaires d'analyse. La première consiste à affirmer la nécessité d'une approche globale des éléments probants soumis par le requérant. La seconde consiste à octroyer une attention particulière aux éléments « circonstanciels ».

880. Concernant la méthode d'appréciation globale des éléments probants, la Cour de cassation exige d'ores et déjà des juges du fond qu'ils procèdent à une appréciation d'ensemble afin de faciliter la constitution d'un faisceau d'indices convergents, de nature à caractériser la qualification de harcèlement. Cette position jurisprudentielle est régulièrement rappelée depuis 2008³²⁶⁴ par la chambre sociale. Elle considère que, « si le salarié doit produire des éléments propres à établir la matérialité de faits précis et concordants permettant de présumer l'existence du harcèlement qu'il invoque, le juge ne peut écarter ces éléments qu'après les avoir examinés dans leur ensemble »³²⁶⁵.

³²⁵⁹ CA Paris, 21 février 2018, n° 16/02237. Le contenu du SMS était *in extenso* le suivant : « je ne garde pas T., je le préviens demain. On fera avec des itinérants en attendant, je ne le sens pas ce mec, c'est un PD, ils font tous des coups de putes ».

³²⁶⁰ *Grant v. Willcock*, 1990, 13 CHRR 22 (OBI) : « *The more unacceptable society deems discriminatory conduct to be, the more covert will be the actions of those who discriminate* ».

³²⁶¹ *Ibidem* : « *Evidence law must adapt to this by permitting inferences from circumstantial evidence* » (notre traduction ; version).

³²⁶² En ce sens, v. entre autres, *Khiamal v. Canada (Human Rights Commission)*, 2009 FC 495 (CanLII), par. 59, *Phipps v. Toronto Police Services Board*, 2009 HRTO 877 (CanLII), par. 16, *Ebrahim v. Durham District School Board*, 2011 HRTO 2319 (CanLII), par. 45, *Byarubanga v. Toronto Police Services Board*, 2013 HRTO 1028 (CanLII), par. 27.

³²⁶³ *Khiamal v. Canada (Human Rights Commission)*, 2009 FC 495 (CanLII), par. 59, en référence à *Basi c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada*, 1988 TCDP 108 (CanLII).

³²⁶⁴ Cass. soc., 24 septembre 2008, nos 06-45.747 et 06-45.794, *Bull. V*, n° 175 : « Qu'en se déterminant ainsi, sans tenir compte de l'ensemble des éléments établis par la salariée, la cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur le point de savoir si les faits établis n'étaient pas de nature à faire présumer un harcèlement moral au sens des textes susvisés ».

³²⁶⁵ Cass. soc., 13 novembre 2014, n° 13-17.459, inédit. Par conséquent, « en déboutant le salarié de sa demande, en procédant à une appréciation séparée de chaque élément invoqué par le salarié, [...] la cour d'appel a violé les articles L. 1152-1 et L. 1154-1 du Code du travail ». V. encore Cass. soc., 13 février 2013, n° 11-28.201, inédit ; Cass. soc., 15 novembre 2011, n° 10-10.687, *Bull. V*, n° 259 ; Cass. soc., 25 janvier 2011, n° 09-42.766, *Bull. V*, n° 30.

La solution fut opportunément élargie à tous les types de discrimination par une décision du 29 juin 2011. Ainsi, « lorsque le salarié présente des éléments de fait constituant selon lui une discrimination directe ou indirecte, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments dans leur ensemble laissent supposer [son] existence »³²⁶⁶. En l'espèce, la cour d'appel avait débouté le requérant après avoir apprécié isolément chacun des dix éléments de preuve que ce dernier présentait³²⁶⁷. Régulièrement réaffirmée depuis³²⁶⁸, cette solution est « parfaitement [justifiée] » selon Laurent Perrin³²⁶⁹. Non seulement les formulations de l'article L. 1134-1 du Code du travail³²⁷⁰ et de l'article 4 de la loi du 27 mai 2008 plaident en faveur de cette appréciation globale en raison du recours au pluriel (*i.e.* « Au vu de ces éléments »), mais surtout, « cette interprétation est la seule à même d'assurer l'effectivité du principe de non-discrimination »³²⁷¹. La procédure inquisitoire favorise cette même interprétation en droit administratif puisque, comme rappelé dans la jurisprudence *Perreux*, « de manière générale, il appartient au juge administratif, dans la conduite de la procédure inquisitoire, de demander aux parties de lui fournir tous les éléments d'appréciation de nature à établir sa conviction »³²⁷². Il statue au regard de l'ensemble des pièces produites par les parties, ordonnant au besoin toute mesure d'instruction qu'il estime utile³²⁷³. Cette appréciation globale s'inscrit encore en continuité de la formule des arrêts *Natchova et autres c. Bulgarie* et *DH et autres c. République tchèque* de la Cour EDH. Celle-ci accepte d'envisager la preuve sous l'angle des « déductions qu'elle peut tirer des faits et des observations des parties »³²⁷⁴, et précise qu'une discrimination *prima facie* peut résulter d'un « faisceau d'indices ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants »³²⁷⁵. L'approche globale se conjugue alors avec la multiplicité des éléments circonstanciels de preuve.

³²⁶⁶ Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-15.792, *Bull.* V, n° 166.

³²⁶⁷ CA Aix-en-Provence, 9^e ch. A, 14 janvier 2010, n° 08/05750.

³²⁶⁸ Récemment Cass. soc., 20 juin 2018, n° 16-25.511, inédit. V. aussi Cass. soc., 6 mai 2014, n° 13-13.911, inédit.

³²⁶⁹ PERRIN, L., « Preuve de la discrimination : appréciation globale des éléments de faits », *Dalloz Actualités*, 26 juillet 2011.

³²⁷⁰ « Le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination [...]. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ».

³²⁷¹ PERRIN, L., « Preuve de la discrimination : appréciation globale des éléments de faits », *loc. cit.*

³²⁷² CE, Ass., 30 octobre 2009, *Perreux*, *loc. cit.*

³²⁷³ Quelques mois après la décision *Perreux*, le Conseil d'État ajoutera : « cette responsabilité doit, dès lors qu'il est soutenu qu'une mesure a pu être empreinte de discrimination, s'exercer en tenant compte des difficultés propres à l'administration de la preuve » (CE, 5/4 SSR, 7 juillet 2010, *Mme Claude A*, n° 322636, mentionné aux tables).

³²⁷⁴ COUR EDH, Grande ch., 13 novembre 2007, *DH et autres c. République tchèque*, *op. cit.*, § 178 : « Quant aux moyens de preuve susceptibles de constituer un tel commencement de preuve et, partant, de transférer la charge de la preuve à l'État défendeur, la Cour a relevé [...] que, dans le cadre de la procédure devant elle, il n'existait aucun obstacle procédural à la recevabilité d'éléments de preuve ni de formules prédéfinies applicables à leur appréciation. En effet, la Cour adopte les conclusions qui, à son avis, se trouvent étayées par une évaluation indépendante de l'ensemble des éléments de preuve, y compris les déductions qu'elle peut tirer des faits et des observations des parties ».

³²⁷⁵ COUR EDH, Grande ch., 6 juillet 2005, *Natchova c. Bulgarie*, *op. cit.*, § 147 et COUR EDH, Grande ch., 13 novembre 2007, *DH et autres c. République tchèque*, *op. cit.*, § 178.

881. Ces éléments peuvent évidemment être de nature matérielle. Le juge, administratif, civil, prud'homal, se fonde notamment sur des rapports, des dossiers de candidature, des certificats médicaux, des lettres de licenciement, des courriels, des SMS³²⁷⁶ ou des fiches d'évaluation³²⁷⁷. Il peut également se saisir d'une simple disparité de traitement non contestée résultant de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire³²⁷⁸, de la mise à l'écart d'un salarié ou de sa rétrogradation³²⁷⁹. L'analyse cumulée de « faits isolés et concordants »³²⁸⁰ peut conduire à la preuve d'une discrimination. En dépit d'un rejet des prétentions du requérant par la cour d'appel à l'issue d'une appréciation isolée des éléments probants, la Cour de cassation rappelle, à titre d'illustration, que la seule mention d'une disponibilité réduite du salarié sur sa fiche d'évaluation – en raison de son activité syndicale – « combinée à » l'absence de promotion à compter de son élection au conseil de prud'hommes permet de retenir une présomption de discrimination³²⁸¹.

882. Il est également opportun de s'interroger en prolongement sur la temporalité des éléments probants avancés. Des juridictions étrangères ont, par exemple, retenu que « des faits antérieurs et postérieurs à ceux sur lesquels porte la plainte sont [...] admissibles »³²⁸². Le rôle des antécédents relationnels des parties n'est à cet égard pas dénué d'intérêt. La cour d'appel de Paris considère, elle aussi, la force probante de précédents contentieux entre un employeur et son salarié : « dès qu'elle l'a pu, la société [S.] a tenté, jusqu'ici sans succès, d'obtenir des décisions judiciaires défavorables au salarié ou de le licencier, ce qui s'inscrit dans le cadre de relations tendues de longue date, ayant donné lieu dans le passé à deux procédures prud'homales pour discrimination syndicale qui ont abouti (1992, 1997/1999). Il est par ailleurs significatif de constater que, lorsque l'employeur envisage de promouvoir le salarié, c'est avec le préalable qu'il abandonne ses mandats de représentation du personnel (mai 2000). Ces éléments de fait laissent supposer, voire établissent, l'existence d'une discrimination au détriment de M. L. en raison de ses activités syndicales »³²⁸³. Ces

³²⁷⁶ V. ici ICARD, P. et LAIDIÉ, Y. (dir.), *Le principe de non-discrimination : l'analyse des discours*, op. cit., p. 258 et 322 sur CE, 30 avril 2004, *Mlle Valérie X*, n° 254106, mentionné aux tables, Cass. soc., 6 juin 2012, n° 10-27.766, *Bull. V*, n° 170, Cass. soc., 29 septembre 2011, n° 10-12.722, *Bull. V*, n° 219, Cass. soc., 4 mars 2015, n° 13-20.496, inédit ou encore Cass. soc., 12 février 2014, n° 12-26.652, inédit.

³²⁷⁷ Cass. soc., 11 janvier 2012, n° 10-16.657, inédit.

³²⁷⁸ Cass. soc., 28 septembre 2004, n° 03-42.624, *Bull. V*, n° 227, p. 209.

³²⁷⁹ V. Cass. soc., 23 novembre 2011, n° 10-18.571, inédit et Cass. soc., 4 mars 2015, n° 13-20.496, inédit, évoqués not. in ICARD, P. et LAIDIÉ, Y. (dir.), *Le principe de non-discrimination : l'analyse des discours*, op. cit., p. 322 pour des cas de harcèlement.

³²⁸⁰ SERVERIN, E. et GRUMBACH, T., « Discrimination syndicale : le concours des panels ne doit pas être arbitré par la Cour de cassation », *loc. cit.* Les auteurs plaident pour un « pluralisme des méthodes » d'appréciation des éléments de preuve.

³²⁸¹ Cass. soc., 1^{er} juillet 2009, n° 08-40.988, *Bull. V*, n° 166. V. ici la note de INGELAERE-LEBORGNE, C., « Charge de la preuve en matière syndicale », *Eurojuris*, 24 novembre 2009, [URL : <https://www.eurojuris.fr/articles/charge-de-la-preuve-en-matiere-de-discrimination-syndicale-10395.htm>].

³²⁸² *Commission des droits de la personne c. Québec (ministre de la Justice)*, 1996, DTE 96T-133 (TDPQ). V. aussi *Commission des droits de la personne (Ghalaini) c. Québec (ministre de la Justice)*, 1995 QCTDP 2337 (CanLII).

³²⁸³ CA Paris, 23 septembre 2008, n° 06/07596.

précédents, pourtant dénués de lien direct avec l'acte discriminatoire contesté en l'espèce, permettent une appréciation contextuelle des relations d'emploi ainsi qu'une preuve circonstancielle d'une discrimination *prima facie*. Particulièrement utile³²⁸⁴ dans l'optique d'un allègement de l'effort probatoire du requérant, cette approche gagne cependant à être mobilisée avec une certaine prudence³²⁸⁵.

883. Toujours dans le cadre de la temporalité des éléments de fait, mais au-delà du recours aux antécédents relationnels des parties, l'appréciation circonstancielle de la preuve implique de porter une attention particulière à la concomitance des événements. Lorsque le début d'un mandat syndical coïncide avec la stagnation de l'évolution de carrière du salarié, il est possible de déduire une présomption de discrimination de cette concomitance temporelle³²⁸⁶. Telle fut la solution de la cour d'appel de Montpellier qui a considéré que « la concomitance entre la révélation par le salarié de son transsexualisme et son licenciement révélait que le vrai motif était son changement de sexe peu importe le libellé de la lettre de licenciement (fautes de gestion) »³²⁸⁷. Comme le souligne Yves Fromont dans son analyse de la décision, « malgré l'absence d'éléments véritablement probants, le juge peut, à la faveur d'une appréciation du contexte, estimer qu'il y a matière à discrimination »³²⁸⁸. De même, dans un cas d'espèce relatif à la dégradation des conditions de travail subséquente à la prise d'un mandat syndical, la Cour de cassation a affirmé distinctement que « la simple concomitance entre l'appartenance syndicale du salarié et les faits allégués laisse présager l'existence d'une discrimination »³²⁸⁹. Une telle approche mérite à l'évidence d'être maintenue et mobilisée lorsque nécessaire par les juridictions³²⁹⁰.

884. Une approche circonstancielle de la preuve recouvre sa pleine utilité dans le cadre de l'appréhension des discriminations systémiques. La difficulté de l'appréhension de ce type de discrimination en France pourrait, entre autres, être expliquée par un manque de souplesse dans l'évaluation des éléments circonstanciels. La Cour fédérale canadienne précise à cet égard que la

³²⁸⁴ En ce sens : « *It is difficult to assess evidence in sexual harassment cases since the behaviour complained of will normally take place behind closed doors. Therefore, similar fact evidence is particularly useful* » (*Graesser v. Porto*, 1983, 4 CHRR 1569 (OBI)).

³²⁸⁵ En ce sens : « *Similar fact evidence should be used cautiously, and it should be excluded where the risk of undue prejudice outweighs the probative value of the evidence as assessed in terms of its relevancy* » (*Morrison v. Motsewetsbo*, 2003 HRTO 21 (CanLII) ; *Jeffrey v. Dofasco Inc.*, 2001, 39 CHRR 500 (OBI) ; *Olarte v. Comodore Business Machine Ltd.*, 1983, 4 CHRR 1399 (OBI) ; *Cuff v. Gypsy Restaurant*, 1987, 8 CHRR 3972 (OBI)).

³²⁸⁶ En ce sens, v. Cass. soc., 15 décembre 2010, n° 08-44.955, inédit : « la stagnation de la carrière d'un salarié exerçant une activité syndicale constitue un élément laissant supposer l'existence d'une discrimination ».

³²⁸⁷ FROMONT, Y., « Débat contradictoire. À propos de la discrimination au travail », in *Les pages de jurisprudence sociale*, n° 34, juin 2012, p. VI, à propos de CA Montpellier, 3 juin 2009, n° 08/06324.

³²⁸⁸ *Ibidem*.

³²⁸⁹ Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-14.067, *Bull. V.*, n° 166.

³²⁹⁰ *Morris v. Kingsway Asset Management Ltd. and Elsafadi*, 2012 AHRC 9 (CanLII), par. 61 ou encore *Kooner-Rilcof v. BNA Smart Payment Systems and another*, 2012 BCHRT 263 (CanLII), par. 59 : « *the timing alone would indicate a nexus such that an explanation from the respondents is required* ». V. aussi *Canada (Attorney General) v. Canadian Human Rights Commission*, 2013 FCA 75 (CanLII) ou encore *Lavender Cooperative Housing Assn. v. Ford*, 2011 BCCA 114 (CanLII), par. 73-77.

preuve de ce type de discrimination appelle une étude multidisciplinaire³²⁹¹, au cas par cas, incitant les tribunaux à une certaine « souplesse lorsqu'il s'agit d'évaluer quel type d'élément de preuve ou de méthode est suffisant pour établir le bien-fondé » des plaintes, considérant au besoin des « renseignements génériques »³²⁹². Pour le tribunal québécois des droits de la personne, juridiction spécialisée en droit de la non-discrimination, la preuve de la discrimination systémique repose « essentiellement sur un ensemble de faits tels que des politiques institutionnelles, des processus décisionnels, des comportements et des attitudes »³²⁹³. C'est une lecture transversale de cet ensemble de faits qui permettra de satisfaire les exigences de la preuve. Il sera notamment question d'analyser un faisceau d'indices forgé par le taux de représentation (*e.g.* sous-représentation des femmes dans les emplois manuels), les exigences préalables du poste (embauche, promotion ou sélection), le processus de recrutement externe ou la culture organisationnelle au sein de l'entreprise³²⁹⁴.

885. En dehors de la sphère de l'emploi, alors que les requérants semblent buter sur la preuve de profilage racial lors d'opération de police ou « contrôle au faciès » devant les juridictions françaises, la mobilisation d'un faisceau d'indices circonstanciels permet outre-Atlantique de la surpasser, et de qualifier la discrimination systémique en focalisant l'analyse sur une série de facteurs, composée des éléments suivants³²⁹⁵ : le motif de l'intervention ou de l'arrestation (*e.g.* prise en considération du fait qu'un jeune homme perçu comme noir conduise une voiture de sport, une voiture de luxe, qu'il s'arrête dans une zone non prévue à cet effet ou encore la prise en compte de son style vestimentaire)³²⁹⁶, la présence d'investigations non appropriées ou abusives dans le cadre de la prévention du crime (*e.g.* recherche dans les fichiers d'un signalement de véhicule volé en amont de l'interception, fouille illégale de véhicule, recherche de casier judiciaire sans motif de suspicion légitime, filature arbitraire, réitération de fouilles corporelles en l'absence de tout indice justifiant une telle insistance)³²⁹⁷, les éventuels comportements inadéquats témoignant d'une certaine

³²⁹¹ *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, 1999 FC 9380 (CanLII), par. 130. Sur l'utilité de l'approche multidisciplinaire, v. récemment en France CPH Paris, 17 décembre 2019, n° 17/10051. V. FERRÉ, N., « Vers la reconnaissance de la discrimination systémique. À propos du jugement rendu par le conseil de prud'hommes le 17 décembre 2019 », *loc. cit.*

³²⁹² *Société canadienne des postes c. Alliance de la fonction publique du Canada*, 2008 FC 223 (CanLII), par. 198-203.

³²⁹³ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gaz métropolitain inc.* 2008 QCTDP 24 (CanLII), par. 67.

³²⁹⁴ *Idem*, par. 40 et 90. V. aussi *Murray c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, 2009 TDFP 33 (CanLII), par. 43.

³²⁹⁵ CDPDJ (TURENNE, M.), *Prouver le profilage racial : perspectives pour un recours civil*, Montréal, Direction de la recherche et de la planification, 2006, 65 p.

³²⁹⁶ Respectivement : *R. v. Brown*, 2003 ONCA 52142 (CanLII), par. 46, *R. v. Khan*, 2004 ONSC 66305 (CanLII), par. 68, *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Montréal (Service de police de la ville de Montréal)*, 2012 QCTDP 5 (CanLII), par. 222, et *R. v. Campbell*, 2005 QCCQ 2337 (CanLII), par. 76-83.

³²⁹⁷ Respectivement : *R. v. Brown*, *op. cit.*, par. 46 et 54, *R. v. Khan*, *op. cit.*, par. 67, *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Montréal (Service de police de la ville de Montréal)*, *op. cit.*, par. 263, *R. v. Campbell*, *op. cit.*, par. 93, et *Nassiah v. Peel (Regional Municipality) Police Services Board*, 2007 HRTO 14 (CanLII), par. 166.

intransigeance (*e.g.* agressivité manifeste d'un gardien de sécurité ou prononcé de propos xénophobes)³²⁹⁸, la prise de décision inhabituelle (*e.g.* recours à une force excessive ou demande préventive et disproportionnée de renfort)³²⁹⁹, la pratique organisationnelle révélant en transparence une technique de profilage systémique³³⁰⁰, la fragilité des explications fournies par les intimés (*e.g.* contradictions voire fabrication d'éléments de preuve *a posteriori*)³³⁰¹, ainsi que l'analyse du contexte social à travers des expertises permettant d'élargir l'approche à une dimension macro-sociétale propre à situer le fait litigieux en filiation de pratiques systémiques³³⁰². Sur ce dernier critère, la preuve par réductionnisme est acceptée par les juridictions canadiennes pour lesquelles « une méthode permettant de prouver une discrimination *prima facie* consiste à mettre en lumière une discrimination à l'encontre du groupe auquel le requérant appartient »³³⁰³. Sous condition d'un lien suffisant, la preuve d'une discrimination *prima facie* au niveau individuel peut en somme dériver de l'établissement d'une discrimination systémique³³⁰⁴. La réciprocité du mécanisme n'est évidemment pas admise. La preuve circonstancielle invite donc les cours à témoigner d'une certaine souplesse, non seulement à l'égard de la temporalité des éléments de preuve, mais également à l'égard de l'échelle de la discrimination (*e.g.* multiplications d'éléments isolés, caractérisation d'une nature systémique).

886. Il serait enfin possible de reconsidérer la nature des éléments de preuve mobilisés devant les juridictions en envisageant plus particulièrement le recours au témoignage³³⁰⁵. Bien que peu exploitée, la preuve par témoignage est présente dans le contentieux de la non-discrimination. Le Conseil d'État a déjà caractérisé la présomption de discrimination à partir de « quatre témoignages précis et concordants³³⁰⁶ [...], dont trois membres du jury d'admissibilité [...], faisant état de ce qu'un cadre supérieur [du CNRS] avait mentionné [...] une décision de la direction générale de

³²⁹⁸ Respectivement : *Radek v. Henderson Development*, *op. cit.*, par 471, *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Montréal (Service de police de la ville de Montréal)*, *op. cit.*, par. 239, et *Nassiah v. Peel*, *op. cit.* par. 107.

³²⁹⁹ *Johnson v. Halifax Regional Police Service*, 2005 NSCA 70 (CanLII).

³³⁰⁰ *Radek v. Henderson Development*, *op. cit.*, par. 126 et 604.

³³⁰¹ *R. v. Khan*, *op. cit.*, par. 66 et 68, *R. v. Brown*, *op. cit.*, par. 46, et *R. v. Campbell*, *op. cit.*, par. 98.

³³⁰² *Nassiah v. Peel*, *op. cit.* par. 134.

³³⁰³ « One method of proving a *prima facie* case is to show discrimination against the group to which the complainant belongs » (*Blake v. Ontario (Minister of Correctional Services)*, 1984, 5 CHRR 2417 (OBI) ; *Ingram v. Nature Footwear Ltd.*, 1980, 1 CHRR 59 (OBI)).

³³⁰⁴ *Murray c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, *op. cit.*, par. 103.

³³⁰⁵ Et non la simple rumeur. Sur le défaut de valeur probante de la rumeur, v. *Crane v. McDonell Douglas Canada Ltd.*, 1993, 19 CHRR 422 (OBI) : « Hearsay evidence should be excluded where its prejudicial effect outweighs its probative value ». V. encore *Chu v. Persichilli*, 1987, 9 CHRR 4617 (OBI) ; *Ontario (HRC) v. Hassanali*, 1986, 7 CHRR 3427 (OBI). V. encore *Singh v. Douglas Ltd.*, 1980, 2 CHRR 285 (OBI) : « Hearsay evidence is not admissible if it consists of anecdotes which the witness who are testifying have little or no interest on validating for their own purposes. This is particularly true when there is no way of testing the credibility of the evidence and it is highly prejudicial ».

³³⁰⁶ *Testis unus, testis nullus*.

l'établissement de ne pas promouvoir les personnes de plus de 58 ans »³³⁰⁷. Les juridictions judiciaires acceptent également que la preuve d'un harcèlement procède des témoignages de collègues de la victime décrivant le comportement litigieux³³⁰⁸. Cette perspective demeure néanmoins conditionnée à la présence de témoins – configuration limitée. Lorsqu'elle est possible, son extension à la preuve orale par interrogation des parties en comparution pourrait prolonger cette dynamique.

887. À cet égard, le GELD relevait en 2000 que les témoignages reçus par les juridictions étaient en majorité exposés sous forme d'attestation écrite et non en comparution personnelle³³⁰⁹. Selon le groupe d'experts, la nature écrite « favorise le témoignage construit *a posteriori*, défavorise la sincérité et évite au représentant du défendeur de se soumettre à l'examen direct du juge. On se prive ainsi d'un moyen d'instruction permettant de confronter les parties et de mieux apprécier leur sincérité »³³¹⁰. La comparution en personne semble mieux indiquée car plus fiable. Celle-ci est soutenue par l'article 191 du CPC (*i.e.* « Les parties répondent en personne aux questions qui leur sont posées sans pouvoir lire aucun projet »). En raison de l'écart de l'aide du représentant, elle vise à « s'assurer de la spontanéité des réponses, et donc de leur sincérité »³³¹¹. Le GELD soulignait en continuité l'importance de l'article 198 du CPC qui dispose que « le juge peut tirer toute conséquence de droit des déclarations des parties, de l'absence ou du refus de répondre de l'une d'elles et en faire état comme équivalent à un commencement de preuve par écrit ». Les conclusions avancées par le groupe d'étude demeurent d'actualité : « la comparution en personne peut s'avérer un moyen efficace de percer l'opacité des faits en matière de discrimination »³³¹². Tout au plus est-il possible d'insister en complément sur l'efficacité de ce procédé en mobilisant – une fois de plus – sa mise en œuvre à l'étranger, notamment devant des juridictions spécialisées.

888. La simplicité du témoignage en comparution, sa rapidité d'évaluation, son accessibilité et sa gratuité l'érigent en mode de preuve essentiel devant les juridictions canadiennes. Sa pertinence demeure toutefois conditionnée par la rigueur de son évaluation, ce qui a conduit les juridictions

³³⁰⁷ CE, 4/5 SSR, 7 juillet 2010, *Mme Claude A*, n° 322636 relevé in ICARD, P. et LAIDIÉ, Y. (dir.), *Le principe de non-discrimination : l'analyse des discours*, *op. cit.*, p. 258.

³³⁰⁸ CA Toulouse, 16 mars 2000, *RJS* 9-10/2000, n° 1041, relevé in *idem*, p. 322.

³³⁰⁹ Art. 184 du CPC : « Le juge peut, en toute matière, faire comparaître personnellement les parties ou l'une d'elles ». Art. 189 du CPC : « Les parties sont interrogées en présence l'une de l'autre à moins que les circonstances n'exigent qu'elles le soient séparément. Elles doivent être confrontées si l'une des parties le demande [...]. L'absence d'une partie n'empêche pas d'entendre l'autre ». Art. 190 du CPC : « Les parties peuvent être interrogées en présence d'un technicien et confrontées avec les témoins ». Art. 196 du CPC : « Si l'une des parties est dans l'impossibilité de se présenter, le juge qui a ordonné la comparution ou le juge commis par la formation de jugement à laquelle il appartient peut se transporter auprès d'elle après avoir, le cas échéant, convoqué la partie adverse ».

³³¹⁰ GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, *op. cit.*, p. 36.

³³¹¹ *Ibidem*.

³³¹² *Ibidem*.

spécialisées à s'approprier et à développer une technique d'évaluation des témoignages. Cette évaluation est notamment fondée sur la crédibilité, reposant elle-même sur deux critères : l'honnêteté et la fiabilité³³¹³. Le premier critère apprécie la sincérité du témoin. Le second se réfère à un alliage complexe de facteurs cognitifs, psychologiques, rhétoriques, temporels et contextuels qui affectent la précision de la perception du témoin, sa mémoire des événements et la forme même de son témoignage³³¹⁴. La probabilité de la preuve repose alors sur le lien logique interne au témoignage et sur sa concordance avec les éléments externes soulevés³³¹⁵. Aux fins d'évaluation, les juridictions canadiennes ont notamment développé un faisceau d'indices permettant d'étayer les déductions du juge. Sont ainsi éprouvées : l'étendue des connaissances du témoin, sa capacité d'observation, de discernement, de mémorisation, de description³³¹⁶, ses motivations personnelles, sa relation avec les parties, la cohérence interne des éléments probants, les incohérences et contradictions au regard des éléments de preuve externes au témoignage, la manière rhétorique d'amener les éléments probants³³¹⁷, l'intérêt personnel connexe à la solution du litige, l'incapacité à mobiliser des témoins ou des éléments clefs permettant de trancher les faits disputés³³¹⁸, la constance des souvenirs, la capacité à résister à la modification de ces souvenirs en vue de renforcer leur utilité, la récusation partielle sous l'épreuve, l'aspect déraisonnable, impossible ou improbable des faits relatés ou encore l'attitude générale du témoin³³¹⁹. Une fois ces indications recueillies, il appartient au juge de les apprécier discrétionnairement³³²⁰ pour évaluer le franchissement ou non du seuil de la preuve. Lorsque les caractéristiques procédurales le permettent, ce mode de preuve pourrait être davantage mobilisé par les juridictions françaises, notamment eu égard aux difficultés évoquées ci-dessus en matière d'accessibilité des données, des limites de la preuve statistique et des tests de situation.

889. **Conclusion du chapitre 1.** Au regard de l'ensemble de ces considérations, l'instauration de procédures *sui generis* en droit de la non-discrimination afin de favoriser l'émergence ou la résolution du litige semble tantôt indispensable, tantôt superflue. La tendance à l'élaboration d'un droit « sur mesure » en matière de preuve permet opportunément de s'adapter aux spécificités contentieuses et à l'inégalité fréquente de positions des parties. Les nombreux ajustements du droit d'ores et déjà

³³¹³ *Faryna v. Chorny*, 1951 BCCA 252 (CanLII), par. 10-11.

³³¹⁴ *R. v. Taylor*, 2010 ONCJ 396 (CanLII), par. 58 ou encore *R. v. Morrissey*, 1995 ONCA 3498 (CanLII).

³³¹⁵ *Visic v. Elia Associates Professional Corporation*, 2011 HRTO 1230 (CanLII), par. 54.

³³¹⁶ *Faryna v. Chorny*, *op. cit.*, par. 10-11, ou encore *R. v. Morrissey*, *op. cit.*

³³¹⁷ *Cugliari v. Telefficiency Corporation*, 2006 HRTO 7 (CanLII), par. 26.

³³¹⁸ *Shah v. George Brown College*, 2009 HRTO 920 (CanLII), par. 14.

³³¹⁹ *Bradshaw v. Stenner*, 2010 BCSC 1398 (CanLII), par. 186. V. en prolongement *Loomba v. Home Depot Canada*, 2010 HRTO 1434 (CanLII), par. 16, *Visic v. Elia Associates Professional Corporation*, *op. cit.*, par. 54, ou encore *Van Hartevelt v. Grenal*, 2012 BCSC 658 (CanLII), par. 30. V. aussi *Cuff v. Gypsy Restaurant*, 1987, 8 CHRR, 3972 (OBI).

³³²⁰ *R. c. R.E.M.*, [2008] 3 RCS 3, par. 65, *R. v. Taylor*, *op. cit.*, par. 60, ou encore *Visic v. Elia Associates Professional Corporation*, *op. cit.*, par. 54.

actés œuvrent de manière décisive à la réalisation du droit de la non-discrimination³³²¹ (*e.g.* aménagement de la répartition de la charge de la preuve, élaboration de nouveaux modes de preuve). Ce processus pourrait encore être facilité par la généralisation de certaines appréciations jurisprudentielles (*e.g.* approche globale et circonstancielle des éléments de fait), par la modification de l'*habitus* des acteurs (*e.g.* recours aux mesures d'instruction et aux témoignages sur comparution des parties) ainsi que par divers ajustements législatifs (*e.g.* généralisation explicite de l'aménagement de la charge de la preuve à tous les domaines par une entreprise de consolidation, reconnaissance de la valeur probante réfragable du silence opposé par le défendeur face au prononcé d'une mesure d'instruction, précision d'un bénéfice du doute au profit du requérant au stade de la justification de la mesure litigieuse, mention de l'absence de nécessité de caractériser à la fois l'intentionnalité, la véracité de la caractéristique imputée et l'aspect exclusif de sa prise en compte). La nature *sui generis* du processus de médiation institutionnelle devant le Défenseur des droits en matière de non-discrimination, même peu mobilisé, laisse en revanche dubitatif. Sur ce point, c'est en contraste le recours aux médiations ou conciliations de droit commun, conventionnelles ou judiciaires, qui semble offrir des garanties optimales pour le requérant et permettre une meilleure articulation des processus formels de résolution amiable et de résolution contentieuse. Lorsque la voie amiable n'est pas empruntée, ou lorsqu'elle n'aboutit pas, c'est finalement le déploiement des pouvoirs du juge qui permettra la résolution du litige et, le cas échéant, la satisfaction du droit à la non-discrimination lorsque la contestation est fondée.

³³²¹ Pour nuancer, il convient cependant de relever avec Sophie Sereno que « la difficulté s'est déplacée de la consécration à la maîtrise et la mobilisation des moyens probatoires » (SERENO, S., « La preuve des discriminations en droit du travail », *loc. cit.*).

CHAPITRE 2 : L'AUDACE RESTREINTE DES JUGES DE LA NON-DISCRIMINATION

890. Le processus de revendication du droit à la non-discrimination trouve son aboutissement avec le déploiement des pouvoirs des juges aux fins de résolution des litiges. *Envisager la réalisation au stade de la production normative invite alors, et enfin, à considérer la capacité des juridictions à sanctionner les situations susceptibles de relever de la discrimination.*

891. Cette ultime étape repose tout d'abord sur l'interprétation de la norme par les juridictions³³²². En ce qu'elle conditionne les effets de la règle de droit sur le cas d'espèce et charrie sa signification normative, l'interprétation a été érigée par la doctrine en facteur juridique de réalisation du droit³³²³. Elle permet notamment de conférer un sens à la règle, le cas échéant avec une certaine souplesse, afin de l'actualiser³³²⁴. L'interprétation dévoile ce faisant la part normative du contrôle juridictionnel. Celle-ci, inhérente au droit administratif dont la nature est largement prétorienne, est progressivement dévoilée par la Cour de cassation qui assume désormais pleinement son rôle de création et de perfectionnement du droit³³²⁵, y compris lorsque l'interprétation contraste avec la volonté du législateur³³²⁶. Cette audace est notamment mobilisée pour tenir compte des évolutions sociales³³²⁷ et pour procéder, si le besoin s'en fait sentir, à des interprétations constructives propres à pallier les lacunes du droit positif³³²⁸. En droit de la non-discrimination comme ailleurs, les latitudes dont jouissent les magistrats dans l'interprétation de la règle révèlent l'évolution de leur

³³²² ROUVILLOIS, F., *L'efficacité des normes*, *op. cit.*, p. 16 : « la règle, au moment de son application, fera l'objet d'une interprétation qui influera elle aussi – peut-être autant et parfois plus que le contenu de la norme elle-même – sur son efficacité ».

³³²³ BETAÏLE, J., *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne*, *op. cit.*, p. 643 : « La réception de la norme par le juge est de nature à influencer son effectivité. En tant qu'interprète de la norme, il ne crée pas celle-ci mais dispose en revanche du pouvoir de lui conférer une effectivité plus ou moins étendue [...]. En ce sens, l'interprétation de la norme est une condition de son effectivité. Elle influence d'ailleurs directement le degré d'effectivité ». V. aussi les développements de l'auteur p. 510 et p. 581.

³³²⁴ ROUVILLOIS, F., *L'efficacité des normes*, *op. cit.*, p. 27 : « Laisser le législateur adopter des règles générales et rigides dans des domaines aussi mouvants, c'est prendre le risque de mettre en place un droit rapidement obsolète, inadapté à des problèmes imprévisibles, et donc potentiellement inefficace. La régulation judiciaire permet au contraire de "confier à des juges, mieux formés et plus riches de moyens, le soin de trancher un problème spécifique sur des faits particuliers à l'aide de l'ensemble du corpus juridique (...)" ». L'auteur cite ici COHEN-TANUGI, L., *Le droit sans l'État*, 3e éd., Paris, PUF, 1992, p. 57. V. encore p. 32 : « l'efficacité des normes [...] implique en effet leur adéquation à une réalité toujours complexe et mouvante ».

³³²⁵ COUR DE CASSATION, *Le rôle normatif de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 23 : la Cour de cassation « ne se contente pas d'appliquer la norme, elle la crée [...] et elle contribue à son perfectionnement ».

³³²⁶ *Idem*, p. 66 : « L'amplification de la portée des textes initiée ou appuyée par la Cour de cassation se détache parfois de la volonté du législateur, quoiqu'elle ne soit pas toujours aisée à identifier ».

³³²⁷ *Idem*, p. 79 : « L'adaptation des textes consiste, pour le juge, à toujours réinterpréter leur sens afin qu'ils conservent leur jeunesse d'esprit en dépit d'une lettre vieillissante. Cette adaptation mobilise le pouvoir normatif [...]. Elle s'impose parfois pour tenir compte des évolutions sociales, économiques ou encore techniques ».

³³²⁸ *Idem*, p. 98 : « La jurisprudence œuvre à l'amélioration du contenu de la norme lorsqu'elle procède à une interprétation constructive des textes [...] pour en pallier des lacunes ».

office, lequel s'écarte de la fonction de « sentinelle » pour embrasser celle d'« éclaireur » de la loi³³²⁹. En ce qu'il organise un contrôle prioritaire de certaines inégalités apparentes de traitement au nom de la réalisation du principe d'égalité, le droit de la non-discrimination permet aux magistrats de « traquer »³³³⁰ les discriminations. Cela « suppose souvent un travail d'interprétation et d'élaboration conceptuelle délicat »³³³¹ et peut les conduire à aller au-delà de la lettre des dispositions législatives. Les inévitables angles morts de la législation – du fait de l'incapacité du législateur à envisager toutes les situations – conduisent en somme les juridictions à en combler les lacunes³³³². La réalisation du droit de la non-discrimination peut dès lors être renforcée par l'extension de ses garanties, par exemple lorsqu'une interprétation authentique a pour effet d'intégrer des cas en apparence marginaux au sein de la qualification juridique de discrimination. L'audace des juridictions françaises à cet égard, bien que réelle, demeure toutefois mesurée (Section 1).

892. Une fois que les comportements sont appréhendés sous la qualification juridique, l'interprétation des juges peut ensuite déboucher sur le déploiement d'un autre pouvoir, la sanction, tout aussi crucial à la réalisation du droit³³³³. La sanction est en effet « une modalité particulière de la réalisation de la règle »³³³⁴, voire une technique « irremplaçable de réalisation du droit »³³³⁵ en ce qu'elle constitue « le plus sûr moyen d'assurer [son] respect »³³³⁶. Elle fut logiquement conçue par

³³²⁹ NADAL, J.-L. (Procureur général près la Cour de cassation), Discours, Audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, 7 janvier 2005 [URL : https://www.courdecassation.fr/venements_23/audiences_solennelles_59/audiences_debut_annee_judiciaire_60/monsieur_jean_louis_nadal_59.html] : « Il importe ici que le juge soit à l'écoute de son temps, attentif au changement, pour être en mesure de procéder à la nécessaire adaptation du droit : ne pas devancer les évolutions que l'on croit percevoir au risque de se fourvoyer, mais, pour autant, ne pas être en retard [...]. C'est dire que si le juge peut proposer ou provoquer le changement de la règle de droit, il est aussi de sa mission de l'adapter et même de la créer. Nul aujourd'hui ne conteste ce rôle à la Cour de cassation, nul ne doute que la jurisprudence est source de droit [...]. Ainsi, au fil du temps, le juge est devenu bien plus que "cet être inanimé qui ne peut modérer la force ni la rigueur de la loi" décrit par Montesquieu, pas plus qu'il n'est resté la "sentinelle chargée de la conservation de la loi", comme l'y incitait de Sèze. *De sentinelle, il est devenu éclaireur* » (nous soulignons). L'auteur poursuit : « Dire le droit en l'adaptant à l'évolution de la société, rapprocher le citoyen de la règle de droit : il s'agit là d'une action pédagogique indispensable qui relève de la mission première du juge ».

³³³⁰ LOCHAK, D., « Réflexions sur la notion de discrimination », *op. cit.*, p. 779.

³³³¹ *Ibidem*.

³³³² V. encore ici ROUVILLOIS, F., *L'efficacité des normes*, *op. cit.*, p. 27. V. aussi NADAL, J.-L. (Procureur général près la Cour de cassation), Discours, Audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, 7 janvier 2005, *loc. cit.* : « En 1900, Ballot-Beaupré, Premier président de la Cour de cassation qui avait aussi lu Portalis s'adressait en ces termes aux magistrats : "Appliquons la loi d'après ses termes mêmes, lorsqu'elle est clairement impérative ; sinon, interprétons-la libéralement, humainement ; rendons, avec l'indépendance des consciences honnêtes, une justice, à la fois impartiale, égale pour tous, secourable, dans la mesure du possible, aux faibles et aux humbles" ».

³³³³ BETAILLE, J., *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne*, *op. cit.*, p. 581 : « la seule opération d'interprétation de la norme par le juge ne suffit pas à lui assurer un effet concret. La portée de cette interprétation dépend des pouvoirs dont le juge dispose [...]. Or, ces pouvoirs lui permettent d'attribuer plus ou moins de conséquences à son interprétation ». Hans Kelsen relevait en son temps que « l'efficacité d'une norme commandant un certain comportement dépend [...] de l'efficacité des normes statuant des sanctions » (KELSEN, H., *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 183). V. aussi BOBBIO, N., *Essais de théorie du droit*, *op. cit.*, p. 170.

³³³⁴ PORTA, J., *La réalisation du droit communautaire*, *op. cit.*, p. 26.

³³³⁵ BARRIERE, L.-A., « Propos introductifs », in MALLEY-BRICOUT, B. (dir.), *La sanction*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 28, tel que cité in BETAILLE, J., *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne*, *op. cit.*, p. 321.

³³³⁶ LEROY, Y., « La notion d'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 722.

la doctrine, à son tour, sous les traits d'un facteur de réalisation du droit³³³⁷. Outre son existence, ce sont surtout sa nature et sa qualité qui importent. Elle doit être « adaptée, proportionnée à l'importance de l'obligation et à la gravité de la transgression »³³³⁸. Lorsqu'elle est conçue comme négative, elle doit être dissuasive et permettre la pleine réparation du préjudice subi sans pour autant être excessive³³³⁹. Possiblement incitative³³⁴⁰, elle peut également déboucher sur certaines innovations, à l'instar des mesures de redressement systémique. C'est principalement – mais non exclusivement – sur ce dernier point que l'audace des juridictions pourrait les conduire de manière novatrice à mobiliser leurs pouvoirs d'injonction pour parfaire la réalisation du droit de la non-discrimination (Section 2).

Section 1 : L'interprétation au service de l'appréhension de la discrimination

Section 2 : L'innovation au service de la sanction de la discrimination

³³³⁷ En ce sens, v. not. BETAILLE, J., *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne*, *op. cit.*, p. 68 (« La fonction de la sanction est donc d'assurer la conformité des comportements à la norme et de contribuer ainsi à son effectivité ») et p. 167-168 (« Parce qu'elle a pour fonction d'assurer le respect de la norme, la sanction constitue en principe une condition juridique de l'effectivité de la norme »). V. aussi CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Théorie générale des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 262.

³³³⁸ ROUVILLOIS, F., *L'efficacité des normes*, *op. cit.*, p. 24.

³³³⁹ En ce sens, v., entre autres, PORTA, J., « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2^e partie) », *loc. cit.*

³³⁴⁰ V. CHAMPEIL-DESPLATS, V. et MILLARD, É., « Efficacité et énoncé de la norme », *op. cit.*, p. 63-73.

SECTION 1 : L'INTERPRÉTATION AU SERVICE DE L'APPRÉHENSION DE LA DISCRIMINATION

893. La revendication du droit à la non-discrimination peut parfois conduire à rechercher l'appréhension de situations litigieuses qui semblent *a priori* situées en périphérie de la qualification juridique. La mobilisation du droit par les juridictions et les requérants peut alors s'apparenter à un prolongement – à un autre niveau – des invitations de la doctrine, des institutions ou des députés, qui plaident, par exemple, pour un élargissement de la protection aux différences de traitement fondées sur la précarité sociale³³⁴¹, sur le lieu de résidence³³⁴², sur les différences de traitement en apparence neutre (*i.e.* discrimination indirecte), voire sur la combinaison de plusieurs motifs (*i.e.* discrimination multiple). Cette recherche d'une appréhension de situations marginales se concrétise lorsque l'audace des juridictions – s'émancipant le cas échéant des textes – y formule un écho, qu'il soit question d'interpréter largement les motifs (I) ou les types³³⁴³ de discrimination (II). Relativement timides et circonscrites en France, ces audaces jurisprudentielles ont parfois guidé à l'étranger, par voie prétorienne, le développement du droit de la non-discrimination, initialement conçu de manière plus restreinte par le législateur. C'est précisément le caractère disputé des situations marginales qui conduit à envisager l'interprétation audacieuse des énoncés comme un enjeu de la réalisation du droit de la non-discrimination par l'enrichissement de la protection qu'il confère aux victimes³³⁴⁴.

³³⁴¹ *E.g.* ROMAN, D., « La discrimination fondée sur la condition sociale, une catégorie manquante du droit français », *loc. cit.* En prolongement, v. les propos de Diane Roman *in* CALVÈS, G. et ROMAN, D., « La discrimination à raison de la précarité sociale : progrès ou confusion ? », *loc. cit.*

³³⁴² *E.g.* GOLDBERG, D. et al., Amendement n° CE 73, 8 novembre 2014, sur le projet de loi de programmation pour la ville et la cohésion urbaine, texte n° 1337, faisant notamment référence à CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL (SYLLA, F.), *L'emploi des jeunes des quartiers populaires*, Paris, La Documentation française, 2008, p. 53-54.

³³⁴³ Sur l'appréhension des « types » grâce à une qualification unifiée, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, II, B, not. 1).

³³⁴⁴ Considérer l'interprétation extensive des motifs ou des types de discrimination comme facteur de réalisation du droit de la non-discrimination soulève toutefois une difficulté. Dans la mesure où l'intégration de nouveaux motifs ou de nouveaux types impacte la définition de la discrimination, cette démarche a pour conséquence de redéfinir la nature même du droit à réaliser. Il s'agit alors moins de penser l'efficacité des mécanismes procéduraux de réalisation d'un droit donné que de générer par l'interprétation une extension de ce droit afin d'en maximiser l'emprise sur les comportements sociaux. Convoquer dans cette optique la notion de « réalisation » pourrait ainsi être assimilé à un dévoiement préférant à la réalisation de ce qui *est* la conception de *l'être* à réaliser. Comme illustré dans la première partie de cette étude, une réflexion sur la réalisation du droit peut néanmoins se manifester dès le stade de la conception de la règle dès lors qu'elle est envisagée au prisme du « degré de protection d'un énoncé ou d'une règle au sein d'un système juridique donné » (ROULHAC, C., *L'opposabilité des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 341). Il s'agit de façonner un outil en adéquation avec les besoins des acteurs amenés à revendiquer le droit à la non-discrimination pour appréhender des traitements défavorables illégitimes car non justifiés au regard d'une caractéristique protégée. Partant, lorsque la conception de la règle de droit repose sur la signification normative conférée à l'énoncé linguistique par les autorités d'application du droit, quand bien même aurait-elle pour effet de redéfinir la qualification juridique considérée, il n'est pas déraisonnable d'envisager l'activité des juridictions sous l'angle de la réalisation du droit de la non-discrimination. D'autant plus lorsqu'il s'agit de retranscrire en droit interne des interprétations amorcées par les organismes internationaux et européens de protection des droits de l'homme.

I. Les motifs de discrimination, objets limités d'interprétation jurisprudentielle

894. L'appréciation plus ou moins inclusive des situations susceptibles d'être rattachées aux différents motifs de discrimination peut constituer un premier moyen qui permet d'étendre l'emprise de la qualification sur les comportements sociaux. Ce processus repose généralement sur des interprétations dites « constructives » ou « extensives ». Mais avant d'envisager la détermination *in concreto* des situations couvertes par tel ou tel motif, encore convient-il de pouvoir identifier ces derniers. À ce titre, deux options alternatives se présentent en fonction du caractère limitatif ou indicatif des listes. Elles esquissent le tiraillement du cadre d'interprétation des motifs de discrimination, tantôt opposé tantôt favorable aux largesses jurisprudentielles. L'appréhension des situations marginales dans le cadre d'un litige fondé sur la revendication du droit à la non-discrimination dérive en définitive tant du cadre d'interprétation que des significations normatives conférées aux caractéristiques consacrées. Si le premier tend à restreindre l'audace des juridictions françaises concernant l'identification des motifs potentiels de discrimination (A), l'analyse des secondes révèle ponctuellement des interprétations extensives en vue d'une meilleure protection (B).

A. Le cadre d'interprétation des motifs et l'inévitable dilemme relatif au caractère limitatif ou indicatif des listes

895. Le législateur français a, dès 1972, fait le choix de consacrer une liste limitative des motifs de discrimination en droit pénal. Ce choix fut reconduit en 1982 en droit du travail, en 1983 en droit de la fonction publique, puis en 2008 en droit civil et en droit administratif. Il a pour effet de limiter la latitude d'interprétation des juridictions, appelées, dans cette configuration, à constater la simple correspondance entre l'un des motifs énumérés en droit positif et la caractéristique en cause dans le cas d'espèce qui leur est soumis. Si la préférence du législateur pour des listes limitatives (listes « fermées ») en droit interne est justifiable, d'autant plus qu'elle reflète pour partie une tradition légicentriste, ses répercussions concrètes désastreuses questionnent inévitablement sa pertinence (1). La Convention EDH³³⁴⁵ ainsi que plusieurs législations étrangères formulent la pendante de l'alternative et optent, à l'inverse, pour une liste indicative des motifs (liste « ouverte »). Face aux inconvénients de listes fermées en droit interne, la généralisation de listes ouvertes pourrait être envisagée au-delà du droit de la Convention EDH afin de favoriser la reconnaissance

³³⁴⁵ Not. CE, Ass., 30 novembre 2001, *ministre de la Défense c. M. Diop*, n° 212179, Lebon sur le contrôle du juge administratif au titre de l'article 14 de la Convention EDH.

jurisprudentielle de motifs analogues. Ces listes provoqueraient, sans doute, une appréhension rehaussée des situations marginales. Plusieurs réserves de taille accompagnent néanmoins cette hypothèse (2).

1) La multiplication désordonnée des motifs de discrimination, dommage collatéral des listes fermées

896. Afin d'obtenir une vision d'ensemble des répercussions légistiques des listes fermées en droit interne, il est indispensable d'envisager conjointement les quatre instruments juridiques qui forment le cœur législatif du droit de la non-discrimination (*i.e.* articles 225-1 à 225-1-2 du Code pénal, articles L. 1132-1 à L. 1132-3-3 du Code du travail, articles 6 à 6 *ter* de la loi Le Pors, articles 1 à 3 de la loi du 27 mai 2008). Chacun de ces instruments comprend une liste dont le caractère limitatif semble répondre à une volonté de restreindre la latitude des juridictions et, par voie de conséquence, les consécutions prétoriennes de nouveaux motifs. Ils permettent par là même de maintenir un périmètre plus restreint du droit de la non-discrimination par rapport au principe d'égalité. Plus exactement, ils permettent au législateur, et non au juge, de fixer les caractéristiques qui justifient qu'un traitement défavorable qui les prend en compte fasse l'objet d'un contrôle prioritaire des juridictions au nom de la réalisation du principe d'égalité³³⁴⁶. Lorsque leur contrôle est fondé sur ces listes en droit interne, le cadre d'interprétation des magistrats français est relativement ténu et ne leur permet guère d'innovations jurisprudentielles, du moins pas quant aux motifs concourant à la qualification de discrimination.

897. Ce cadre strict est cependant critiquable tant, au-delà de l'encadrement de la fonction normative des juridictions, il participe au manque d'intelligibilité du droit de la non-discrimination³³⁴⁷. Le scepticisme est en effet de mise lorsque l'énumération limitative des motifs est envisagée concomitamment à la multiplicité des listes et à leur constante expansion en France. L'interaction de ces trois phénomènes (*i.e.* caractère limitatif, multiplicité, expansion des listes) débouche sur une multiplication particulièrement désordonnée des motifs³³⁴⁸, au détriment de l'intelligibilité du droit. Ce constat apparaît à la lueur d'une analyse rétrospective de la consécration en droit positif des motifs de discrimination.

³³⁴⁶ V. sur ce point Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, I, B.

³³⁴⁷ Sur la lisibilité du droit de la non-discrimination, v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, II.

³³⁴⁸ MEDARD INGHILTERRA, R., « L'inégale multiplication des critères de discrimination : conséquences et perspectives d'harmonisation éventuelle », *op. cit.*, p. 69-83. V. aussi THARAUD, D., « Pour une réforme des motifs de discrimination et peut-être un peu plus... », *Revue générale du droit*, 2019. V. encore GRÜNDLER, T., « Tous discriminés ? », *RDLF*, chron. n° 33, 2017.

Motifs énumérés				
Date	Code pénal (art. 416 puis 225-1)	Code du travail (art. L. 122-45 puis L. 1132-1)	Loi du 13 juillet 1983 (art. 6 & 6 bis)	Loi du 27 mai 2008 (art. 1)
1972 (juillet)	Origine, ethnie, prétendue race, nation, religion (5)			
1982 (août)		Origine, sexe, situation de famille, ethnie, nation, prétendue race, opinions politiques, activités syndicales, religion (9)		
1983 (juillet)	Sexe + situation de famille (7)		Sexe, opinions politiques, syndicales, philosophiques, religieuses, ethnie (6)	
1985 (janvier)		Activités mutualistes + exercice normal du droit de grève (11)		
1989 (janvier)		Mœurs (8)		
		Handicap (9)		
1990 (juillet)	État de santé (10)	État de santé + handicap + mœurs (14)	État de santé + handicap (8)	
1993 (janvier)		Exercice normal du droit de grève bascule hors liste vers L.122-45 al. 2 (15)		
1994 (mars)	Opinions politiques + activités syndicales (12)			
2001 (mai)			Sexe bascule vers article 6 bis (7+1)	
2001 (novembre)	Orientation sexuelle + âge + patronyme + apparence physique (16)	Orientation sexuelle + âge + patronyme + apparence physique (17)	Orientation sexuelle + âge + patronyme + apparence physique + origine + prétendue race (13+1)	
2002 (mars)	Caractéristiques génétiques (17)	Caractéristiques génétiques (18)		
2006 (mars)	Grossesse (18)	Grossesse (19)		
2008 (mai)			Ethnie, prétendue race, religion, conviction, âge, handicap, orientation sexuelle, sexe (8)	
2012 (août)	Identité de genre (19)	Identité de genre (20)	Identité de genre (14+1)	Identité de genre (9)
2014 (février)	Lien de résidence (20)	Lien de résidence (21)		Lieu de résidence (10)
2015 (déc.)				Perte d'autonomie (11)
2016 (avril)			Situation de famille (15+1)	
2016 (juin)	Vulnérabilité économique (21)	Vulnérabilité économique (22)		Vulnérabilité économique (12)
2016 (novembre)	Perte d'autonomie + langue (23)	Suppression liste et renvoi à l'art. 1 de la loi du 27 mai 2008 (0)		Origine + situation de famille + grossesse + apparence physique + patronyme + état de santé + caractéristiques génétiques + mœurs + opinions politiques + activités syndicales + langue + nation + suppression des convictions (23)
2017 (mars)		Rétablissement liste de la loi de 2008 + rétablissement activités mutualistes + domiciliation bancaire (25)		Domiciliation bancaire (24)
2019 (août)			Grossesse (16+1)	
2019 (déc.)	Exercice d'un mandat électif local (26)			

898. L'observation attentive du tableau reproduit permet de dégager trois constats essentiels. Le premier est relatif à l'existence, entre 1972 et 2020, de vingt-trois réformes ayant eu pour objet d'établir ou de compléter les quatre listes de motifs mentionnées ci-dessus (douze modifications depuis 1972 pour le Code pénal, douze depuis 1982 pour le Code du travail, six depuis 1983 pour la loi Le Pors, et six pour la loi du 27 mai 2008). L'évolution de ces listes sur impulsion du législateur, afin d'élargir l'emprise du droit de la non-discrimination sur les comportements sociaux, est donc manifeste.

899. Le deuxième constat vient néanmoins nuancer cette dynamique protectrice. Les ajouts de motifs ont bénéficié selon les réformes à une seule ou à plusieurs listes. L'ajout d'une nouvelle caractéristique s'est majoritairement fait de manière complètement cloisonnée, pour ne bénéficier qu'à une seule liste (treize réformes sur les vingt-trois). L'introduction d'un nouveau motif profita ponctuellement à deux listes seulement (quatre réformes) ou, préférablement, à trois des quatre listes (cinq réformes). Il bénéficia exceptionnellement aux quatre dispositions lorsqu'il fut question d'introduire en 2012 l'identité de genre. Ces enrichissements successifs des listes par le législateur ont, en conséquence, essentiellement été pensés de manière sectorielle³³⁴⁹, sans obéir à une vision d'ensemble, mais fluctuant plutôt « au gré des affaires soumises aux tribunaux ou traitées par les médias »³³⁵⁰. À Alexandre Flückiger de conclure : « les lois prises sous le coup d'une émotion non maîtrisée dans des circonstances passionnelles présentent un risque accru de cumuler deux défauts [...] : inutilité et effets indésirables »³³⁵¹.

900. Un troisième constat s'impose en complément : les listes de motifs n'ont presque jamais correspondu. À l'exception d'une brève période, du 20 novembre 2016 au 2 mars 2017, soit pendant cent trois jours seulement, à aucun moment depuis 1982 ne serait-ce que deux des quatre listes n'ont comporté les mêmes motifs, ni même le même nombre de motifs. La cohérence et l'intelligibilité du droit sont largement affectées par cette multiplication désordonnée des caractéristiques protégées. Face aux maladroites du législateur résonnent les propos de Gwénaële Calvès qui dénonçait en 2016 l'« amateurisme des députés, et la gadgétisation, voire le mépris, dont fait l'objet en France le droit de la non-discrimination »³³⁵². La loi J21³³⁵³ est opportunément intervenue en novembre 2016 pour régler l'essentiel de ces divergences par l'harmonisation des

³³⁴⁹ Sur cette perception sectorielle, Agathe Lepage soulignait récemment que l'extension des listes de motifs « est propice à ce que le législateur perde de vue le sens ou l'unité des dispositions » (LEPAGE, A., « Les motifs discriminatoires : regard du pénaliste », *Dr. Soc.*, 2020, p. 298 et s.).

³³⁵⁰ DETRAZ, S., « La discrimination "par ricochet" : un aspect latent du délit de discrimination », *Dr. Pen.*, n° 6, étude 10, 2008.

³³⁵¹ FLÜCKIGER, A., *(Re)faire la loi, op. cit.*, p. 148.

³³⁵² CALVÈS, G., « Motifs illicites de discrimination : poussée de fièvre à l'Assemblée nationale », *loc. cit.*

³³⁵³ Art. 86 et 87 de la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle.

énumérations du Code pénal, de la loi du 27 mai 2008 et du Code du travail. Elle a permis de fixer une « liste-socle »³³⁵⁴ de vingt-trois motifs communs³³⁵⁵. Cette avancée mérite cependant d'être relativisée en raison de la persistance de trois problèmes majeurs.

901. La première difficulté réside dans le caractère partiel de l'harmonisation à laquelle a procédé la loi J21, laissant persister diverses incohérences. La loi Le Pors n'a tout d'abord pas bénéficié du travail d'harmonisation et stagne actuellement avec une liste de dix-sept caractéristiques protégées (*i.e.* seize à l'article 6³³⁵⁶ et une à l'article 6 *bis*³³⁵⁷). Le motif des convictions a ensuite été supprimé de la loi du 27 mai 2008 qui était pourtant le seul instrument juridique à le consacrer. Les définitions et les modalités de prohibition de la discrimination demeurent par ailleurs formulées en des termes distincts par les quatre dispositions législatives, et ce point n'a fait l'objet d'aucune harmonisation, ce qui est pour le moins regrettable³³⁵⁸.

902. Au maintien de ces incohérences, en dépit de la loi J21, s'ajoute une deuxième difficulté. Quelques mois seulement après avoir procédé au plus important travail d'harmonisation en la matière, le législateur a consacré de nouveaux motifs de manière variable. Alors que la loi de novembre 2016 avait substitué à l'énumération détaillée du Code du travail un simple renvoi à l'article 1^{er} de la loi de 2008 – afin d'éviter précisément le retour à des énumérations différenciées entre les listes limitatives –, la loi du 28 février 2017 rétablit une liste détaillée au sein du Code du travail et supprime le renvoi. Ce faisant, lorsqu'elle réintègre le motif des activités mutualistes, supprimé en novembre 2016, elle ne le rétablit qu'au sein du Code du travail, créant à nouveau une disparité avec les autres listes. Le procédé fut identique lorsque la loi du 27 décembre 2019³³⁵⁹ consacra l'exercice du mandat électif local, en l'ajoutant exclusivement au sein du Code du travail. La loi du 28 février 2017 a également introduit la domiciliation bancaire comme nouveau motif, mais son ajout se borne au Code du travail et à la loi de 2008, au détriment de la loi Le Pors et du Code pénal. Cette même loi a enfin ajouté au sein du Code pénal, de manière exclusive, deux motifs de discrimination insolites, à savoir la discrimination pour « avoir subi ou refusé de subir des faits

³³⁵⁴ CALVÈS, G., « Motifs illicites de discrimination : poussée de fièvre à l'Assemblée nationale », *loc. cit.*

³³⁵⁵ Autre apport, elle redonne une véritable cohérence à la loi du 27 mai 2008 en ajoutant une dizaine de motifs (*i.e.* origine, situation de famille, apparence physique, patronyme, état de santé, caractéristiques génétiques, mœurs, opinions politiques, activités syndicales et appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une nation) et en généralisant leur application à l'ensemble des six domaines mentionnés par cette loi. Elle ajoute la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français et retire le motif des convictions.

³³⁵⁶ Les opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, l'origine, l'orientation sexuelle ou identité de genre, l'âge, le patronyme, la situation de famille, la grossesse, l'état de santé, l'apparence physique, le handicap ou l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race.

³³⁵⁷ Le sexe.

³³⁵⁸ Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, II.

³³⁵⁹ Art. 86 de la loi n° 2019-1461 du 27 décembre 2019 relative à l'engagement dans la vie locale et à la proximité de l'action publique.

de bizutages » et pour « avoir témoigné de tels faits ». Ces ajouts ne sont toutefois pas inscrits au sein de la liste de l'article 225-1 mais à l'article 225-1-2 du Code pénal. Il s'agit de motifs « annexes », ainsi qualifiés par contraste avec les motifs « énumérés » au sein des listes. Leur mise à l'écart achève de relativiser l'apport insatisfaisant de la loi J21.

Motifs " annexes "				
Date	Code pénal (art. 225-1-1 à 225-1-2)	Code du travail (art. L. 1132-2 à L. 1132-3-3)	Loi du 13 juillet 1983 (art. 6 à 6 ter)	Loi du 27 mai 2008 (art. 2 et 3)
1992 (novembre)			Avoir subi ou refusé de subir des faits de harcèlement + avoir témoigné de tels faits (2)	
1993 (janvier)		Exercice normal du droit de grève - sort de la liste de l'al. 1 (1)		
2001 (novembre)		Avoir témoigné/relaté des faits discriminatoires (2)	Avoir contesté de manière gracieuse ou contentieuse des faits discriminatoires (3)	
2005 (juillet)			Harmonisation des trois motifs annexes qui se déclinent aux art. 6, 6 bis et 6 ter (3)	
2008 (mai)				Grossesse + maternité + avoir témoigné/relaté des faits discriminatoires + avoir subi ou refusé de subir des faits discriminatoires (4)
2011 (août)		Exercice de la fonction de juré ou citoyen assesseur (3)		
2013 (mai)		Avoir refusé une invitation dans pays incriminant orientation sexuelle (4)		
2012 (août)	Avoir subi ou refusé de subir harcèlement sexuel + avoir témoigné de tels faits (2)			
2013 (décembre)		Avoir témoigné/relaté de bonne foi des faits constitutifs de délit ou crime après en avoir eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions (5)	Ajout 6 ter A : Avoir témoigné/relaté de bonne foi des faits constitutifs de délit ou crime après en avoir eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions (4)	
2016 (décembre)		Avoir signalé une alerte conformément à la loi Sapin 2 (6)	Ajout 6 ter A : Avoir signalé une alerte conformément à la loi Sapin 2 (5)	
2017 (janvier)	Avoir subi ou refusé de subir des faits de bizutage + avoir témoigné de tels faits (4)			

903. Ces motifs annexes possèdent la particularité de n'avoir fait l'objet d'aucune harmonisation et de ne pas être insérés dans les listes des articles de référence (*i.e.* article 225-1 du Code pénal, article L. 1132-1 du Code du travail, article 6, alinéa 2, et article 6 *bis*, alinéa 1, de la loi Le Pors et article 1 de la loi du 27 mai 2008). Consacrés à la marge, quatorze motifs annexes de discrimination se dégagent des quatre instruments juridiques envisagés³³⁶⁰. En quoi ces motifs – peu considérés par la doctrine – participent-ils d'une logique différente dans la qualification de discrimination qui serait de nature à justifier une inscription en dehors des listes de référence ? À bien les considérer, la plupart d'entre eux (*i.e.* douze motifs annexes sur les quatorze) qualifient moins une caractéristique personnelle – contrairement aux motifs généralement énumérés³³⁶¹ – qu'un comportement particulier susceptible de faire l'objet d'actes de représailles. Dans l'ordre chronologique d'apparition, sont concernés les actes discriminatoires fondés sur le fait : d'avoir subi ou refusé de subir un harcèlement sexuel ainsi que d'avoir témoigné ou relaté de tels actes ; d'avoir exercé dans un cadre normal son droit de grève ; d'avoir contesté de manière gracieuse ou contentieuse des faits de discriminations ; d'avoir témoigné ou relaté d'actes discriminatoires ainsi que le fait d'avoir subi ou refusé de subir des tels actes ; d'avoir exercé les fonctions de juré ou de citoyen assesseur ; d'avoir refusé une mutation professionnelle dans un pays incriminant l'homosexualité ; d'avoir relaté de bonne foi des faits constitutifs de délit ou crime après en avoir eu connaissance dans le cadre de ses fonctions ; d'avoir signalé une alerte conformément à la loi Sapin 2 ; d'avoir subi ou refusé de subir des faits de bizutage ainsi que d'avoir témoigné ou relaté de tels actes.

904. Si ces hypothèses rejoignent des cas de représailles, pourquoi ne pas simplement imiter le législateur suédois qui envisage concomitamment la sanction des discriminations et celle des actes de représailles tout en alignant leurs régimes juridiques ? Cela permettrait de corriger aisément cette nouvelle disparité entre les instruments juridiques du droit interne non plus concernant les motifs énumérés mais annexes cette fois. Quant aux deux derniers motifs annexes qui ne rejoignent pas des hypothèses de représailles, il s'agit des caractéristiques mentionnées à l'article 2, 4^o de la loi du 27 mai 2008 – alors que la liste des motifs énumérés figure, elle, à l'article 1^{er}. Ces caractéristiques sont la grossesse, qui figure toutefois depuis novembre 2016 également dans la liste de l'article 1^{er} et fait doublon, et la maternité qui, elle, subsiste uniquement à l'article 2, 4^o, de manière isolée. Ici,

³³⁶⁰ Pour le Code du travail, l'identification des six motifs annexes en question procède de la seule analyse des dispositions du Titre III relatif aux discriminations (Première Partie, Livre Ier). D'autres motifs seraient identifiables dans le cadre d'un examen exhaustif des dispositions du Code du travail. Par exemple : le fait d'avoir refusé une mise à disposition (art. L. 8241-2), d'avoir relaté ou témoigné des faits de corruption dont la personne a eu connaissance dans le cadre de ses fonctions (art. L. 1161-1), d'avoir refusé de travailler le dimanche (L. 3132-25-4), ou encore d'avoir été désigné salarié compétent pour s'occuper des activités de protection et de prévention des risques professionnels (art. R. 4644-1).

³³⁶¹ Seuls les activités syndicales, les activités mutualistes et l'exercice d'un mandat électif local font figures d'exception.

pourquoi ne pas simplement les intégrer à la liste de l'article 1 et éventuellement généraliser le critère de la maternité aux autres listes desquelles il est absent ?

905. Il serait possible d'insister longuement sur cette inégale et inintelligible multiplication des motifs comme conséquence néfaste de la multiplicité des listes limitatives³³⁶². Cette seule problématique pourrait, le cas échéant, être résolue par une entreprise de consolidation du droit de la non-discrimination³³⁶³, quitte à opter pour une liste toujours limitative mais unique. Persisterait néanmoins l'inconvénient de l'épanchement formel des énumérations ainsi que l'impossibilité théorique pour les juridictions de pousser l'audace jusqu'à la consécration de nouvelles caractéristiques protégées. Cette dernière faculté permettrait, à l'instar de la Cour de Strasbourg qui interprète l'article 14 de la Convention EDH, d'étendre l'emprise du droit de la non-discrimination en laissant les juridictions l'adapter aux pratiques sociales par la consécration de critères « analogues »³³⁶⁴. Édouard Dubout affirmait en ce sens que « l'absence d'ouverture [des listes] empêchera surtout de prendre en compte des situations nouvelles que les rédacteurs n'avaient pas prévues [...], paralysant ainsi [l']action dans la lutte contre les discriminations »³³⁶⁵. L'hypothèse d'une généralisation des listes ouvertes, c'est-à-dire indicatives, mérite par conséquent d'être envisagée plus en détail – bien qu'il nous soit en l'état encore difficile de trancher sur son opportunité.

2) Vers la consécration d'une liste ouverte ?

906. À l'inverse du législateur français, plusieurs systèmes juridiques favorisent l'initiative jurisprudentielle et permettent une latitude d'interprétation par le biais d'une liste indicative. Tel est notamment le cas du Conseil de l'Europe, du Canada, de l'Afrique du Sud ou encore de la République tchèque. Les raisons de cette latitude offerte aux cours ne sont pas dénuées d'intérêt. Elles dénotent une considération des motifs comme de simples « indices »³³⁶⁶ de discrimination potentielle,

³³⁶² *E.g.* en soulignant en outre la problématique que représentent les habilitations des associations par le Code de procédure pénale en vue de l'exercice des droits de la partie civile. Art. 2-1 (nation, ethnie, prétendue race, religion), 2-6 (sexe, situation de famille, mœurs), 2-8 (état de santé, handicap) et 2-10 (vulnérabilité économique) du Code de procédure pénale. Ces habilitations étant sectorielles, fondées sur les différents motifs de discrimination, mais n'ayant pas été actualisées au fur et à mesure, seules les discriminations fondées sur dix motifs sont susceptibles de permettre l'exercice des droits de la partie civile par des associations en droit pénal, alors que l'art. 225-1 énonce vingt-trois motifs. Sur cette question, v. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, I, not. A et B, 1).

³³⁶³ V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, II, B.

³³⁶⁴ Nous reprenons ici la terminologie utilisée par la Cour suprême du Canada in *Corbiere c. Canada (ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 RCS 203, not. par. 5-16. V. encore *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *op. cit.*, p. 145 et s. V. sur ce point, entre autres, HOGG, P. W., « What is Equality? The Winding Course of Judicial Interpretation », *Supreme Court Law Review*, vol. 29, n° 2, 2005, not. p. 47-50.

³³⁶⁵ DUBOUT, É., *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 65.

³³⁶⁶ *Miron c. Trudel*, [1995] 2 RCS 418, par. 132.

comme de simples éléments « communément [utilisés] pour établir des distinctions qui ont peu ou pas de lien rationnel avec la matière traitée, traduisant généralement l'existence d'un stéréotype »³³⁶⁷. Sans rapport hiérarchique, les motifs diffèrent simplement à raison de la source juridique qui les considère. Alors que les motifs « énumérés » constituent des indicateurs législatifs³³⁶⁸, les motifs « analogues » sont des indicateurs jurisprudentiels. Tous s'apparentent néanmoins « des indicateurs *permanents* de l'existence d'un processus décisionnel suspect ou de discrimination potentielle »³³⁶⁹. Si, de prime abord, une telle conception paraît éloignée de la tradition juridique française, elle mérite nonobstant d'être envisagée plus avant.

907. L'introduction d'une liste ouverte peut se manifester de deux manières. Elle peut résulter de l'insertion de la locution « notamment » au sein de la disposition qui énonce l'interdiction de la discrimination, à l'instar de l'article 14 de la Convention EDH (« sans distinction aucune, fondée *notamment* sur... ») ou de l'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés (« indépendamment de toute discrimination, *notamment* des discriminations fondées sur... »)³³⁷⁰. Elle peut encore ressortir, plus explicitement, de l'insertion dans cette disposition d'une mention relatives aux « critères analogues » ou à une notion équivalente, comme le font là encore l'article 14 de la Convention EDH, qui se réfère à la notion de « toute autre situation », ou les législateurs tchèque³³⁷¹ et sud-africain (« *'prohibited grounds' are- (a) [listed criteria]; or (b) any other ground where discrimination based on that other ground causes or perpetuates systemic disadvantage; undermines human dignity; or adversely affects the equal enjoyment of a person's rights and freedoms in a serious manner that is comparable to discrimination on a ground in paragraph (a)* »³³⁷²).

908. Sur le fondement de l'article 14 de la Convention EDH, les juges de Strasbourg ont progressivement reconnu comme « situations analogues » l'orientation sexuelle³³⁷³, l'âge³³⁷⁴, le

³³⁶⁷ *Idem*, p. 424. Nous renvoyons ici à la présentation dans cette étude du droit de la non-discrimination comme cadre de justifications qui précise substantiellement la maxime formelle d'égalité : Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

³³⁶⁸ *Corbiere c. Canada*, *op. cit.*, par. 7.

³³⁶⁹ *Idem*, par. 8 (nous soulignons).

³³⁷⁰ Pour la Cour suprême canadienne, « les motifs de discrimination énumérés au par. 15(1) ne sont pas exhaustifs. Les motifs analogues à ceux énumérés sont également visés et il se peut même que la disposition soit plus générale que cela ». *V. Andrews c. Law Society of British Columbia*, *op. cit.*, p. 145.

³³⁷¹ L'article 3(1) de la Charte tchèque des droits et libertés fondamentaux (*Listina základních práv a svobod*) mentionne la notion de « *other status* », en plus des critères énumérés. Cette mention permet la reconnaissance des critères « analogues ». L'article 3(1) précise alors que : « *It has to relate to a personal characteristic, which one cannot influence (eg sex, race), or it must be based on a personal choice reflecting personal traits of each one of us, such as religion or political opinions* » (tel que traduit in HAVELKOVÁ, B., « The Pre-Eminence of the General principle of Equality over Specific Prohibition of Discrimination on Suspect Grounds in Czechia », *op. cit.*, p. 78.

³³⁷² *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act*, 2000, chap. 1, art. 1.

³³⁷³ COUR EDH, 3^e sect., 26 février 2002, *Fretté c. France*, req. n° 36515/97, not. § 30-33.

³³⁷⁴ COUR EDH, 1^e sect., 10 juin 2010, *Schmitzgebel c. Suisse*, req. n° 25762/07, § 74.

handicap³³⁷⁵, l'état de santé – incluant la nature de la maladie³³⁷⁶ ou la séropositivité³³⁷⁷ –, la paternité³³⁷⁸, la situation de concubinage³³⁷⁹, l'appartenance à une association³³⁸⁰ ou à un syndicat³³⁸¹, le grade militaire³³⁸², la condition de parent d'un enfant né hors mariage³³⁸³, le lieu de résidence³³⁸⁴, la qualité de locataire d'un bien de l'État³³⁸⁵, la condition de prisonnier³³⁸⁶, la durée de la peine de prison³³⁸⁷, le type de titre de séjour³³⁸⁸ ou encore le type de paternité (présumée ou légalement établie)³³⁸⁹. Quant aux juridictions canadiennes, elles ont reconnu comme motifs analogues sur le fondement de l'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés la citoyenneté³³⁹⁰, l'état matrimonial³³⁹¹, l'orientation sexuelle³³⁹², les convictions politiques³³⁹³, la langue³³⁹⁴, la situation d'enfant adopté³³⁹⁵, la méthode de conception³³⁹⁶, le fait de ne pas avoir d'enfant³³⁹⁷, le statut d'enfant né hors mariage³³⁹⁸ ou encore la qualité de membre hors réserve d'une bande indienne³³⁹⁹. Les possibles consécutions de motifs nouveaux sont donc relativement nombreuses dans l'hypothèse d'une liste ouverte. Cette dynamique n'est toutefois pas spécifique puisque, au regard de la consécution frénétique par le législateur français de motifs énumérés ces dernières années, les potentielles caractéristiques à ajouter aux actuelles listes limitatives sont tout aussi nombreuses.

909. La consécution jurisprudentielle de motifs analogues obéit parfois à une méthode d'encadrement ou de justification déterminée. Lorsqu'elle consacre de nouveaux motifs, la Cour

³³⁷⁵ COUR EDH, 1^e sect., 30 avril 2009, *Glor c. Suisse*, req. n° 13444/04, not. § 53.

³³⁷⁶ COUR EDH, 2^e sect., 1^{er} décembre 2009, *G.N. et autres c. Italie*, req. n° 43134/05, not. § 123 (sur une différence de traitement entre personnes thalassémiques et hémophiles).

³³⁷⁷ COUR EDH, 1^e sect., 3 octobre 2013, *I.B. c. Grèce*, req. n° 552/10, § 73 et COUR EDH, 1^e sect., 10 mars 2011, *Kiyutin c. Russie*, *op. cit.*, § 57.

³³⁷⁸ COUR EDH, 2^e sect., 31 mars 2009, *Weller c. Hongrie*, req. n° 44399/05, § 29.

³³⁷⁹ COUR EDH, 1^e sect., 22 mai 2008, *Petrov c. Bulgarie*, req. n° 15197/02, § 52.

³³⁸⁰ COUR EDH, 1^e sect., 31 mai 2007, *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c. Italie (n° 2)*, *op. cit.*, § 48-50.

³³⁸¹ COUR EDH, 1^e sect., 30 juillet 2009, *Danilenkov et autres c. Russie*, req. n° 67336/01, § 132.

³³⁸² COUR EDH, Plén., 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, *op. cit.*, § 72.

³³⁸³ COUR EDH, Grande ch., 8 juillet 2003, *Sommerfeld c. Allemagne*, req. n° 31871/96, not. § 93 et COUR EDH, Grande ch., 8 juillet 2003, *Sabin c. Allemagne*, req. n° 30943/96, not. § 94.

³³⁸⁴ COUR EDH, Grande ch., 16 mars 2010, *Carson et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 42184/05, § 70-71.

³³⁸⁵ COUR EDH, Grande ch., 18 février 1999, *Larkos c. Chypre*, req. n° 29515/95, not. § 22-32.

³³⁸⁶ COUR EDH, Grande ch., 7 juillet 2011, *Stummer v. Austria*, req. n° 37452/02, not. § 81-86.

³³⁸⁷ COUR EDH, 4^e sect., 13 juillet 2010, *Clift v. The United Kingdom*, req. n° 7205/07, § 55-63.

³³⁸⁸ COUR EDH, 4^e sect., 27 septembre 2011, *Bab v. the United Kingdom*, req. n° 56328/07, § 43-46.

³³⁸⁹ COUR EDH, 4^e sect., 10 octobre 2006, *Paulík v. Slovakia*, req. n° 10699/05, not. § 52-59.

³³⁹⁰ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *op. cit.*, p. 152-153. Pour une justification générale, v. p. 146.

³³⁹¹ *Miron c. Trudel*, *op. cit.*, p. 160. Pour une justification, v. p. 156.

³³⁹² *Egan c. Canada*, [1995] 2 RCS 513, p. 603.

³³⁹³ *Condon v. Prince Edward Island*, 2002 PESCTD 41 (CanLII), par. 80 (autorisation de pourvoi refusée par [2006] CSCR n° 138).

³³⁹⁴ *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 RCS 238, par. 12.

³³⁹⁵ *Strong v. Marshall Estate*, 2009 NSCA 25 (CanLII), par. 32.

³³⁹⁶ *Pratten v. British Columbia (Attorney General)*, 2011 BCSC 656 (CanLII), par. 234, confirmé in 2012 BCCA 480 (CanLII), par. 36.

³³⁹⁷ *Noseworthy v. Smith*, 2007 NLTD 191 (CanLII), par. 27.

³³⁹⁸ *J.R. v. J.K.*, 1996 ABCA 378 (CanLII).

³³⁹⁹ *Corbiere c. Canada*, *op. cit.*, p. 209 et par. 6. À dissocier d'une reconnaissance du lieu de résidence comme motif analogue. Sur ce point v. par. 15.

suprême du Canada revendique par exemple un paradigme d'interprétation téléologique et affirme que « si l'on n'est pas en présence d'un motif énuméré ou d'un motif analogue déjà reconnu, la considération fondamentale [...] est la question de savoir si la reconnaissance du fondement de la différence de traitement comme motif analogue favoriserait la *réalisation* des objets »³⁴⁰⁰ du droit de la non-discrimination. La Cour tranche cette question en sollicitant plusieurs facteurs³⁴⁰¹, notamment en déterminant si la caractéristique susceptible d'être consacrée se réfère à un groupe qui a subi un désavantage historique ou qui constitue une « minorité discrète et isolée »³⁴⁰². À défaut, elle évalue si cette caractéristique est immuable ou modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle. Cela implique que son abandon ne saurait être légitimement exigé comme un préalable à l'égalité de traitement³⁴⁰³. Elle peut encore être amenée à vérifier si ladite caractéristique possède une certaine similitude avec l'un des motifs énumérés ou, enfin, si elle est déjà reconnue par les législateurs provinciaux et la doctrine comme un motif potentiellement discriminatoire³⁴⁰⁴. De manière proche, la Cour EDH tient compte de la reconnaissance de certains critères par le droit communautaire pour consacrer ceux qui, selon la lettre de l'article 14, relèvent de « toute autre situation »³⁴⁰⁵. Sur la base de ces divers indicateurs, les juges tranchent finalement quant à l'opportunité de consacrer ou non la caractéristique qui fonde le traitement défavorable dans le cas d'espèce qui leur est soumis.

910. Les listes ouvertes permettent *in fine* de compenser les failles inexorables des listes fermées³⁴⁰⁶. Elles actent le constat selon lequel le législateur ne saurait anticiper la totalité des fondements potentiels de l'illégitimité du traitement. L'on pourrait alors être tenté d'objecter que l'adoption de listes ouvertes traduit une volonté des autorités normatives d'opérer une confusion entre égalité et non-discrimination. Le droit à la non-discrimination serait dans cette configuration mobilisé en tant que fondement juridique de la sanction de toutes les différences de traitement illégitimes entre personnes, à l'opposé d'une conception qui est actuellement circonscrite en droit interne à la sanction des seuls traitements défavorables illégitimes, car non justifiés et fondés sur certains motifs

³⁴⁰⁰ *Corbiere c. Canada*, *op. cit.*, par. 208 (nous soulignons).

³⁴⁰¹ Pour une approche synthétique, v. *idem*, par. 13 ou *Miron c. Trudel*, [1995] 2 RCS 418, par. 148.

³⁴⁰² *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *op. cit.*, p. 152 et p. 158 ou encore *R. c. Turpin*, [1989] 1 RCS 1296, p. 1332-1333.

³⁴⁰³ *Idem*, par. 5 ou encore *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 RCS 493, par. 90.

³⁴⁰⁴ *Egan c. Canada*, *op. cit.*, par. 176-178.

³⁴⁰⁵ Tel est notamment le cas pour les critères suivants : l'orientation sexuelle (COUR EDH, 3^e sect., 26 février 2002, *Fretté c. France*, *op. cit.*, § 32), l'âge (COUR EDH, 1^e sect., 10 juin 2010, *Schwizgebel c. Suisse*, *loc. cit.*) et le handicap (COUR EDH, 1^e sect., 30 avril 2009, *Glor c. Suisse*, *op. cit.*, §80 ; COUR EDH, 2^e sect., 1^{er} décembre 2009, *G.N. et autres c. Italie*, *op. cit.*, §126 ; COUR EDH, 1^e sect., 10 mars 2011, *Kiyutin c. Russie*, *op. cit.*, §56). La Cour EDH tient également compte des observations des Comités onusiens ou de la Commission des droits de l'homme. V. ici FRA, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, *op. cit.*, p. 103.

³⁴⁰⁶ En ce sens, v. DUBOUT, É., *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 63 : « la clause de lutte contre les discriminations de l'article 13 énumère une liste limitative, et par conséquent lacunaire, de motifs prohibés de discrimination ».

explicitement ciblés. De la confusion de la non-discrimination avec l'égalité en résulterait sa nature superfétatoire. Le glissement ainsi esquissé serait toutefois réducteur du fait de l'équivalence établie entre le caractère indicatif des motifs consacrés et l'assise généraliste de la non-discrimination. Même indicative, l'énumération admet une frontière à la non-discrimination, bien que le périmètre de ladite frontière demeure incertain. L'adoption de listes ouvertes ne contraint donc pas le droit de la non-discrimination à perdre son objet, à savoir l'organisation d'un contrôle prioritaire, car fondé sur des motifs précis, de certaines inégalités apparentes de traitement. Elle partage simplement le pouvoir d'opérer un tri en autorisant le juge, du fait de sa position préférentielle, à cibler les inégalités apparentes de traitement qui doivent prioritairement faire l'objet de son contrôle. Le législateur n'est pas pour autant dessaisi de cette même prérogative, qu'il continue le cas échéant d'exercer en légiférant. Le débat légitime ne porte donc pas sur la spécificité du droit de la non-discrimination au regard du principe d'égalité en France mais plutôt sur trois autres éléments : la nature des motifs consacrés, leur nombre, et l'autorité habilitée à les identifier.

911. Certains auteurs considèrent à cet égard qu'il serait nécessaire de ne conserver que les motifs reconnus comme absolument « indisponibles et handicapants »³⁴⁰⁷ pour la personne, ceux qui sont « indépendants de sa volonté »³⁴⁰⁸. Ils marquent en continuité leur perplexité face à l'inclusion dans ces listes des « choix les plus privés et les plus assumés comme l'orientation sexuelle »³⁴⁰⁹. D'autres auteurs souhaitent resserrer la liste autour des seuls critères constitutifs d'une atteinte à la dignité humaine, sans toutefois argumenter outre mesure sur la méthode permettant d'établir le lien entre les premiers et la seconde³⁴¹⁰. D'autres encore s'expliquent mal de telles limitations³⁴¹¹. Les tenants d'une conception restrictive de la nature des motifs de discrimination érigent généralement les dimensions intrinsèque et immuable de la caractéristique comme conditions de sa possible

³⁴⁰⁷ BIOY, X., « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », *op. cit.*, p. 84 : « Pour rester lisible, la non-discrimination ne saurait fonder son interdit sur trop d'éléments qui relèvent de la seule volonté de l'individu. Dans l'absolu, il faut exiger un élément considéré comme indisponible et handicapant (sous réserve des évolutions scientifiques) ».

³⁴⁰⁸ *Idem*, p. 72 : « Le premier réflexe est pourtant d'avoir une conception étroite du champ de la non-discrimination » ; « les motifs principalement retenus sont ceux qui apparaissent indisponibles au sujet, indépendants de sa volonté ».

³⁴⁰⁹ *Ibidem* : « Comment appréhender alors l'extension du concept qui est opérée dans ces deux directions, tant par la doctrine, souvent très militante sur ce point, que par le droit positif, législateur et juges confondus, qui ne cessent d'étendre la liste des motifs interdits aux choix les plus privés et les plus assumés comme l'orientation sexuelle ».

³⁴¹⁰ LEPAGE, A., « Les motifs discriminatoires : regard du pénaliste », *loc. cit.* L'auteure plaide « pour une approche plus cohérente et plus resserrée des critères de la discrimination constitutive d'une atteinte à la dignité humaine » et s'interroge : « banaliser les critères de discrimination par leur démultiplication, n'est-ce pas affadir la dignité ? ».

³⁴¹¹ DUBOUT, É., *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 62 : « on comprend d'ailleurs mal pourquoi seuls certains motifs de distinction seraient discriminatoires à l'exclusion de tous les autres ». V. plus loin au sujet de la liste limitative de l'article 13 du traité CE, p. 63 : « ce choix en faveur d'une liste "fermée" de motifs prohibés s'explique mal ».

consécration législative³⁴¹². Le législateur français – comme la Cour EDH³⁴¹³ – désavoue sans ambiguïté cette conception tant la plupart des motifs énumérés ne sont pas relatifs à des caractéristiques intrinsèques ou immuables. Qu'il s'agisse de la grossesse, de l'âge, de l'apparence physique, du handicap ou de l'état de santé, de la langue, de la vulnérabilité économique, des convictions politiques, de la religion, ou encore de l'état civil, englobant la situation de famille, le nom de famille et même le sexe, ces critères ne sont pas immuables mais tous sont au contraire sujets à variation, certaine ou potentielle³⁴¹⁴. La préservation d'un noyau dur des seules caractéristiques intrinsèques à la personne au sein de listes limitatives nous semble par conséquent une position éminemment réductrice.

912. Indépendamment de la nature des motifs, certains marquent une préférence pour une liste resserrée. Une poignée de caractéristiques relatives aux groupes qui ont été particulièrement marginalisés et exclus par le passé est alors ciblée. L'idée sous-jacente est d'ériger une protection à l'encontre de nouveaux traitements défavorables. D'autres plaident pour une liste plus fournie, sous réserve qu'elle demeure circonscrite, afin de préserver le caractère prioritaire et opérationnel du contrôle³⁴¹⁵. Soulignons ici que l'extension du contrôle à de nouvelles caractéristiques charrie une exigence rehaussée de réalisation du principe d'égalité par la non-discrimination. Plus le nombre de motifs est conséquent, plus le contrôle du juge est large pour évaluer *in concreto* la justification des inégalités apparentes de traitement qui sont contestées devant lui. Perçu sous cet angle, l'accroissement des listes peut dessiner un horizon désirable, sous la stricte condition que le contrôle juridictionnel demeure opérationnel³⁴¹⁶.

913. Quant au point de savoir quelles autorités peuvent être habilitées à identifier les caractéristiques protégées, il rejoint le débat particulièrement prégnant en droit de la non-discrimination relatif à la conception de l'office du juge³⁴¹⁷. Le caractère limitatif des listes peut être

³⁴¹² Nous nous référons aux nombreux échanges lors du colloque organisé par le Défenseur des droits les 18 et 19 janvier 2018, *Multiplication des critères de discrimination*, à Paris.

³⁴¹³ COUR EDH, 4^e sect., 13 juillet 2010, *Clyft v. United Kingdom*, *op. cit.*, § 56-59 : « *The Court therefore considers it clear that while it has consistently referred to the need for a distinction based on a "personal" characteristic in order to engage Article 14 [...], the protection conferred by that Article is not limited to different treatment based on characteristics which are personal in the sense that they are innate or inherent* ».

³⁴¹⁴ Argument notamment souligné in *Commission des droits de la personne c. Société de portefeuille du groupe Desjardins*, 1997 QCTDP 47 (CanLII) : « les caractéristiques personnelles identifiées dans la Charte comme étant des motifs interdits d'exclusion ou de préférence ne sont pas nécessairement des caractéristiques permanentes. Tous reconnaissent que ni l'âge d'une personne ni la grossesse ne sont des conditions permanentes. Par ailleurs, de nos jours, ni la religion, ni les convictions politiques, ni la langue, ni la condition sociale, ni l'état civil ni même le sexe ainsi que l'orientation sexuelle, ne sont des caractéristiques personnelles immuables. L'être humain n'est pas statique. Son état, sa personnalité et bon nombre de ses caractéristiques personnelles changent continuellement ».

³⁴¹⁵ Sur l'organisation de ce contrôle comme fonction du droit de la non-discrimination, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, I, B.

³⁴¹⁶ V. *ibidem*.

³⁴¹⁷ BIOY, X., « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », *op. cit.*, p. 75 : « On sera donc d'accord avec François Chabas : "on se prend alors à penser que la "grille" est laissée à la conscience et au sentiment du juge" ». Sur la remise

perçu comme une restriction salubre, conformément à une tradition juridique française peu encline aux initiatives jurisprudentielles. La présence de listes indicatives ne semble pourtant pas être problématique en droit français. L'article L. 1132-1 du Code du travail, qui énonce les domaines d'application de l'interdiction de la discrimination, précise en effet qu'aucune personne ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire, « notamment » en matière de rémunération, de mesures d'intéressement, de formation, de reclassement, etc. Comme le relève Morgan Sweeney, la Cour de cassation a saisi l'occasion fournie par l'adverbe et s'est sentie parfaitement libre d'élargir les domaines de l'interdiction à la rupture de la période d'essai³⁴¹⁸. Il serait encore possible de relativiser l'incompatibilité du droit français aux listes ouvertes de motifs de discrimination en soulignant qu'une liste indicative est d'ores et déjà applicable en France. Il s'agit de la liste de l'article 14 de la Convention EDH, telle qu'interprétée par les juges de Strasbourg qui n'hésitent pas à consacrer par voie jurisprudentielle des critères ou situations analogues³⁴¹⁹.

914. Sous réserve d'admettre une nature plurielle et un nombre relativement étendu des motifs consacrés, tout en acceptant leur possible identification jurisprudentielle, les listes ouvertes pourraient se révéler bénéfiques. Elles permettraient de stopper la profusion des critères en droit interne et de combler les angles morts inhérents à des énumérations limitatives. À supposer un éventuel passage à des listes ouvertes en France, cette possibilité – encore lointaine – devrait en toute hypothèse être restreinte au droit civil et au droit administratif en raison du principe d'interprétation stricte de la loi pénale. Elle achèverait de rompre le mythe d'un contrôle juridictionnel strictement encadré par des motifs un à un consacrés par le législateur. Ce mythe peut d'ores et déjà être amplement relativisé au regard des interprétations « constructives »³⁴²⁰ et extensives qu'il convient à présent d'envisager.

en cause de l'office traditionnel du juge comme fondement de la critique doctrinale du droit de la non-discrimination, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 3, I. V. encore Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, II, B, 1).

³⁴¹⁸ Cass. soc., 16 février 2005, n° 02-43.402, *Bull. V.*, n° 52, p. 45. V. SWEENEY, M., *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, *op. cit.*, p. 146-147.

³⁴¹⁹ À cette disposition de droit européen s'ajoute l'article 26 du PIDCP qui formule également une liste indicative de motifs : « la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation » (nous soulignons). Quant à l'article 13 du traité CE, pour un plaidoyer visant à considérer – en dépit du sens des débats préparatoires – la liste des motifs comme indicative, v. DUBOUT, É., *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 159-161.

³⁴²⁰ Le terme est ici emprunté à la HALDE, Délibération n° 2009-103, du 16 février 2009.

B. Les interprétations constructives et extensives des motifs

915. Afin de contourner l'aspect limitatif des listes, l'absence de consécration légale du motif qui fonde le traitement défavorable débouche parfois sur une interprétation téléologique et instrumentale d'un autre motif, quant à lui consacré, pour pouvoir malgré tout appréhender le litige sous l'angle de la discrimination. Les juridictions françaises soumises au carcan des listes fermées ont ainsi su s'en affranchir par le biais d'interprétations constructives (1). En complément, l'interprétation extensive des contours d'un critère et des situations qu'il recouvre (*e.g.* degré du handicap, conception de la vulnérabilité économique, des mœurs) peut à son tour favoriser l'appréhension de situations marginales (2). De telle sorte que l'audace des juridictions, même conditionnée, trouve dans l'interprétation du motif un terrain d'expression et un moyen d'extension des protections antidiscriminatoires.

1) Les interprétations constructives, une réponse au caractère limitatif des listes

916. Les juridictions françaises ont parfois procédé – d'elles-mêmes ou sur invitation des cours européennes – à des interprétations inclusives d'un motif explicitement énuméré afin que celui-ci permette d'appréhender le traitement défavorable fondé sur une caractéristique distincte, qui fait souvent l'objet d'une consécration autonome à l'étranger. Ce phénomène nuance le bouleversement que constituerait l'introduction d'une liste ouverte en droit interne et illustre la mise en échec des listes fermées en tant que modalité d'encadrement des extensions prétoriennes du droit de la non-discrimination. Il formule par ailleurs une alternative crédible à la consécration législative – ou jurisprudentielle – d'un motif nouveau comme unique moyen de maximisation des protections juridiques antidiscriminatoires. Si elle stimule généralement la fonction créatrice des juridictions, l'introduction d'une liste ouverte n'est en conséquence pas indispensable. Pour illustrer ce phénomène d'interprétation constructive en l'absence de motif explicitement consacré, divers exemples peuvent être mobilisés.

917. Dans plusieurs cas d'espèce, une salariée contestait ses conditions d'emploi et les considérait comme discriminatoires en raison du refus d'aménagement de son temps de travail afin de lui permettre d'allaiter son enfant. Pour sanctionner un tel refus de la part de l'employeur, est-il indispensable de reconnaître explicitement l'allaitement parmi les motifs de discrimination comme le font plusieurs législations australiennes³⁴²¹ ? Le tribunal administratif de Cergy-Pontoise, la cour

³⁴²¹ Art. 7 du *Queensland Anti-Discrimination Act*, 1991, art. 7 de l'*Australian Capital Territory Discrimination Act*, 1991, ou encore art. 19 du *Northern Territory Anti-Discrimination Act*, 1996.

administrative d'appel de Paris³⁴²² et la CJUE³⁴²³ répondent par la négative et acceptent d'appréhender la situation par le biais du sexe. Les juridictions françaises peuvent par conséquent solliciter ce critère pour sanctionner des traitements défavorables injustifiés et fondés sur l'allaitement. Certains législateurs choisissent pourtant de consacrer un critère complémentaire. Comme le précise très clairement la CJUE, il ne s'agit pas dans cette hypothèse de qualifier le traitement défavorable fondé sur l'allaitement de discrimination indirecte fondée sur le sexe, en ce que ce traitement – en apparence neutre – aurait un effet défavorable particulièrement marqué à l'encontre des femmes. Ce traitement est qualifié de discrimination directe fondée sur le sexe³⁴²⁴.

918. Suivant cette même dynamique, la HALDE et la CJUE eurent à connaître de traitements défavorables fondés sur la taille, notamment en raison de règles qui fixaient une taille minimale comme condition de recrutement. La HALDE se contente pour appréhender ce type de situation de mobiliser le motif de l'apparence physique dans le cadre de la discrimination indirecte³⁴²⁵. Plusieurs délibérations à caractère général retiennent en ce sens la discrimination fondée sur l'apparence physique lorsqu'une exigence de taille est fixée pour l'intégration d'un corps de métier, qu'il s'agisse du métier de surveillant pénitentiaire³⁴²⁶, de policier³⁴²⁷ ou de sapeur-pompier³⁴²⁸. Quant à la CJUE, le droit communautaire n'ayant pas consacré ce motif de l'apparence physique, elle lui préfère le fondement du sexe. Elle se place, elle aussi, dans le cadre de la discrimination indirecte en raison de l'effet d'exclusion disproportionné à l'égard des femmes suscité par une règle qui fixe une exigence minimale de taille en vue d'un recrutement. Telle est la solution exposée dans

³⁴²² TA Cergy-Pontoise, 19 juin 2008, n° 0305320, puis CAA Versailles, 29 juin 2010, n° 08VE02701. Le recours fut certes rejeté car non fondé, mais en l'absence de reconnaissance du motif de l'allaitement, les moyens soulevés et les motifs de la décision se situaient par rapport au critère du sexe. En substance, la motivation était la suivante : considérant « que Mme A. soutient qu'elle a été victime d'un harcèlement moral et de discrimination fondée sur le sexe de la part de ses supérieurs hiérarchiques [...]. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, malgré les avertissements et mises en garde relatifs aux sanctions qu'elle encourait si elle n'observait pas les horaires de travail, alors que des aménagements allant même [...] jusqu'à l'obtention d'une dérogation exceptionnelle sur les plages fixes de travail, ont été pris en sa faveur, Mme A. a persisté dans son attitude en ne respectant pas les horaires de travail et a refusé de se conformer aux instructions de ses supérieurs hiérarchiques ; [...] qu'ainsi, Mme A. n'est pas fondée à soutenir qu'elle a été victime d'agissements répétés constitutifs de harcèlement moral ; que les absences délibérées et répétées de l'intéressée dont la matérialité est établie par les pièces du dossier, constituent pour un fonctionnaire, et dès lors que ces absences ont fait reporter sur ses collègues la charge de travail, une faute professionnelle de nature à justifier une sanction disciplinaire ».

³⁴²³ CJUE, 5e ch., 19 octobre 2017, *Elda Otero Ramos*, aff. C-531-15, pt. 60 : « tout traitement moins favorable d'une travailleuse en raison de sa condition de femme allaitante [...] constitue [...] une discrimination directe fondée sur le sexe ».

³⁴²⁴ *Ibidem*.

³⁴²⁵ HALDE, Décision n° 2011-26 du 31 janvier 2011 : « La candidature de la réclamante à un poste de crêpière a été rejetée en raison de sa petite taille. L'employeur fait valoir que ses installations ne permettent pas à la réclamante d'occuper ce poste sans danger. Si l'objectif de sécurité poursuivi par l'employeur paraît légitime, il ne démontre pas que le rejet de la candidature de la réclamante était proportionné au regard de l'objectif à atteindre. La pratique consistant du fait de l'installation des postes de travail, à écarter la candidature de la réclamante est constitutive d'une discrimination indirecte fondée sur l'apparence physique ».

³⁴²⁶ HALDE, Délibération n° 2010-272 du 13 décembre 2010.

³⁴²⁷ HALDE, Délibération n° 2010-273 du 13 décembre 2010.

³⁴²⁸ HALDE, Délibérations nos 2011-44, 2011-45 et 2011-46 du 28 février 2011.

la décision *Maria-Eleni Kalliri* du 18 octobre 2017³⁴²⁹. Quelques députés français proposèrent en 2017 de faire de la taille un nouveau motif de discrimination³⁴³⁰ car « ce sont plusieurs dizaines de milliers de personnes, sur l'ensemble du territoire et sur les réseaux sociaux, qui expriment là une véritable revendication [et], dans une douzaine de pays européens, ce critère est pris en compte »³⁴³¹. L'échec de cette initiative n'entrave en rien la sanction des situations visées, précisément en raison de l'appréhension dérivée de la taille par le sexe ou par l'apparence physique.

919. Dans le cadre de la discrimination directe, les interprétations constructives permettent en conséquence de protéger une sous-acceptation d'un motif énuméré, quand bien même serait-il consacré à part entière et de manière autonome par d'autres législations (*e.g.* allaitement et sexe). Mais ces interprétations permettent également d'appréhender certaines caractéristiques non consacrées dans le cadre de la discrimination indirecte, en les érigeant en vecteurs de l'effet défavorable. Lorsqu'elle repose sur cette caractéristique, la règle en apparence neutre – et par conséquent non suspecte – se mue en présomption de discrimination indirecte en raison du désavantage particulier qu'elle engendre au regard d'un motif consacré³⁴³² (*e.g.* taille et apparence physique, taille et sexe). Quel que soit le biais choisi par la juridiction, l'effet demeure l'élargissement de l'emprise du droit de la non-discrimination et des protections qu'il véhicule.

920. Il serait possible d'objecter que l'appréhension des caractéristiques susmentionnées n'exige pas une émancipation trop poussée à l'égard de la lettre des dispositions législatives. L'analyse pourrait néanmoins être répétée au regard des consécutions variables des motifs en droit interne. Il suffit pour cela de considérer la discrimination fondée sur la situation de maternité, reconnue uniquement par la loi du 27 mai 2008 en tant que motif annexe. Ce motif ne trouve-t-il à s'appliquer que lorsque la loi du 27 mai 2008 fonde le recours ? Apparemment non, puisqu'au regard du contentieux fondé sur l'article L. 1132-1 du Code du travail, qui ne le consacre pas, trois hypothèses se détachent. La situation de maternité bénéficie systématiquement des protections antidiscriminatoires en étant rattachée soit aux motifs de la grossesse et du sexe³⁴³³, soit aux motifs

³⁴²⁹ CJUE, 1^e ch., 18 octobre 2017, *Maria-Eleni Kalliri*, aff. C-409/16, pt. 44 : « les dispositions de la directive 76/207 doivent être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à une réglementation d'un État membre [...] subordonnant l'admission des candidats au concours d'entrée à l'école de police de cet État membre, quel que soit leur sexe, à une exigence de taille physique minimale de 1,70 m, dès lors que cette réglementation désavantage un nombre beaucoup plus élevé de personnes de sexe féminin par rapport à des personnes de sexe masculin ».

³⁴³⁰ Amendement CS828 de Mme Chantal Guittet, examiné par la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi « égalité et citoyenneté », jeudi 16 juin 2016, séance de 15 heures, compte rendu n° 17.

³⁴³¹ Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi « égalité et citoyenneté », jeudi 16 juin 2016, séance de 15 heures, compte rendu n° 17 (intervention de Razy Hammadi).

³⁴³² Sur ce point, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, I, B, 1).

³⁴³³ CA Angers, ch. soc., 16 avril 2013, n° 11/01063 : « Mme Karine X... présente des éléments de fait laissant supposer l'existence à son égard, dans le cadre de son licenciement, d'une discrimination liée à son sexe, voire à sa récente grossesse ayant donné lieu à un congé de maternité jusqu'au 17 décembre 2009 ».

de la grossesse et de l'état de santé – quand bien même la discrimination eût été formulée sous l'angle de la situation de famille par la requérante³⁴³⁴ –, soit au seul motif de la grossesse³⁴³⁵. La chambre sociale de la Cour de cassation est même allée jusqu'à évoquer une « discrimination liée au congé de maternité »³⁴³⁶ en se fondant sur l'article L. 1132-1 du Code du travail qui ne mentionne rien de tel. *Quid* dès lors de la nécessité de consacrer la maternité comme motif à part entière puisque la situation peut aisément être couverte par d'autres motifs existants ? Il en va de même pour les opinions philosophiques reconnues exclusivement par la loi Le Pors. La situation ne serait-elle pas rattachée par les juges aux opinions politiques ou aux mœurs lorsque le requérant se prévaut d'un autre fondement ? Le Défenseur des droits qualifie par exemple le traitement défavorable des objecteurs de conscience de discrimination fondée sur les « convictions »³⁴³⁷ – du moins lorsque ce motif figurait encore à l'article 1 de la loi de 2008, avant sa suppression en 2016³⁴³⁸.

921. Au-delà du seul cas français, d'autres juridictions ont, de longue date, opté pour ce type d'interprétations constructives³⁴³⁹, précisément afin de ne pas priver les dispositions antidiscriminatoires de leurs effets. Simplement, contrairement aux développements jurisprudentiels français, cette orientation stratégique est explicite et argumentée. À titre

³⁴³⁴ CA Angers, ch. soc., 2 février 2016, n° 13/01210 : « Devant la juridiction prud'homale, la salariée a complété ses demandes en nullité des avertissements et de son licenciement comme discriminatoires à raison de sa situation de famille et en paiement de diverses sommes au titre de la rupture du contrat de travail » ; « Aux termes de l'article L. 1132-1 du Code du travail, aucune personne ne peut être sanctionnée, licenciée ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, en raison de (...) sa situation de famille ou de sa grossesse... ou en raison de son état de santé » ; puis, « L'article L. 1132-1 prohibe tout licenciement prononcé en raison de la situation de famille ou l'état de santé d'un salarié » (nous soulignons).

³⁴³⁵ Cass. soc., 28 septembre 2016, n° 14-26.387, inédit : « Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que la salariée s'était vue, à son retour de congé de maternité, retirer une part significative de sa clientèle, élément laissant supposer l'existence d'une discrimination en raison de sa grossesse, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés ». V. encore Cass. soc., 30 avril 2014, n° 13-11.422, inédit.

³⁴³⁶ Cass. soc., 5 octobre 2016, n° 15-16.923, inédit : « pour rejeter la demande au titre de la discrimination liée à son congé de maternité, l'arrêt retient, après avoir examiné successivement les faits allégués que la salariée ne justifie d'aucune discrimination liée à son congé de maternité et parental [...] ; Qu'en statuant ainsi, en procédant à une appréciation séparée de chaque élément invoqué par la salariée [...] la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

³⁴³⁷ DÉFENSEUR DES DROITS, Décision n° 2017-064 du 23 février 2017.

³⁴³⁸ Ici, v. encore les propos de Gwénaële Calvès au sujet de l'interprétation constructive du motif des convictions aux fins de protection des activités syndicales in CALVÈS, G., « "De manière générale..." : le Conseil d'État face au droit communautaire de la non-discrimination », *loc. cit.* : « Les "convictions syndicales" entrent-elles dans le champ de la directive ? Il n'est pas vraisemblable que la Cour de justice, lorsqu'elle sera appelée à dégager à ce sujet l'interprétation autonome et uniforme qui s'impose pour toutes les caractéristiques protégées par les directives anti-discriminatoires, ira aussi loin que le Conseil d'État français ». Pour un aperçu des enjeux inhérents à l'interprétation du contenu des motifs, v. à titre d'illustration CALVÈS, G., « Le critère "religion ou convictions", même sens et même portée à Luxembourg et à Strasbourg ? », *Dr. Soc.*, 2018, p. 323.

³⁴³⁹ Les juridictions canadiennes assimilent ainsi un traitement défavorable fondé sur la grossesse à une discrimination fondée sur le sexe (v. *Brooks c. Canada Safeway Ltd*, [1989] 1 RCS 1219, par. 38 ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Société de l'assurance automobile)*, 2003 QCTDP 33421 (CanLII) ; *Commission des droits de la personne c. Lingerie Roxana Ltée*, 1995 QCTDP 3209 (CanLII) ; ou encore *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Bourdon et autre) c. Montréal (Ville de)*, 1997 QCTDP 17156 (CanLII)). De même, à défaut de consécration du critère de l'identité de genre, les traitements défavorables fondés sur le transsexualisme sont également sanctionnés par le biais de la discrimination fondée sur le sexe (*Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maison des jeunes*, 1998 QCTDP 28 (CanLII)).

d'illustrations, quatre rhétoriques directrices peuvent être distinguées lorsqu'est analysée la motivation des juridictions canadiennes qui procèdent à des interprétations constructives. Ces dernières avancent systématiquement soit une justification d'ordre pragmatique³⁴⁴⁰, soit une explication relative à la nécessité d'une appréciation souple et contextuelle de la législation³⁴⁴¹, soit elles assument la défense d'une interprétation évolutive³⁴⁴², ou bien encore d'une interprétation téléologique du droit de la non-discrimination³⁴⁴³.

922. Toujours est-il que le sens comme l'opportunité du caractère limitatif des listes peuvent être questionnés à la lueur de ces décisions, indépendamment de la reconnaissance de critères analogues. Ces interprétations constructives suffisent en effet à remettre en question le cadrage binaire entre motifs consacrés et motifs non consacrés en droit positif. Quel intérêt dès lors à reconnaître à part entière la discrimination fondée sur l'exercice d'un mandat électif local quand celle fondée sur les opinions politiques permettait de l'appréhender sans difficulté ? Le débat relatif au nombre et à la nature des motifs énumérés au sein des listes en droit positif français devrait, selon nous, tenir compte des interprétations constructives. Sans se limiter aux caractéristiques innées ou immuables, ni aux caractéristiques qui permettent la protection des seuls groupes historiquement désavantagés, conceptions qui semblent toutes deux éminemment restrictives, un équilibre pourrait reposer sur une conception « matricielle » et « instrumentale » des motifs énumérés. Considérant le potentiel des interprétations constructives, et dans l'hypothèse du

³⁴⁴⁰ Ainsi, lorsqu'il est question d'appréhender la grossesse par le biais du critère du sexe, il est avancé que : « le traitement désavantageux [...] découlait entièrement de leur grossesse, un état exclusivement féminin. Elles étaient enceintes à cause de leur sexe. La discrimination fondée sur la grossesse est une forme de discrimination fondée sur le sexe à cause de la réalité biologique que seules les femmes ont la possibilité de devenir enceintes [...]. Seules les femmes portent des enfants ; aucun homme n'en a la possibilité [...]. Quoique la discrimination fondée sur la grossesse ne puisse frapper qu'une partie d'un groupe identifiable, elle ne peut frapper personne en dehors de ce groupe » (*Brooks c. Canada Safeway Ltd*, [1989] 1 RCS 1219). De manière proche, lorsqu'est envisagée l'appréhension du transsexualisme par le biais du critère du sexe, est précisé que : « la condition des transsexuels ne se comprend donc que si l'on se résigne au relativisme des concepts tels, sexe, genre, homme, femme [...]. Le terme "sexe" a donc beaucoup plus qu'une valeur taxinomique et montre les grandes insuffisances du modèle binaire à propos d'une classification qui a pu passer pour l'archétype du modèle lui-même [...]. Le sexe non seulement s'entend de l'état d'une personne mais encore comprend le processus même d'unification, de transformation que constitue le transsexualisme [...]. Nous ne voyons pas comment la discrimination fondée sur l'état de transsexuel ou sur le processus de transsexualisme pourrait être autre chose finalement que de la discrimination fondée sur le sexe » (*Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maison des jeunes, loc. cit.*).

³⁴⁴¹ « L'évaluation du caractère discriminatoire de distinctions fondées sur un motif particulier, dans une situation donnée, exige une méthode souple qui tienne compte du contexte » (*Miron c. Trudel, op. cit.*, p. 440).

³⁴⁴² « Le caractère limitatif des critères illicites de discrimination [...] impose qu'il faille définir ces critères d'une manière large afin de leur permettre d'atteindre leur finalité, et ce en conformité avec l'évolution de la société » (*Slaight Communications Inc. C. Davidson*, [1989] 1 RCS 1038). V. encore *Ontario Home Builders Ass. c. Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 RCS 929, par. 145.

³⁴⁴³ « On doit interpréter la [législation antidiscriminatoire] de manière à promouvoir les considérations de politique générale qui la sous-tendent. Il s'agit là d'une tâche qui devrait être abordée non pas parcimonieusement mais d'une manière qui tienne compte de la nature spéciale d'une telle loi [qui] exprime certains objectifs fondamentaux de notre société. [Il est nécessaire] de reconnaître et de donner effet pleinement aux droits énoncés dans ladite loi, conformément à la *Loi d'interprétation* qui exige que les lois soient interprétées de la façon juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets » (nous soulignons) (*Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 RCS 84, p. 89 et 90).

maintien de listes fermées en droit interne, il s'agirait en somme de réduire le nombre de motifs consacrés au sein des listes en veillant à maintenir ceux considérés comme principaux (*e.g.* origine, état de santé, sexe, opinions politiques) qui permettent d'en subsumer d'autres (*e.g.* ethnique, prétendue race, nom de famille, perte d'autonomie, caractéristiques génétiques, grossesse, maternité, exercice d'un mandat électif local). Un tel horizon demeure toutefois périlleux et pourrait conduire à un affaiblissement des protections antidiscriminatoires en l'absence de généralisation des interprétations constructives par les juridictions. Or, l'anticipation de ce phénomène serait pour l'heure sans doute précoce. Pour sécuriser ces interprétations, des législateurs étrangers font par exemple le choix d'une liste limitée des motifs, doublée d'une disposition interprétative insérée au sein de la loi de consolidation qui précise, à titre indicatif, les principales situations susceptibles d'être appréhendées par chacune des caractéristiques listées³⁴⁴⁴. Cette articulation apparaît judicieuse³⁴⁴⁵.

923. En continuité des interprétations constructives, l'audace des juridictions peut encore servir la protection antidiscriminatoire lorsqu'elle conduit à définir largement le stigmate³⁴⁴⁶ qui est associé à la caractéristique considérée (*e.g.* handicap, vulnérabilité économique, lieu de résidence, mœurs).

2) Les interprétations extensives des motifs, une technique de protection rehaussée

924. Une interprétation extensive des motifs de discrimination a parfois semblé nécessaire en complément pour appuyer « la réalisation de l'objectif général des lois antidiscrimination, soit la

³⁴⁴⁴ V. not. Art. 4 du *Victoria Equal Opportunity Act* : « *disability means: (a) total or partial loss of a bodily function; or (b) the presence in the body of organisms that may cause disease; or (c) total or partial loss of a part of the body; or (d) malfunction of a part of the body, including – (i) a mental or psychological disease or disorder; (ii) a condition or disorder that results in a person learning more slowly than people who do not have that condition or disorder; or (e) malformation or disfigurement of a part of the body – and includes a disability that may exist in the future (including because of a genetic predisposition to that disability) and, to avoid doubt, behaviour that is a symptom or manifestation of a disability* » ; « *gender identity means: (a) the identification on a bona fide basis by a person of one sex as a member of the other sex (whether or not the person is recognised as such) – (i) by assuming characteristics of the other sex, whether by means of medical intervention, style of dressing or otherwise; or (ii) by living, or seeking to live, as a member of the other sex; or (b) the identification on a bona fide basis by a person of indeterminate sex as a member of a particular sex (whether or not the person is recognised as such) – (i) by assuming characteristics of that sex, whether by means of medical intervention, style of dressing or otherwise; or (ii) by living, or seeking to live, as a member of that sex* » ; « *political belief or activity means – (a) holding or not holding a lawful political belief or view; (b) engaging in, not engaging in or refusing to engage in a lawful political activity* » ; « *race includes – (a) colour; (b) descent or ancestry; (c) nationality or national origin; (d) ethnicity or ethnic origin; (e) if 2 or more distinct races are collectively referred to as a race – (i) each of those distinct races; (ii) that collective race* ». V. encore art. 4 du *Northern Territory Anti-Discrimination Act* : « *marital status means whether a person is: (a) single; or (b) married; or (c) married but living separately and apart from the person's spouse; or (d) married, or has been married, to a particular person; or (e) divorced; or (f) widowed; or (g) a de facto partner; or (h) the de facto partner, or was the de facto partner, of a particular person* » ; « *sexuality means the sexual characteristics or imputed sexual characteristics of heterosexuality, homosexuality, bisexuality or transsexuality* ». V. encore à titre d'illustration les définitions des motifs par les dispositions des lois de consolidation néo-zélandaise (*Human Rights Act*, 1993, not. art. 21) et sud-africaine (*Prevention of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act*, 2000, not. art. 1).

³⁴⁴⁵ Là encore, soulignons que le droit de la non-discrimination fournit un cadre de justifications, de comparaison et de proportion (v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, II, B). L'énumération de situations non-exhaustives n'est, de ce point de vue, pas problématique.

³⁴⁴⁶ SOLANKE, I., *Discrimination as Stigma : A Theory of Anti-Discrimination Law*, *op. cit.*

prévention des distinctions défavorables établies sur le fondement de caractéristiques personnelles non pertinentes »³⁴⁴⁷. Il s'agit moins d'interpréter un motif de telle sorte qu'il puisse englober plusieurs caractéristiques consacrées à part entière dans d'autres systèmes juridiques (*e.g.* le sexe couvrant la situation de grossesse, de maternité ou encore la taille) que de s'intéresser au seuil à partir duquel la perception d'une caractéristique devient stigmaté selon les juridictions. L'addiction au jeu est-elle protégée au titre de l'état de santé ? La situation d'un étudiant boursier caractérise-t-elle une situation de vulnérabilité économique³⁴⁴⁸ ? Une personne sans domicile fixe est-elle couverte par le lieu de résidence³⁴⁴⁹ ? L'enjeu est alors d'éviter une interprétation trop restrictive des situations visées par les motifs consacrés afin de conférer un effet utile au droit de la non-discrimination. S'il est inenvisageable de développer dans cette étude les situations couvertes par l'ensemble des motifs de manière exhaustive³⁴⁵⁰, il est possible d'illustrer le propos sur l'interprétation extensive comme maximisation des protections juridiques en prenant pour exemple le cas du handicap.

925. La CJUE interprète le motif du handicap au sens des directives communautaires comme « une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle »³⁴⁵¹. L'article L. 5213-1 du Code du travail dispose en droit interne qu'un travailleur handicapé est une 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 (*sic*)³⁴⁵² ». Ces définitions, relativement larges, sont néanmoins précisées par l'article L. 114 du Code de l'action sociale et des familles qui considère le handicap comme une « 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 psychologiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant ». Cette dernière disposition, en ce qu'elle se réfère à une altération substantielle et durable, restreint le périmètre de la qualification. La souplesse dans l'interprétation du handicap comme motif de discrimination semble ainsi conditionnée par l'appréciation de trois facteurs qu'il convient de décliner, en l'occurrence la durabilité, la réalité et la gravité.

³⁴⁴⁷ *B c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [2002] 3 RCS 403, p. 404.

³⁴⁴⁸ Pour une analyse critique de l'introduction de ce motif, v. THARAUD, D., « Étude critique du motif de discrimination résultant de la vulnérabilité économique », *RDLF*, chron. n° 5, 2017.

³⁴⁴⁹ Pour une réponse positive, DÉFENSEUR DES DROITS, règlement amiable n° 14-005390, 14 avril 2015.

³⁴⁵⁰ Pour un aperçu détaillé quoique non exhaustif des interprétations extensives des motifs par le Défenseur des droits comme vecteur de l'expansion de la non-discrimination, v. SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 134-156.

³⁴⁵¹ CJUE, 2^e ch., 11 avril 2013, *HK Danmark*, aff. C-335/11, pt. 41. V. ici BOUJEKA, A., « La définition du handicap en droit international et en droit de l'Union européenne », *D.*, 2013, p. 1388.

³⁴⁵² L'usage du pluriel diffère entre la formule du Code du travail (art. L. 5213-1) et celle, plus adéquate, du Code de l'action sociale et des familles (art. L. 114).

926. Outre sa mention au sein du Code de l'action sociale et des familles, la condition de durabilité du handicap se retrouve à la fois dans la Convention relative aux droits des personnes handicapées de l'ONU³⁴⁵³ ainsi que dans la jurisprudence de la CJUE. Dans son arrêt *HK Danmark* de 2013, la Cour reprend cette condition et considère que la qualification du handicap repose sur le constat d'« incapacités physiques, mentales ou psychiques [qui] doivent être durables »³⁴⁵⁴. Elle précise par la suite qu'une maladie peut relever du handicap dès lors qu'elle provoque une limitation « de longue durée »³⁴⁵⁵, reprenant ainsi – pour partie – sa jurisprudence *Chacon Navas* de 2006³⁴⁵⁶. Comme le souligne Augustin Boujeka³⁴⁵⁷, la CJUE fut bien en peine lorsqu'il s'est agi de préciser cette condition, se contentant alors d'indiquer que « parmi les indices permettant de considérer qu'une limitation est "durable", figurent notamment le fait que, à la date du fait prétendument discriminatoire, l'incapacité de la personne concernée ne présente pas une perspective bien délimitée quant à son achèvement à court terme ou [...] le fait que cette incapacité est susceptible de se prolonger significativement avant le rétablissement de ladite personne »³⁴⁵⁸. Au-delà de l'aspect sibyllin d'une telle précision, il est possible de rejoindre l'auteur lorsqu'il s'inquiète du risque de véhiculer « inutilement et nocivement »³⁴⁵⁹ une définition « excessivement restrictive »³⁴⁶⁰. Une interprétation extensive qui vise à embrasser une palette plus ample de situations pourrait, à l'inverse, considérer qu'il n'est en aucun cas nécessaire que la déficience soit permanente, permettant alors d'étendre la protection aux handicaps intermittents³⁴⁶¹.

³⁴⁵³ « Par personnes handicapées, on 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 ».

³⁴⁵⁴ CJUE, 2^e ch., 11 avril 2013, *HK Danmark*, *op. cit.*, pt. 39. Pour un commentaire de la décision, v. not. WADDINGTON, L., « *HK Danmark (Ring and Skouboe Werge)* : Interpreting EU Equality Law in Light of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities », *European Anti-Discrimination Law Review*, n° 17, 2013, p. 13-23, not. p. 20-23.

³⁴⁵⁵ *Ibidem*, pt. 41 et 47.

³⁴⁵⁶ CJCE, Grande ch., 11 juillet 2006, *Chacon Navas*, aff. C-13/05, pt. 45 : « L'importance accordée par le législateur communautaire aux mesures destinées à aménager le poste de travail en fonction du handicap démontre qu'il a envisagé des hypothèses dans lesquelles la participation à la vie professionnelle est entravée pendant une longue période. Pour que la limitation relève de la notion de "handicap", il doit donc être probable qu'elle soit de longue durée ». En revanche, « les travailleurs ne disposent pas en droit communautaire d'une protection reposant sur l'interdiction de discrimination fondée sur le handicap dès qu'une maladie quelconque se manifeste » (pt. 46). Sur ce point, v. BOUJEKA, A., « La définition du handicap en droit international et en droit de l'Union européenne », *loc. cit.*

³⁴⁵⁷ BOUJEKA, A., « La condition de durabilité dans la définition du handicap en droit de l'Union européenne », *D.*, 2017, p. 1101.

³⁴⁵⁸ CJUE, 3^e ch., 1^{er} décembre 2016, *Daouidi*, aff. C-395/15, pt. 56. La juridiction de renvoi doit alors se fonder sur les « documents et des certificats relatifs à l'état de cette personne, établis sur la base des connaissances et des données médicales et scientifiques actuelles » (pt. 57).

³⁴⁵⁹ BOUJEKA, A., « La condition de durabilité dans la définition du handicap en droit de l'Union européenne », *loc. cit.* L'auteur souligne opportunément que cet aspect nocif de la précision se trouve renforcé pour les législations qui, contrairement à la France, ne consacrent pas de critère alternatif au handicap comme l'état de santé.

³⁴⁶⁰ BOUJEKA, A., « La définition du handicap en droit international et en droit de l'Union européenne », *loc. cit.*

³⁴⁶¹ En ce sens, v. not. *Hinze v. Great Blue Heron Casino*, 2011 HRTO 93, par. 14 (« *The fact that a physical condition is of a temporary nature does not exclude it from coverage under the Code* ») ou *Commission des droits de la personne c. Société de portefeuille du groupe Desjardins*, 1997 QCTDP 47 (CanLII) (« La prétention centrale d'Assurances Générales des Caisses est qu'au

927. La réalité de la caractéristique assignée constitue un autre enjeu des interprétations extensives. Comme souligné lors du développement relatif à la nécessaire clarification du seuil de la preuve des discriminations *prima facie*³⁴⁶², pour appréhender et sanctionner la discrimination fondée sur le handicap, il n'est pas nécessaire que la déficience soit réelle pour les juridictions canadiennes. Il suffit seulement qu'elle soit perçue, et donc supposée, peu important qu'elle soit avérée³⁴⁶³. Cette approche contextuelle, ou multidimensionnelle, est là encore dictée par des impératifs de réalisation : « les objectifs [du] droit à l'égalité et la protection contre la discrimination ne sauraient se réaliser à moins que l'on reconnaisse que les actes discriminatoires puissent être fondés autant sur les perceptions, les mythes et les stéréotypes que sur l'existence de limitations fonctionnelles réelles »³⁴⁶⁴. Par conséquent, « la nature même de la discrimination étant souvent subjective, imposer à la victime de discrimination le fardeau de prouver l'existence objective de limitations fonctionnelles est lui imposer une tâche pratiquement impossible, car les limitations fonctionnelles n'existent souvent que dans l'esprit d'autres personnes »³⁴⁶⁵. Cette approche contraste avec la jurisprudence européenne, par exemple en matière d'obésité. La CJUE considère que les directives communautaires s'accommodent de la reconnaissance de l'obésité en tant que handicap, à la condition qu'elle soit non seulement de longue durée mais qu'elle entraîne de surcroît « une limitation [faisant] obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle »³⁴⁶⁶. Ce conditionnement de la protection antidiscriminatoire tend à abaisser indûment le seuil de protection pour les victimes d'assignation identitaire, extérieure et négative, en vue d'un traitement défavorable. L'approche multidimensionnelle permet à l'opposé de sanctionner la seule prise en compte – non nécessairement déterminante³⁴⁶⁷ – de l'obésité perçue. Un refus de recrutement fondé – même partiellement – sur une évaluation médicale indiquant la mention d'une obésité morbide, sans que celle-ci entraîne de limitation fonctionnelle au quotidien ou dans l'accomplissement des tâches professionnelles, sera ainsi considéré comme une

printemps 92, madame Grenier n'avait aucun handicap, son état n'étant que temporaire. Elle souligne que la "durée" est un critère essentiel du handicap. Cette prétention n'est pas fondée »).

³⁴⁶² Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, I, A, 2).

³⁴⁶³ V. not. *Hinze v. Great Blue Heron Casino*, 2011 HRTO 93 (CanLII) : « *The definition of disability extends to the actual or perceived possibility that an individual may develop a disability in the future* ».

³⁴⁶⁴ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville) et Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, 2000, 1 RCS 665, § 39.

³⁴⁶⁵ *Ibidem*.

³⁴⁶⁶ CJUE, 4^e ch., 18 décembre 2014, *Fag og Arbejde (FOA)*, aff. C-354/13, pt. 59. V. ici v. BOUJEKA, A., « Le handicap d'obésité en droit de l'Union européenne », *D.*, 2015, p. 475 et RIEUBON, A., « Licenciement – Obésité – Motif de discrimination ou handicap ? », *JA*, n° 513, 2015, p. 12.

³⁴⁶⁷ V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, I, A, 2).

discrimination fondée sur le handicap³⁴⁶⁸. Là encore, un assouplissement de la jurisprudence européenne est possible.

928. Cette jurisprudence de la CJUE, outre qu'elle pose l'exigence d'une durabilité et d'une réalité de l'altération physique provoquée par l'obésité, fixe au surplus un seuil de gravité de la limitation fonctionnelle qui doit faire « obstacle à la pleine et effective participation » de la personne à la vie professionnelle. Cette position se trouve confirmée par les mots de Niilo Jääskinen, avocat général à la CJUE, lorsqu'il précise dans ses conclusions du 18 décembre 2014 en vue de l'arrêt *Fag og Arbejde (FOA)* que « l'obésité d'une certaine gravité pourrait constituer un handicap au sens de la directive 2000/78 »³⁴⁶⁹. Il aurait sans doute été plus protecteur de suivre la suggestion de Juliane Kokott, esquissée dans ses conclusions présentées deux ans plus tôt, le 6 décembre 2012, à l'occasion de l'arrêt *HK Danmark*. Cette dernière relevait à juste titre que « le libellé de la directive 2000/78 ne contient aucun élément qui permettrait de limiter son champ d'application à un certain degré de gravité du handicap »³⁴⁷⁰. La protection suggérée se serait notamment traduite sous la forme d'une obligation positive bien plus large d'aménagement raisonnable à la charge des employeurs³⁴⁷¹. Une fois de plus, le contraste est saisissant avec la jurisprudence canadienne qui estime que « les critères de gravité, de durée et de risques ne sont pas des exigences absolues »³⁴⁷². Reléguer ces éléments à un plan secondaire permet l'appréhension d'une multitude d'affections³⁴⁷³ qui engendrent des limitations fonctionnelles, réelles ou perçues³⁴⁷⁴. Des discriminations fondées

³⁴⁶⁸ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Bathium Canada inc.*, 2015 QCTDP 13 (CanLII). Pour la sanction d'un refus d'aménagement raisonnable lié au logement en cas d'obésité v. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Syndicat des copropriétaires "Les Condominiums Sainte-Marie"*, 2010 QCTDP 1 (CanLII). Pour la sanction d'un refus d'aménagement raisonnable en détention en cas d'obésité, v. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (A.B.) c. Québec (ministère de la Sécurité publique)*, 2013 QCTDP 19 (CanLII).

³⁴⁶⁹ Conclusions de l'avocat général M. Niilo Jääskinen présentées le 17 juillet 2014, aff. C-354/13, *FOA Fag og Arbejde*, pt. 15 (nous soulignons).

³⁴⁷⁰ Avant de reconnaître que, « cette question n'ayant toutefois ni été posée par la juridiction de renvoi ni discutée entre les parties à la procédure, elle n'a pas à être résolue ici de manière définitive ». Conclusions de l'avocate générale Mme Juliane Kokott présentées le 6 décembre 2012, aff. jointes C-335/11 et C-337/11, *HK Danmark*, *op. cit.*, pt. 35.

³⁴⁷¹ BOUJEKA, A., « La définition du handicap en droit international et en droit de l'Union européenne », *loc. cit.*

³⁴⁷² *Commission des droits de la personne c. STCUM et Gaumond*, 1996 QCTDP 20 (CanLII).

³⁴⁷³ Il n'est, cela dit, évidemment pas question de saisir toutes les maladies quotidiennes. V. not. sur ce point *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville) et Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 RCS 665, par. 82, *Ouimette v. Lily Cups Ltd.*, 1990, 12 CHRR 19 (OBI), par. 67, et *C.M. v. York Region District School Board*, 2010 HRTO 1494 (CanLII), par. 15.

³⁴⁷⁴ *Granovský c. Canada (ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 RCS 703, § 29 : « La notion de déficience doit donc englober une multitude d'affections tant physiques que mentales, superposées à une gamme de limitations fonctionnelles, réelles ou perçues, tout en reconnaissant la possibilité que la personne dite "déficiente" ne souffre d'aucune affection ni d'aucune limite en ce qui a trait à de nombreux aspects importants de sa vie ».

sur l'asthme, le diabète, l'acné³⁴⁷⁵, l'obésité, la dépendance aux drogues ou à l'alcool³⁴⁷⁶, le bégaiement³⁴⁷⁷, l'anxiété et la dépression sont alors susceptibles d'être sanctionnées³⁴⁷⁸.

929. D'autres exemples d'interprétations extensives que ceux liés au handicap pourraient être fournis. Lors de la consécration en France du motif de la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique, le refus de location fondé sur le bénéfice d'allocation logement, le refus de soin fondé sur le bénéfice de la couverture maladie universelle, de l'aide médicale d'État ou encore le refus de service d'une cantine scolaire fondé sur l'absence d'emploi des parents ont essentiellement été évoqués³⁴⁷⁹. Outre-Atlantique, la condition sociale³⁴⁸⁰ se réfère plus largement « au rang, à la place, à la position qu'occupe un individu dans la société de par sa naissance, de par son revenu, de par son niveau d'éducation, de par son occupation »³⁴⁸¹. Elle permet d'appréhender les discriminations fondées sur le bénéfice d'aide sociale³⁴⁸², sur la scolarité, l'emploi, l'absence de ressources ou les origines familiales³⁴⁸³. Des traitements défavorables en raison du statut d'étudiant³⁴⁸⁴ ou du statut de pigiste³⁴⁸⁵ du requérant peuvent, entre autres, être sanctionnés.

930. Les juridictions françaises gagneraient sans doute à emprunter davantage ces sentiers qui conduisent à un rehaussement des protections antidiscriminatoires. Quelques interprétations extensives laissent en revanche perplexes. Tel est le cas du traitement défavorable fondé sur la présence de chiens dans un logement, assimilé par la cour d'appel d'Angers à une discrimination directe fondée sur les mœurs de la propriétaire³⁴⁸⁶. L'extension des protections antidiscriminatoires par l'interprétation audacieuse des énoncés juridiques ne se réduit pas, cependant, au seul enjeu des motifs. Elle peut être

³⁴⁷⁵ Sur ces exemples, v. MORIN, A., *Le droit à l'égalité au Canada*, op. cit., p. 146-159.

³⁴⁷⁶ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Doucet*, 1999 QCTDP 49 (CanLII), ou encore *Ontario (Disability Support Program, Director) c. Tranchemontagne*, 2010 ONCA 593 (CanLII). Cette protection ne s'étend toutefois pas au simple stress professionnel : *Matbeson v. School District No. 53 (Okanagan Similkameen) and Collis*, 2009 BCHRT 112 (CanLII).

³⁴⁷⁷ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Commission scolaire des Draveurs*, 1999 QCTDP 61 (CanLII).

³⁴⁷⁸ *Ottawa (City) v. Ottawa-Carleton Public Employees' Union, Local 503*, 2007 ONSCDC 5524 (CanLII).

³⁴⁷⁹ Sur ces exemples, v. CALVÈS, G. et ROMAN, D., « La discrimination à raison de la précarité sociale : progrès ou confusion ? », *loc. cit.* et ROMAN, D., « La discrimination fondée sur la condition sociale, une catégorie manquante en droit français », *loc. cit.*

³⁴⁸⁰ V. surtout *Commission des droits de la personne c. Whitton et al.*, 1993 QCTDP 10 (CanLII) et *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Sinatra*, 1999 QCTDP 52 (CanLII), § 36-46.

³⁴⁸¹ *Commission des droits de la personne du Québec c. Centre Hospitalier St-Vincent de Paul de Sherbrooke*, tel que cité in *Commission des droits de la personne c. J.M. Bronillette Inc.*, 1994 QCTDP 191 (CanLII).

³⁴⁸² *Sejko c. Gabriel Aubé inc.*, 1999 QCCQ 10220 (CanLII), § 22-23.

³⁴⁸³ *Commission des droits de la personne c. Briand*, 1997 QCTDP 70 (CanLII) ; *Commission des droits de la personne c. Ianiro*, 1996 QCTDP 1028 (CanLII).

³⁴⁸⁴ *Lévesque c. Québec (Procureur général)*, 1987 QCCA 964 (CanLII).

³⁴⁸⁵ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Sinatra*, 1999 QCTDP 52 (CanLII), § 47-59.

³⁴⁸⁶ CA Angers, ch. soc. 30 juin 2009, n° 09/00530 : « Attendu que 'les mœurs' s'entendent et relèvent de la vie privée du salarié ; qu'en l'espèce, le fait pour Mme Y d'avoir des chiens à son domicile relève bien de sa vie privée ».

prolongée par une interprétation audacieuse des énoncés en vue de l'appréhension des nouveaux types³⁴⁸⁷ de discrimination.

II. L'appréhension contentieuse complexe des nouveaux types de discrimination

931. Initialement appréhendée sous son seul versant direct, la discrimination a progressivement dévoilé d'autres facettes comme la discrimination indirecte, l'injonction à la discrimination ou le harcèlement discriminatoire. Ces différents types façonnent conjointement la discrimination, phénomène protéiforme par excellence. Ils demeurent toutefois insuffisants pour saisir certaines manifestations de traitements défavorables. De nouveaux concepts émergent pour se référer à des situations typiques telles que la discrimination par association (A) et la discrimination multiple, y compris intersectionnelle (B). Lorsqu'ils se traduisent dans les prétoires, ces enrichissements conceptuels permettent de mieux appréhender des cas considérés comme marginaux et périphériques à la qualification initiale de discrimination. La protection pleine et entière des victimes de ces situations dépend alors de la capacité des juridictions à s'appropriier le droit de la non-discrimination, ce qui, outre l'audace, n'est pas sans exiger une certaine expertise.

A. L'appréhension précaire de la discrimination par association

932. Illustrant l'expertise et le volontarisme sous-jacents à la sanction de la discrimination par association, les premières invitations formulées en ce sens le furent par la doctrine et par des institutions de lutte contre le racisme. Pour l'ECRI, il s'agit d'appréhender les cas dans lesquels « une personne est discriminée en raison de son association ou de ses contacts avec une ou plusieurs personnes distinguées par un des motifs énumérés »³⁴⁸⁸. Ces invitations, moins dirigées à l'attention des juridictions que du législateur, sont pour le moment demeurées sans réponse en France. Les juridictions ont à défaut fait preuve d'une créativité certaine en identifiant de multiples biais pour appréhender ponctuellement certaines situations assimilables à des discriminations par association (1). L'ingéniosité et la hardiesse des juridictions demeurent néanmoins sporadiques et imparfaites. À tel point que les recommandations d'une consécration législative conservent leur pertinence (2).

³⁴⁸⁷ Sur la notion de « types » de discrimination, par contraste avec les « catégories » de discrimination, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, II, A, not. 1).

³⁴⁸⁸ ECRI, *Recommandation de politique générale n° 7 sur la législation nationale pour lutter contre la discrimination raciale*, adoptée le 13 décembre 2002 et amendée le 7 décembre 2017, CRI(2003)8REV, Strasbourg, Conseil de l'Europe, points 6 et 16.

1) Les techniques palliatives d'appréhension contentieuse de la discrimination par association

933. Quatre techniques d'interprétation qui permettent l'appréhension contentieuse de la discrimination par association méritent *a minima* d'être soulignées.

934. La première est relative à l'interprétation constructive du motif de la situation de famille. Quelques juridictions se sont en effet appuyées sur ce motif pour appréhender le lien existant entre, d'une part, la personne porteuse de la caractéristique prise en compte en vue de l'imposition du traitement défavorable et, d'autre part, la personne qui subit les effets de ce traitement. Lorsque ces dernières possèdent un lien familial quelconque, l'interprétation constructive du motif de la situation de famille permet de sanctionner la discrimination par association. Tel fut le cas en 1996 d'un refus d'embauche opposé par un employeur aux enfants de ses salariés³⁴⁸⁹. La caractéristique des victimes, en l'occurrence le fait d'être les enfants de salariés de l'entreprise, ne constituait en aucun cas un motif de discrimination. C'est en alternative une approche pragmatique qui fut adoptée pour conclure à une discrimination directe fondée *lato sensu* sur la situation de famille. Plus exactement, le traitement défavorable était fondé sur la situation particulière d'un membre de leur famille, à savoir la situation de salariat, non couverte par les motifs de discrimination énumérés. Cette technique jurisprudentielle fut reprise par la suite, notamment en 1999 par la chambre sociale de la Cour de cassation pour une affaire similaire, relative au licenciement d'un salarié fondé sur son lien de filiation avec une autre salariée de l'entreprise³⁴⁹⁰. Dans ces deux cas d'espèce, c'est le caractère de parents collatéraux qui est saisi par le motif de la situation de famille pour sanctionner le traitement défavorable fondé sur le lien existant entre deux personnes. Cette approche fut ensuite étendue pour appréhender la discrimination par association lorsque, au-delà du simple lien collatéral, c'est la caractéristique du collatéral (*e.g.* opinions politiques) qui motivait le traitement défavorable de la victime. La cour d'appel de Paris en 2014³⁴⁹¹ puis, dans la même affaire, la chambre criminelle de la Cour de cassation en 2016³⁴⁹², ont fait leur ce raisonnement au sujet d'un refus de

³⁴⁸⁹ CA Chambéry, 21 mai 1996 tel que relevé *in* DETRAZ, S., « La discrimination "par ricochet" : un aspect latent du délit de discrimination », *loc. cit.*

³⁴⁹⁰ Cass. soc., 1^{er} juin 1999, n° 96-43.617, *Bull.* V, n° 249, p. 180 : « Mais attendu que le moyen, en sa première branche, ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation faite par les juges du fond, qui ont retenu que le véritable motif de licenciement de Mme X..., qui avait donné entière satisfaction depuis son entrée en fonctions, tenait à ce qu'elle était la fille d'une autre salariée de l'entreprise ».

³⁴⁹¹ CA Paris, ch. 6-1, 16 décembre 2014 (sur renvoi après cassation, Cass. crim., 19 novembre 2013, n° 12-83.294)

³⁴⁹² Cass. crim., 21 juin 2016, n° 15-80.365, *Bull. crim.*, n° 187 : « Attendu que, infirmant le jugement sur la recevabilité de l'action de la partie civile, l'arrêt, pour retenir la culpabilité du prévenu, après avoir énoncé que le refus, par cette communauté intercommunale, de renouveler le contrat à durée déterminée de ce salarié équivalait à un refus d'embauche ou à un licenciement, ajoute que ce refus a été inspiré par des motifs discriminatoires dès lors que cette décision, dépourvue de justification économique, a été mise en œuvre selon une procédure exceptionnelle ; que les juges précisent que ce refus de renouvellement de contrat résulte de décisions adoptées à la seule initiative de M. X...,

renouvellement de contrat fondé sur l'engagement politique du frère du salarié, qui s'opposait à l'employeur de la victime dans le cadre d'une campagne électorale. Conformément au principe d'interprétation stricte du droit pénal, le mis en cause faisait valoir qu'un traitement défavorable fondé sur les opinions politiques d'un membre de la famille du requérant ne constituait ni une discrimination directe fondée sur les opinions politiques ni sur la situation de famille. Les juridictions françaises ont pourtant retenu cette dernière option. Conscientes des imperfections de cette voie, les autorités d'application du droit l'ont parfois doublée d'une reconnaissance parallèle – mais toujours timide – de la discrimination par association.

935. Il s'agit de la seconde technique d'interprétation développée pour appréhender ce type de discrimination. Cette interprétation s'est d'abord manifestée dans les délibérations de la HALDE. En dépit d'un équilibre fragile, elle possède le mérite de pousser plus avant le raisonnement envisagé ci-dessus et de paver la voie vers une pleine reconnaissance de la discrimination par association. Dans une délibération phare du 26 mars 2007, la HALDE eut à connaître du licenciement d'une salariée fondée sur l'activité syndicale de son concubin. Tout en concluant à une discrimination en raison de la situation de famille de la réclamante, en raison de ses liens avec le délégué syndical, la HALDE releva en complément que le « motif réel », le « fait générateur »³⁴⁹³ du traitement défavorable était bien l'exercice du mandat syndical. Elle conclut dès lors à l'existence d'une « forme particulière de discrimination syndicale », à savoir une « discrimination syndicale par association »³⁴⁹⁴. Cette qualification nouvelle s'ajoutait – sans se substituer – à celle de discrimination directe fondée sur la situation de famille. Dans une autre affaire, une salariée qui intervenait au sein d'un organisme de prise en charge de personnes en difficulté s'était vu interdire l'accès à un site d'accueil, où elle travaillait auparavant, en raison de la présence nouvelle de son fils handicapé sur ce site. Concluant là encore à un acte discriminatoire « en raison de la situation de famille », la HALDE ajouta qu'une « telle décision [constituait] également une discrimination par association en raison du handicap »³⁴⁹⁵. Cet équilibre précaire peut être expliqué par la tension entre la nécessité de se rattacher à un fondement législatif clair et la conscience des limites de celui-ci. Comme l'exprime parfaitement une autre délibération de la HALDE de 2009 relative à la discrimination fondée sur l'activité syndicale : « selon une interprétation constructive du Code du travail, cette sanction doit donc être considérée comme une discrimination syndicale [entendre une

dès sa prise de fonction de président de l'exécutif de la CINOR, et alors que, concomitamment, ce dernier s'opposait au frère de M. Y... dans le cadre d'une campagne électorale ; Attendu qu'en l'état de ces motifs, qui caractérisent l'infraction de discrimination en raison de la situation familiale en tous ses éléments constitutifs, la cour d'appel a justifié sa décision ».

³⁴⁹³ HALDE, Délibération n° 2007-75 du 26 mars 2007.

³⁴⁹⁴ *Ibidem*.

³⁴⁹⁵ HALDE, Délibération n° 2009-420, du 21 décembre 2009 (nous soulignons).

discrimination syndicale par association]. Selon une lecture littérale du Code du travail, elle doit, en tout état de cause, être considérée comme une discrimination fondée sur la situation de famille »³⁴⁹⁶. Cette approche jurisprudentielle fait ainsi le choix de doubler une qualification douteuse de discrimination directe fondée sur la situation de famille par une reconnaissance complémentaire de la discrimination par association.

936. Une troisième approche, propre à la Cour EDH, mérite également d'être soulignée. Dans son arrêt *Guberina c. Croatie*³⁴⁹⁷ du 12 septembre 2016, la Cour EDH eut à statuer sur la situation d'un requérant qui avait été contraint de vendre son appartement pour déménager dans un logement plus adapté au handicap de son fils. Sa demande d'exonération de taxes liées à l'achat de son nouveau logement ayant été rejetée, il estimait être l'objet d'une discrimination fondée sur le handicap de son enfant. Le refus qui lui était opposé avait pour répercussion d'entraver sa pleine jouissance du droit de propriété garantie par la Convention EDH. L'angle d'approche des juges de Strasbourg innove encore. En l'espèce, il s'agissait de déterminer si le fait de subir un traitement défavorable lié au handicap de son fils était, pour le requérant, de nature à l'inclure dans la catégorie dénommée « toute autre situation », telle qu'envisagée par l'article 14. Pour rappel, c'est sur ce fondement que la Cour consacre une série de motifs analogues, non envisagés explicitement par le texte de la Convention. Après avoir rappelé que cette notion de « toute autre situation » a généralement fait l'objet d'une interprétation large dans la jurisprudence de la Cour EDH³⁴⁹⁸, celle-ci répondit favorablement et considéra que la situation du requérant était bien couverte par l'article 14. La démarche téléologique qui sous-tendait ces conclusions fut pleinement assumée. La Cour avançait à ce titre que si l'article 14 « couvre également les cas dans lesquels un individu est traité moins favorablement du fait de la situation ou des caractéristiques protégées d'une autre personne », c'est bien parce que cet article doit être interprété « eu égard à son objectif et à la nature des droits qu'il vise à protéger »³⁴⁹⁹. Le lecteur s'étonnera, certes, de l'absence de mention expresse de la notion de discrimination par association dans la motivation de la décision. C'est néanmoins

³⁴⁹⁶ HALDE, Délibération n° 2009-103, du 16 février 2009.

³⁴⁹⁷ COUR EDH, 2^e sect., 12 septembre 2016, *Guberina v. Croatie*, *loc. cit.*

³⁴⁹⁸ *Idem*, § 78 : « la Cour rappelle que l'expression "autre situation" a généralement reçu dans sa jurisprudence une interprétation large [...] ne se limitant pas aux caractéristiques qui présentent un caractère personnel en ce sens qu'elles sont innées ou inhérentes à la personne (*Clift c. Royaume-Uni*, no 7205/07, §§ 56-59, 13 juillet 2010) ».

³⁴⁹⁹ *Ibidem*. V. par la suite COUR EDH, 2^e sect., 28 mars 2017, *Skorjanec c. Croatie*, req. n° 25536/14, § 55-56 : « ce ne sont pas seulement les actes fondés exclusivement sur les caractéristiques d'une victime qui peuvent être qualifiés de délits de haine [...]. De plus, eu égard à son objectif et à la nature des droits qu'il vise à protéger, l'article 14 de la Convention couvre également les cas dans lesquels un individu est traité moins favorablement du fait de la situation ou des caractéristiques protégées d'une autre personne (*Guberina*, précité, § 78). C'est pourquoi l'obligation qui pèse sur les autorités de rechercher s'il existe un lien entre des attitudes racistes et un acte de violence [...] vaut non seulement pour les actes de violence motivés par la situation ou les caractéristiques personnelles réelles ou perçues de la victime, mais aussi pour ceux motivés par les liens ou les attaches réels ou supposés de la victime avec une autre personne dont on sait ou présume qu'elle est dans une situation particulière ou qu'elle présente une caractéristique protégée ».

sur ce concept qu'était fondée la requête de la victime³⁵⁰⁰, au demeurant soutenue par une tierce intervention qui plaidait en faveur d'une prohibition sans équivoque de ce type de discrimination³⁵⁰¹. Si la Cour l'appréhende, sans oublier de mentionner la jurisprudence plus que décisive de la CJUE en la matière³⁵⁰², elle le fait avec originalité et se fonde sur la notion de « toute autre situation ». Cette approche avait déjà été esquissée sans constat de violation dans la décision *Efe c. Autriche* en 2013³⁵⁰³. Elle fut réaffirmée par la décision *Molla Sali c. Grèce* en 2018³⁵⁰⁴. La Cour emprunte ce faisant une voie médiane, distincte des interprétations constructives du motif de la situation de famille et de l'approche plus franche qui caractérise la jurisprudence de la CJUE.

937. Dans cette dernière configuration, il s'agit ni plus ni moins pour les magistrats d'assumer la signification normative audacieusement conférée à la qualification de discrimination. Pour être sanctionnée, la discrimination directe n'exige pas que la caractéristique prise en compte ait été celle de la victime. La prohibition de la discrimination s'étend à la discrimination directe « par association ». Un cas précurseur est à souligner en France devant le tribunal correctionnel d'Arras en 2003. Un employeur filtrait en l'espèce les candidatures des enfants de salariés en tenant compte des sensibilités syndicales de leurs parents – ou, plus particulièrement, en tenant compte de leur soutien ou de leur désapprobation à l'égard de l'activité syndicale d'un salarié précisément identifié. Le tribunal fit le choix de sanctionner la discrimination fondée sur les activités syndicales sans recourir au motif de la situation de famille. Les enfants de salariés qui avaient candidaté n'étaient en aucun cas porteurs de cette caractéristique (*i.e.* l'engagement syndical). La discrimination directe ne pouvait en conséquence que se référer à une discrimination « par association »³⁵⁰⁵. Cette approche a surtout trouvé sa pleine consécration dans l'arrêt de la CJUE *Coleman* du 17 juillet 2008. Face au traitement défavorable à son retour de congé d'une mère qui assurait l'intégralité des soins

³⁵⁰⁰ *Idem*, § 58 : « En l'espèce, la discrimination aurait été fondée sur un handicap par association au regard des besoins du fils du requérant, dont les autorités nationales compétentes n'auraient pas tenu compte ».

³⁵⁰¹ *Idem*, § 64 : « D'après les tiers intervenants, le droit international des droits de l'homme exige désormais d'interdire la discrimination par association, laquelle concernerait des cas de discrimination à l'égard d'un individu qui serait fondée non pas sur des caractéristiques propres audit individu mais sur les relations que celui-ci entretient avec une autre personne qui présente les caractéristiques en cause. Ce principe serait bien établi dans plusieurs pays d'Europe et également défini dans la loi de prévention des discriminations adoptée par la Croatie ».

³⁵⁰² *Idem*, § 41-42 pour les mentions des arrêts *Coleman et Chez*.

³⁵⁰³ COUR EDH, 1^e sect., 8 janvier 2013, *Efe v. Austria*, req. n° 9134/06, § 48 : « *The Court further points out that the "country of residence" of the applicant's children was the essential ground on which the applicant's claim for family allowance had been dismissed. Applied as a criterion for the differential treatment of citizens, it constitutes an aspect of personal status for the purposes of Article 14* ».

³⁵⁰⁴ COUR EDH, Grande ch., 19 décembre 2018, *Molla Sali c. Grèce*, req. n° 20452/14, not. § 134 et 141 : « la requérante, en tant que bénéficiaire d'un testament établi conformément au Code civil par un testateur de confession musulmane, se trouvait dans une situation comparable à celle d'une bénéficiaire d'un testament établi conformément au Code civil par un testateur n'étant pas de confession musulmane, et elle a été traitée différemment *sur le fondement d'une "autre situation", en l'occurrence la religion du testateur* » (nous soulignons). Au sein de son opinion concordante, le juge Mits affirme que « c'est la première fois que la Grande Chambre examine la question et conclut à l'existence d'une discrimination par association » (§ 7). La décision *Guberina c. Grèce* de 2016 avait en effet été rendue par la 2^e section de la Cour.

³⁵⁰⁵ TC Arras, 18 mars 2003, tel que relevé *in* DETRAZ, S., « La discrimination "par ricochet" : un aspect latent du délit de discrimination », *loc. cit.*

de son enfant handicapé, la Cour de Luxembourg a souligné que le principe d'égalité de traitement, au sens des directives communautaires, « s'applique non pas à une catégorie de personnes déterminée, mais en fonction des motifs visés »³⁵⁰⁶. La protection à l'encontre des discriminations qu'elle confère n'est, par conséquent, pas limitée aux personnes ayant elles-mêmes un handicap³⁵⁰⁷. Quand bien même le traitement n'engendre pas un préjudice pour la personne handicapée, la seule prise en compte du handicap suffit dès lors que ledit traitement affecte l'un de ses proches. Si, là encore, la notion de discrimination par association n'apparaît pas dans le corps de la décision, elle se trouve néanmoins mentionnée à plusieurs reprises dans les conclusions de l'avocat général³⁵⁰⁸. Quatre mois plus tard, suivant les observations de la HALDE, le Conseil de prud'hommes de Caen sanctionnait explicitement un cas de discrimination par association fondée sur les activités syndicales du conjoint de la requérante³⁵⁰⁹. Le Défenseur des droits s'est également appuyé par la suite sur cette jurisprudence de la CJUE pour formuler des recommandations, à un an d'intervalle, au sujet de deux cas de discrimination par association. Il considère désormais que sa prohibition découle tant de la loi du 27 mai 2008 que de la loi Le Pors du 13 juillet 1983³⁵¹⁰. Aiguillée par les observations en justice du Défenseur des droits³⁵¹¹, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a, elle aussi, adopté cette approche³⁵¹². Cette dernière est désormais bien ancrée malgré un manque de notoriété. Reste alors à généraliser sa portée, y compris aux cas de discrimination indirecte.

³⁵⁰⁶ CJCE, Grande ch., 18 juillet 2008, *Coleman*, aff. C-303-06, pt. 38. Pour un commentaire de la décision, v. KARAGIORGI, C., « The Concept of Discrimination by Association and its Application in the EU Member States », *European Anti-Discrimination Law Review*, n° 18, 2014, p. 25-36.

³⁵⁰⁷ *Idem*, pt. 56 : « la directive 2000/78 et, notamment, ses articles 1^{er} et 2, paragraphes 1 et 2, sous a), doivent être interprétés en ce sens que l'interdiction de discrimination directe qu'ils prévoient n'est pas limitée aux seules personnes qui sont elles-mêmes handicapées. Lorsqu'un employeur traite un employé n'ayant pas lui-même un handicap de manière moins favorable qu'un autre employé ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable et qu'il est prouvé que le traitement défavorable dont cet employé est victime est fondé sur le handicap de son enfant, auquel il dispense l'essentiel des soins dont celui-ci a besoin, un tel traitement est contraire à l'interdiction de discrimination directe ».

³⁵⁰⁸ Conclusions de l'avocat général M. Poiares Maduro présentées le 31 janvier 2008, aff. C-303/06, *Coleman*, pts. 4 et 12 : « Elle a soutenu que le Tribunal devait interpréter la loi relative à la discrimination fondée sur le handicap en conformité avec la directive et, partant, accorder une protection contre la discrimination par association » ; « Une conception vigoureuse de l'égalité implique que ces formes plus subtiles d'actes discriminatoires tombent également sous le coup d'une réglementation contre la discrimination, étant donné qu'elles aussi affectent les personnes visées par des classifications suspectes ».

³⁵⁰⁹ CPH Caen, 25 novembre 2008, n° 06/00120 : « Attendu qu'il existe ainsi des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination au préjudice de Madame X, victime d'un traitement défavorable *en raison du mandat syndical dont son compagnon est investi* » (nous soulignons). V. aussi HALDE, *Rapport annuel d'activité 2008*, *op. cit.*, p. 21 et 74 et *Rapport annuel d'activité 2009*, *op. cit.*, p. 55 et HALDE, Délibération n° 2009-103, du 16 février 2009.

³⁵¹⁰ V. les observations du Défenseur des droits devant Conseil d'État formulées dans sa Décision MLD/2012-70 du 12 avril 2012 (discrimination directe par association – refus), en prolongement d'une première prise de position de la HALDE (Délibération n° 2009-396 du 14 décembre 2009). V. également sa Décision n° MSP MLD MDE 2013-13 du 12 avril 2013.

³⁵¹¹ DÉFENSEUR DES DROITS, Décision n° MLD-2012-88 du 26 juin 2012.

³⁵¹² CA Aix-en-Provence, 8 octobre 2013, n° 11/22183 : « La concomitance évidente entre la création d'une section syndicale ainsi que des activités à ce titre du mari de Madame Y et l'initiation de la procédure de licenciement alors que la salariée dénonçait les difficultés que lui faisait brutalement la direction, l'interdiction d'accès sur le lieu de travail laissent présumer que le licenciement de la salariée visait en réalité à la sanctionner *en raison des liens l'unissant à son mari*,

938. Ce type de discrimination, plus complexe, a notamment été portée devant la CJUE dans l'affaire *CHEZ Razpredelenie Bulgaria* de 2015³⁵¹³. Les juridictions nationales avaient qualifié différemment le traitement défavorable d'une commerçante qui résidait au sein d'un quartier au sein duquel les compteurs électriques étaient rendus inaccessibles aux habitants, majoritairement d'origine rom. Le traitement avait été considéré tantôt comme une discrimination indirecte fondée sur la nationalité, tantôt comme une discrimination directe fondée sur la « situation personnelle » liée au lieu d'établissement de la commerçante. Après avoir écarté l'objection du défendeur selon laquelle seule la discrimination directe pouvait s'étendre au cas de discrimination par association³⁵¹⁴, l'avocate générale Juliane Kokott conclut à l'existence d'une discrimination indirecte par association « en raison du caractère général et collectif » de la mesure litigieuse (*i.e.* rendre inaccessibles les compteurs électriques en les élevant à sept mètres de hauteur). Cette appréciation fut entérinée par la CJUE qui en profita pour préciser que la notion de discrimination « a vocation à s'appliquer, indifféremment, selon que ladite mesure collective touche les personnes qui ont une certaine [caractéristique] ou celles qui, sans posséder ladite [caractéristique], subissent, conjointement avec les premières, le traitement moins favorable ou le désavantage particulier résultant de cette mesure »³⁵¹⁵. Ces cas sont néanmoins relativement rares. Si la HALDE avait notamment plaidé – en précurseur – un cas de discrimination indirecte par association en 2010³⁵¹⁶, le tribunal de grande instance de Marseille refusa de suivre le sens des observations de la Haute autorité³⁵¹⁷. Ce refus met en lumière la difficulté à normaliser l'appréhension des types complexes de discrimination en dépit des initiatives particulièrement audacieuses de certaines juridictions, invitant en réaction à évaluer l'opportunité d'un ancrage de ces avancées prétoriennes en droit positif.

délégué syndical récemment désigné, en sorte que celle-ci présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination syndicale par association » (nous soulignons).

³⁵¹³ CJUE, Grande ch., 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*, *loc. cit.* Pour un commentaire de la décision et de ses implications, v. not. MCCRUDDEN, C., « The New Architecture of EU Equality Law after CHEZ: Did the Court of Justice reconceptualise direct and indirect discrimination? », *European Equality Law Review*, n° 1, 2016, p. 1-10.

³⁵¹⁴ Conclusions de l'avocate générale Mme Juliane Kokott présentées le 12 mars 2015, aff. C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*, pts. 103-104 : « CHEZ soutient que l'existence d'une discrimination "par association" ne saurait être retenue que dans le cadre de la discrimination directe, mais non dans le cadre de la discrimination indirecte. Cette position n'est pas la nôtre. Il est vrai que, jusqu'à présent, la Cour n'a eu la possibilité de se prononcer sur la problématique de la discrimination "par association" qu'à propos d'une affaire de discrimination directe. Néanmoins, cela ne signifie pas qu'elle exclurait toute possibilité de retenir l'existence d'une discrimination "par association" en cas de discrimination indirecte ».

³⁵¹⁵ CJUE, Grande ch., *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*, *op. cit.*, pt. 60.

³⁵¹⁶ HALDE, Délibération n° 2010-180 du 6 septembre 2010, au sujet de l'installation par la copropriété d'un portail fermant l'accès à une résidence au sein de laquelle exerçait un kinésithérapeute. La HALDE considère qu'il s'agit d'une discrimination indirecte par association en matière d'emploi, fondée sur le handicap de ses patients. V. encore, HALDE, *Rapport annuel d'activité 2010*, *op. cit.*, p. 66.

³⁵¹⁷ TGI Marseille, 16 novembre 2010, n° 08-10031.

2) Favoriser l'appréhension contentieuse par la consécration de la discrimination par association en droit positif

939. Au regard de l'appréhension perfectible des discriminations par association par les juridictions françaises, qualitativement et quantitativement, certains ont affirmé que « la solution la meilleure serait néanmoins que le législateur [punisse] clairement cette variété latente de discrimination »³⁵¹⁸. Cinq arguments peuvent être mobilisés en soutien de cette perspective³⁵¹⁹. Elle permettrait d'éviter la dénaturation du motif de la situation de famille, par ailleurs limité dans son potentiel d'appréhension du lien d'association, ainsi que la contradiction de la lettre des dispositions antidiscriminatoires avec la signification normative qui leur est conférée. Elle posséderait par ailleurs le mérite de la clarté, coupant court à certaines mécompréhensions de la doctrine et de certains députés, tout en favorisant l'ancrage d'une interprétation téléologique du droit de la non-discrimination. L'hypothèse d'une reconnaissance législative de la discrimination par association permettrait enfin, plus simplement, de répondre aux recommandations des organismes de promotion de l'égalité.

940. Plusieurs auteurs se sont déjà exprimés pour dénoncer la mobilisation instrumentale du motif de la situation de famille en vue de la sanction de la discrimination par association³⁵²⁰. Pour Stéphane Detraz, quatre situations distinctes sont régulièrement imputées à ce motif : la prise en compte de la situation familiale de la victime (*e.g.* traitement défavorable d'une femme mariée, concubine, divorcée, séparée, célibataire, orpheline) ; la prise en compte d'un lien familial entre la victime et un tiers, sans s'attacher aux caractéristiques de ce dernier (*e.g.* refus d'embauche des enfants d'une salariée) ; la prise en compte d'une caractéristique du collatéral de la victime qui rejoint un motif de discrimination (*e.g.* licenciement d'un salarié du fait des activités syndicales de sa compagne) ; et la prise en compte d'une caractéristique du collatéral de la victime qui ne rejoint pas un motif de discrimination³⁵²¹. L'auteur estime que la situation de famille avait initialement vocation à saisir uniquement la première situation mais pourrait s'accommoder, dans le cadre d'interprétations constructives, des deuxième et troisième hypothèses. Il considère la quatrième

³⁵¹⁸ DETRAZ, S., « La discrimination "par ricochet" : un aspect latent du délit de discrimination », *loc. cit.*

³⁵¹⁹ Sur l'utilité d'une consécration indicative des types de discrimination sous une qualification juridique unifiée, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, I, A, 2).

³⁵²⁰ En ce sens, v. not., GALLOIS, J., « Discrimination indirecte : caractérisation du délit en raison d'un motif politique concernant un membre de la famille du discriminé », *Dalloz actualité*, 12 septembre 2016 : « les juges parisiens ne sauraient être admis à se fonder sur ce critère pour réprimer la discrimination opérée à raison de caractéristiques présentes chez autrui, sauf à considérer que le salarié est discriminé à cause de son frère en tant que collatéral. Or, il ressort précisément des motifs de la cour d'appel que la partie civile s'est vu refuser le renouvellement de son contrat à cause des activités politiques de son frère : ce n'est donc pas la qualité de collatéral qui a motivé le comportement discriminatoire reproché au prévenu mais les particularités de son frère ».

³⁵²¹ DETRAZ, S., « La discrimination "par ricochet" : un aspect latent du délit de discrimination », *loc. cit.*

comme étant largement excessive³⁵²². D'autres portent la critique plus avant et rejettent l'interprétation constructive liée à la troisième situation, considérant que le critère de la situation de famille n'a pas vocation à sanctionner des traitements défavorables fondés sur des caractéristiques propres aux collatéraux de la victime. Seuls la situation familiale et le lien familial peuvent tout au plus être appréhendés, mais non la qualité du collatéral³⁵²³. Ces critiques sont convaincantes et il semble en effet peu pertinent de sanctionner le licenciement d'un requérant fondé sur l'activité syndicale de sa compagne par le biais de la discrimination fondée sur « sa situation de famille »³⁵²⁴. Si cette situation est vectrice de l'effet défavorable, elle ne fonde pas le traitement contesté. En d'autres termes, la discrimination agit dans cette hypothèse par la situation de famille sans y prendre ancrage. Se pose surtout la question de la viabilité de cette technique d'interprétation face à une décision qui affecte une simple amie de la déléguée syndicale et non un membre de son cercle familial. Force est de reconnaître que l'usage qui est fait du motif de la situation de famille est non seulement inadéquat mais également limité. Il ne peut sanctionner que les discriminations pour lesquelles le lien opère entre parents, et non entre amis, collègues, camarades ou inconnus. L'interprétation constructive de ce motif pour sanctionner la discrimination par association apparaît en conséquence d'une grande précarité.

941. Le défaut de reconnaissance expresse de la discrimination par association emporte une autre limite, à savoir celui de la franche contradiction entre la signification normative et la lettre des dispositions antidiscriminatoires. Elle tient en la matière à une simple affaire d'adjectif possessif. L'alinéa premier de l'article 225-1 du Code pénal prohibe en effet certaines distinctions opérées « entre les personnes physiques sur le fondement de *leur* origine, de *leur* sexe, de *leur* situation de famille ». L'article L. 1132-1 du Code du travail précise quant à lui qu'aucune personne ne peut être discriminée « en raison de *son* origine, de *son* sexe, de *ses* mœurs ». Il en va de même pour les articles 6 et 6 *bis* de la loi Le Pors et pour l'alinéa premier de l'article 1 de la loi du 27 mai 2008. La lettre du droit positif semble dès lors indiquer clairement que, pour qu'un traitement soit qualifié de discriminatoire, la caractéristique qui contribue à générer l'effet défavorable doit être celle de la victime du traitement, et non d'un tiers³⁵²⁵. Ce problème fut soulevé par la HALDE dans une

³⁵²² *Ibidem* : cette dernière approche « est inopportune, car elle aurait pour effet de réprimer, sans limite, de nouveaux critères discriminatoires, non prévus par la loi : il s'agirait de discriminer une personne en raison de sa seule qualité de mère, père, fils, fille – voire oncle, tante, neveu, nièce, cousin, etc. – d'une autre personne, quelles que soient les caractéristiques de cette dernière, prévues par l'article 225-1 (croyant ou athée, syndicaliste, membre de tel groupe ethnique ou "racial", etc.) ou non (mauvais employé, délinquant, chauffard, journaliste dérangeant, etc.) ».

³⁵²³ GALLOIS, J., « Discrimination indirecte : caractérisation du délit en raison d'un motif politique concernant un membre de la famille du discriminé », *loc. cit.*

³⁵²⁴ HALDE, Délibération n° 2007-75 du 26 mars 2007, § 16.

³⁵²⁵ En ce sens, v. également DETRAZ, S., « Discrimination : si ce n'est toi, c'est néanmoins ton frère », *Gaz. Pal.*, n° 34, 2016, p. 48 : « en définissant la discrimination comme une distinction opérée entre les personnes à raison de "leur" »

délibération précitée de 2007. Elle insistait alors sur le fait que la formulation de l'interdiction de la discrimination au sein du Code du travail « postulerait en faveur du fait que seules les personnes identifiées en fonction d'un critère donné puissent invoquer cette disposition, à l'exception de toute autre personne qui leur serait associée »³⁵²⁶. La remarque est d'autant plus fondée en droit pénal où règne le principe d'interprétation stricte de la loi. Si ces obstacles ne semblent pas indépassables au regard de la jurisprudence, y compris de la chambre criminelle de la Cour de cassation³⁵²⁷, ils soulignent néanmoins un déficit de cohérence, alimentant au passage des confusions problématiques qu'une consécration expresse pourrait dissiper.

942. L'opportunité d'une transcription législative des initiatives prétorienne en la matière se renforce en effet lorsque l'on considère les potentielles vertus explicatives et pédagogiques ainsi que la dimension sécurisante d'une consécration explicite. Trois niveaux de confusion peuvent en l'état être soulignés. Premièrement, la terminologie mobilisée par la doctrine est hésitante, oscillant entre discrimination « par association », discrimination « par ricochet », discrimination par « voie collatérale »³⁵²⁸, voire « discrimination indirecte »³⁵²⁹. Ce dernier cas est davantage problématique, d'autant qu'était en cause dans la décision commentée une discrimination directe par association³⁵³⁰. Deuxièmement, une partie de la doctrine peine à identifier les cas d'espèce pour lesquels furent sanctionnées des discriminations par association, au point de déclarer que « cette forme de discrimination n'avait », en 2016, « jamais reçu d'approbation expresse de la part de la jurisprudence »³⁵³¹, en dépit des décisions précédemment soulignées³⁵³². Enfin, la particularité de l'alinéa 2 de l'article 225-1 du Code pénal est manifestement peu connue. Elle consiste en une reconnaissance de la discrimination par association dans le cadre de la protection des personnes morales, discriminées – selon la lettre de la disposition pénale – en raison des caractéristiques de

origine, sexe, situation de famille, grossesse, etc., le premier de ces textes apparaît exiger que la caractéristique prise en compte par le coupable soit présente chez la victime même des faits ».

³⁵²⁶ HALDE, Délibération n° 2007-75 du 26 mars 2007.

³⁵²⁷ Cass. crim., 21 juin 2016, n° 15-80.365, *Bull. crim.*, n° 187.

³⁵²⁸ PAULIAT, H., « Services publics – Une discrimination par association peut résulter d'une discrimination indirecte », *JCP AJ*, n° 1, janvier 2016.

³⁵²⁹ GALLOIS, J., « Discrimination indirecte : caractérisation du délit en raison d'un motif politique concernant un membre de la famille du discriminé », *loc. cit.* : « la Cour régulatrice consacre donc sans ambages la discrimination indirecte ou encore appelée par "ricochet" ».

³⁵³⁰ En l'occurrence Cass. crim., 21 juin 2016, n° 15-80.365, *loc. cit.* La prise en compte des opinions politiques du frère de la victime fondait explicitement le traitement défavorable.

³⁵³¹ GALLOIS, J., « Discrimination indirecte : caractérisation du délit en raison d'un motif politique concernant un membre de la famille du discriminé », *loc. cit.*

³⁵³² Not. CPH Caen, 25 novembre 2008, n° 06/00120, *loc. cit.* et CA Aix-en-Provence, 8 octobre 2013, n° 11/22183 : « le licenciement de la salariée visait en réalité à la sanctionner en raison des liens l'unissant à son mari, délégué syndical, récemment désigné, en sorte que celle-ci présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination syndicale par association ».

leurs membres, personnes physiques³⁵³³. Ce sont dès lors les qualités de personnes physiques associées à des personnes morales qui sont prises en compte en vue de traitements défavorables, et non les caractéristiques des personnes morales elles-mêmes (*e.g.* raison sociale, lieu du siège de la maison-mère, ancienneté)³⁵³⁴. Le député Yves Blein s'interrogeait pourtant en 2016 devant la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi égalité et citoyenneté : « dans le deuxième alinéa du II, est-il fondé d'écrire que les personnes morales peuvent être distinguées en fonction de leur apparence physique ? [...] J'aimerais vraiment que l'on corrige aussi cette formulation qui évoque les personnes morales »³⁵³⁵. Une clarification franche pourrait dès lors être bénéfique pour affirmer explicitement la possibilité de sanctionner la discrimination par association en dépit de la non-confusion du porteur de la caractéristique et de la victime de l'effet préjudiciable.

943. C'est dans cette optique que la HALDE a interpellé le législateur, d'abord en 2007, puis en 2009, plaidant en faveur d'une modification des dispositions législatives. Sa délibération du 26 mars 2007 – qui intervenait quelques mois avant la décision *Coleman* de la CJUE – fut l'occasion de s'interroger sur « la qualification la plus adaptée »³⁵³⁶ pour appréhender l'affaire qui lui était soumise. Elle oscillait entre la discrimination directe fondée sur la situation de famille et la discrimination par association fondée sur les activités syndicales. Optant pour cette dernière qualification, le collège de la Haute autorité recommanda une modification du Code du travail pour doter le droit positif d'un fondement clair à la sanction de ce type de discrimination³⁵³⁷. Quatre arguments soutenaient cette demande : la justesse du raisonnement considérant que le « fait générateur » du traitement défavorable est bien constitué par la caractéristique d'autrui, cumulée à la relation d'association ; le potentiel restreint de l'appréhension de la discrimination par association par le biais de la situation de famille ; les initiatives de législateurs étrangers qui s'avancent sur la voie d'une reconnaissance législative expresse ; et les recommandations de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance, adressées à l'ensemble des États du Conseil de l'Europe en vue de l'interdiction explicite dans leur législation de la discrimination par association³⁵³⁸. Face à

³⁵³³ « Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales sur le fondement de l'origine, du sexe, de la situation de famille [etc.] des membres ou de certains membres de ces personnes morales ».

³⁵³⁴ Là encore, v. DETRAZ, S., « La discrimination "par ricochet" : un aspect latent du délit de discrimination », *loc. cit.* et MEDARD INGHILTERRA, R., « Le droit à la non-discrimination fait peau neuve : brèves considérations sur les incidences de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *loc. cit.*

³⁵³⁵ Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi « égalité et citoyenneté », jeudi 16 juin 2016, Séance de 15 heures, Compte rendu n° 17.

³⁵³⁶ HALDE, Délibération n° 2007-75 du 26 mars 2007.

³⁵³⁷ *Ibidem* : « À cet égard, la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) a recommandé à l'ensemble des États du Conseil de l'Europe qu'ils adoptent des législations permettant d'appréhender la discrimination par association comme une forme de discrimination et l'interdisent en tant que telle. Il convient donc de recommander de modifier en ce sens le droit interne ». V. encore HALDE, *Rapport annuel d'activité 2007, op. cit.*, p. 30.

³⁵³⁸ ECRI, Recommandation de politique générale n° 7 de l'ECRI sur la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale adoptée le 13 décembre 2002, amendée en 2017.

l'inaction du Parlement, une délibération du 16 février 2009 est venue rappeler cette nécessité³⁵³⁹, s'appuyant nouvellement sur la décision *Coleman* qui dicte une interprétation des directives incluant la prohibition de la discrimination par association – avec effet rétroactif³⁵⁴⁰. Au-delà de la nécessaire application du droit de l'Union européenne, la modification du droit positif permettrait de généraliser l'interdiction de ce type de discrimination à tous les motifs, et non aux seuls motifs reconnus par les directives communautaires. La HALDE considérait alors qu'il serait préférable de consacrer explicitement la discrimination par association afin de se prémunir du risque de hiérarchisation des critères en fonction des types de discrimination pour lesquelles ils pourraient être mobilisés.

944. D'autres voix se sont ajoutées à celle de la HALDE, suscitant un écho plus ou moins retentissant. Le Comité des droits des personnes handicapées a, en 2018, précisé dans son observation générale n° 6 que l'article 5 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées de 2006 protège également « les personnes qui sont associées à une personne handicapée »³⁵⁴¹. La présidence espagnole de l'Union européenne avait, quant à elle, présenté en 2010 une proposition de directive relative à l'égalité de traitement³⁵⁴² dont l'article 2 précisait la notion de discrimination et détaillait pour ce faire différents types, incluant la discrimination par association en sus des manifestations plus communes (*i.e.* directe, indirecte, injonction à la discrimination, harcèlement, refus d'aménagement raisonnable). Cet ajout était toutefois extrêmement limité, puisqu'il demeurait relatif à la discrimination directe et au harcèlement par association fondés sur la religion, les croyances, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle³⁵⁴³. Une approche aussi restrictive contraste fortement avec l'approche de législateurs étrangers. La discrimination par association est par exemple sanctionnée au Canada de manière extrêmement large, tant par l'article 12 du Code ontarien des droits de la personne (« constitue une atteinte à un droit reconnu dans la partie I le fait d'exercer une discrimination fondée sur des rapports, une association ou des activités avec une personne ou un groupe de personnes identifiées par un motif illicite de

³⁵³⁹ HALDE, Délibération n° 2009-103, du 16 février 2009.

³⁵⁴⁰ *Ibidem* : « Lorsque la Cour de justice vient à interpréter le droit communautaire, cette interprétation a, en principe, un effet rétroactif. Par conséquent, la règle interprétée doit être appliquée aux rapports juridiques nés avant l'arrêt statuant sur l'interprétation ».

³⁵⁴¹ CDPH, Observation générale n° 6 sur l'égalité et la non-discrimination, CRPD/C/GC/6, 26 avril 2018, § 20 : « La discrimination "fondée sur le handicap" peut viser des personnes qui ont un handicap, qui ont eu un handicap, qui sont prédisposées à avoir un handicap plus tard dans leur existence, dont on suppose qu'elles ont un handicap, ainsi que les personnes qui sont associées à une personne handicapée. Cette dernière forme de discrimination est dite "discrimination par association" ».

³⁵⁴² Sur ce point, v. LHERNOULD, J-P., « La présidence espagnole planche sur la proposition de directive antidiscrimination », *Liaisons sociales Europe*, n° 245, février 2010.

³⁵⁴³ *Ibidem*.

discrimination »³⁵⁴⁴) que par l'article 9 de Code antidiscriminatoire du Manitoba (« le terme "discrimination" désigne, selon le cas : [...] c) un traitement différent que reçoit un particulier ou un groupe en raison de son association réelle ou présumée avec un autre particulier ou un autre groupe dont les traits distinctifs sont déterminés par les caractéristiques mentionnées au paragraphe (2) ou dont l'adhésion découle de ces caractéristiques »³⁵⁴⁵). Si d'aventure le législateur venait à se saisir de cette question, deux chemins semblent s'offrir à lui. Le choix de la route à emprunter est sous-tendu par un enjeu relatif au maintien de la *summa divisio* entre discrimination directe et discrimination indirecte³⁵⁴⁶.

945. Une première option consisterait à préciser les définitions de la discrimination directe et de la discrimination indirecte par deux ajouts. Le premier ajout rectificatif s'inscrirait dans la continuité des conclusions de l'avocate générale Juliane Kokott dans l'affaire *CHEZ*. Cette dernière soulignait que « ni l'article 21 de la Charte ni le libellé de nombreuses versions linguistiques de la directive 2000/43 ne limitent l'application du principe de l'égalité de traitement aux personnes qui sont victimes de discrimination en raison de "leur" (au sens de leur propre) race ou origine ethnique. Au contraire, les dispositions applicables du droit de l'Union sont libellées d'une façon générale et interdisent toute discrimination fondée sur "la" race ou "l'" origine ethnique. Cette différence de formulation, ténue mais subtile, n'est pas fortuite »³⁵⁴⁷. Elle est perceptible tant à la lecture des articles 2, 2. a) des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE³⁵⁴⁸, de l'alinéa 2 de l'article 225-1 du

³⁵⁴⁴ Le tribunal ontarien des droits de la personne considère au sujet de cet article : « *it is obviously intended to catch situations where there is discrimination, but the victim's circumstances do not fit squarely into the wording in Part I of the Code* » (*Knibbs v. Brant Artillery Gunners Club*, 2011 HRTO 1032 (CanLII), par. 174. V. encore *Cunanan v. Boolean Development Ltd*, 2003 HRTO 17 (CanLII), par. 68). Après une décision pionnière en 1977 (*Jahn v. Johnstone*, (Unreported, September 16, 1977), n° 82, judge Eberts (OBI), fut ainsi sanctionné au regard de l'article 12 le fait de licencier ou de traiter de manière défavorable un employé sur le fondement de la maladie de son épouse (*Giguere v. Popeye Restaurant*, 2008 HRTO 2 (CanLII)) ou de son lien de parenté avec une employée elle-même soumise à des pratiques discriminatoires à raison de son handicap (*Knibbs v. Brant Artillery Gunners Club*, *op. cit.*, par. 174). L'article 12 a également trouvé à s'appliquer au bénéfice d'individus soumis à un traitement défavorable pour s'être ouvertement opposés à des pratiques discriminatoires ne les affectant pas personnellement : un employé ayant protesté contre des propos racistes (*Barclay v. Royal Canadian Legion, Branch 12*, 1997, 31 CHRR 486 (OBI)), un employé ayant soutenu une collègue lors de sa confrontation avec son employeur l'ayant sexuellement agressée (*Metcalfe v. Papa Jie's Pizzeria & Chicken Inc*, 2005 HRTO 46 (CanLII)) ou encore une artisane ayant refusé de se séparer de ses collaboratrices transgenres (*Salsman v. London Sales Arena Corp.*, 2014 HRTO 775 (CanLII), par. 50 et 83). En somme, la discrimination par association est sollicitée à titre subsidiaire lorsque la protection principale ne bénéficie pas à la victime en dépit d'un traitement défavorable illégitime initialement fondé sur l'un des motifs énumérés ou analogues.

³⁵⁴⁵ Art. 9, 1) a) et c) du Code des droits de la personne du Manitoba.

³⁵⁴⁶ Pour une manifestation de cet enjeu, v. l'interrogation formulée in SCHMITT, M., « La discrimination par association, nouvelle forme de discrimination prohibée par le droit communautaire », *RDT*, 2009, p. 41 : « on peut par ailleurs se demander si la discrimination par association correspond à une nouvelle catégorie de discrimination ou si elle ne constitue qu'une sous-catégorie de la discrimination directe et du harcèlement ».

³⁵⁴⁷ Conclusions de l'avocate générale Mme Juliane Kokott présentées le 12 mars 2015, *op. cit.*, pts. 53-54.

³⁵⁴⁸ Ce n'est néanmoins pas le cas des articles 2, 2., b) de ces directives, relatifs à la discrimination directe, qui se réfèrent à « des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés » et à « des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes ».

Code pénal³⁵⁴⁹ et de l'alinéa 2 de l'article 1 de la loi du 27 mai 2008³⁵⁵⁰. L'alinéa premier de l'article 1 de la loi de 2008, l'article L. 1132-1 du Code du travail, les articles 6 et 6 *bis* de la loi Le Pors ou encore l'alinéa premier de l'article 225-1 du Code pénal insèrent en revanche devant les motifs de discrimination des adjectifs possessifs (*i.e.* « son », « sa », « leur »). Ces adjectifs devraient en premier lieu être modifiés au profit d'articles définis pour inclure la prise en compte de la caractéristique de tiers et non nécessairement des victimes. Un second ajout pourrait ensuite se greffer aux dispositions de droit interne afin de clarifier les définitions, par exemple en précisant que « constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de *l'origine, du sexe, de la situation de famille [etc.], [...] 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, y compris du fait de son association avec un tiers* ».

946. Le maintien de la catégorisation entre discriminations directes et indirectes n'est toutefois pas indispensable, ni par ailleurs souhaitable selon nous. Comme mentionnée précédemment dans cette étude, une qualification inclusive pourrait être envisagée³⁵⁵¹. Dans cette hypothèse, une option préférentielle consisterait à ajouter une mention à l'article 1 de la loi du 27 mai 2008, précisant que la discrimination par association est un type de discrimination, au même titre que le harcèlement et l'injonction à la discrimination³⁵⁵². Il conviendrait en sus d'inscrire cette précision au sein des dispositions équivalentes (*i.e.* articles L. 1132-1 du Code du travail, 225-1 du Code pénal, 6 et 6 *bis* de la loi Le Pors) ou d'insérer au sein de ces dispositions un renvoi à l'article 1 de la loi du 27 mai 2008 – à l'instar de la version de l'article L. 1132-1 du Code du travail en vigueur du 20 novembre 2016 au 2 mars 2017. Largement imparfaites sur le plan de l'intelligibilité du droit, ces deux options pourraient être écartées pour leur préférer une entreprise de consolidation. Celle-ci pourrait alors préciser à titre indicatif les différents types de discrimination susceptibles d'être appréhendés par le biais d'une qualification juridique unifiée³⁵⁵³ – par exemple, sur le modèle d'une formulation posée *supra*³⁵⁵⁴.

947. L'appréhension de la discrimination par association, aussi insuffisante soit-elle en l'état, illustre la maximisation des protections juridiques par voie d'interprétation. En mobilisant diverses

³⁵⁴⁹ « Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales sur le fondement *de l'origine, du sexe, de la situation de famille [etc.]*, des membres ou de certains membres de ces personnes morales ».

³⁵⁵⁰ Ce dernier est relatif à la discrimination indirecte et se contente de préciser « pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa ».

³⁵⁵¹ V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, II.

³⁵⁵² Le législateur pourrait en outre profiter de l'occasion pour suivre les recommandations du Défenseur des droits demandant d'y inscrire le refus d'aménagement raisonnable en raison du handicap comme étant un type de discrimination. V. DÉFENSEUR DES DROITS, Avis n° 16-19, *op. cit.*, p. 13-15.

³⁵⁵³ Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, II, B, not. 2).

³⁵⁵⁴ V. la conclusion de Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, 2., 2.2., b).

techniques pour sanctionner des types complexes de discrimination, les juridictions élargissent la qualification et accroissent les exigences normatives du droit antidiscriminatoire. Au-delà de cette manifestation particulière, un autre cas pourrait être apprécié, à savoir la discrimination multiple, qui connaît toutefois un succès contentieux moindre.

B. L'appréhension partielle de la discrimination multiple ou la mise au ban de la discrimination intersectionnelle

948. Autre type complexe aux côtés de la discrimination par association, la discrimination multiple se rapporte à un traitement défavorable apprécié au regard de plusieurs caractéristiques. Selon le juge Pinto de Albuquerque, « la prise en considération de ce phénomène s'avère aujourd'hui indispensable » afin de « garantir ainsi l'effectivité des droits »³⁵⁵⁵. L'état actuel de la jurisprudence européenne révèle cependant une certaine pusillanimité des juridictions lorsque ces situations sont amenées devant elles (1). L'appréhension des discriminations multiples et, plus particulièrement, des discriminations intersectionnelles, contribuerait pourtant à prolonger l'assise du droit de la non-discrimination et à améliorer les garanties juridiques pour les victimes de ces situations. Leur pleine reconnaissance, par le législateur ou par voie prétorienne, est toutefois rendue complexe du fait de la persistance de nombreux obstacles (2).

1) Un concept émergent confronté à la pusillanimité des cours européennes

949. La modernité des réflexions et des analyses qui portent sur la discrimination multiple s'accompagne inévitablement de débats terminologiques³⁵⁵⁶. À cet égard, il importe en premier lieu de distinguer les discriminations multiples des « discriminations parallèles »³⁵⁵⁷. Ce dernier concept caractérise, par exemple, la situation d'un individu qui subit une discrimination en matière d'accès à un service, puis une autre en matière d'accès à l'emploi, dans une situation en tout point distincte (critère pris en compte, lieu, responsable)³⁵⁵⁸. La discrimination multiple se distingue ensuite de la discrimination « en série ». Celle-ci caractérise la situation d'un individu qui subit différents actes discriminatoires dans un cadre similaire et à intervalles rapprochés, imputables aux

³⁵⁵⁵ COUR EDH, Grande ch., 6 novembre 2017, *Garib c. Pays-Bas*, req. n° 43494/09, opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque, à laquelle se rallie le juge Vehabovic.

³⁵⁵⁶ Pour une analyse détaillée de la genèse de la notion et de ses enjeux, notamment conceptuels, v. entre autres, REY MARTÍNEZ, F., « La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo », *Revista española de derecho constitucional*, n° 84, 2008, p. 251-283.

³⁵⁵⁷ Sur l'emploi de la notion, v. MARTIN, P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? », *RIDC*, 2011, p. 588.

³⁵⁵⁸ *Ibidem*.

agissements d'une même personne et fondés sur une même caractéristique³⁵⁵⁹. Pourtant, lorsque les juridictions françaises se réfèrent explicitement à la formule de « discrimination multiple » – et non au concept, qu'elles ignorent généralement –, c'est fréquemment – mais non exclusivement – pour désigner l'une de ces deux configurations³⁵⁶⁰.

950. Un usage doctrinal majoritaire – à défaut de consensus – s'inscrit en contraste des configurations susmentionnées. Il s'agit plutôt de mobiliser un concept générique et inclusif pour désigner les traitements défavorables appréciés au regard de plusieurs motifs de discrimination. La discrimination multiple est alors susceptible de se rapporter à deux points de vue distincts, en fonction des modalités d'appréciation, disjointe ou jointe, de l'influence des motifs. Ces points de vue donnent respectivement lieu à l'évocation de la discrimination « additive » ou « composée » (*compound discrimination*) et de la discrimination « intersectionnelle »³⁵⁶¹. Le premier sous-concept (*i.e.* discrimination composée) traduit une appréciation disjointe mais cumulative de l'influence des

³⁵⁵⁹ V. not. *Pakarian v. Chen*, 2010 HRTO 457 (CanLII), par. 25 ; *Twyne v. Dominion Colour Corporation*, 2013 HRTO 1769 (CanLII) ; *Chintaman v. Toronto District School Board*, 2009 HRTO 1225 (CanLII), par. 11 ; *Savage v. Toronto Transit Commission*, 2010 HRTO 1360 (CanLII), par. 9 ; *Dewdney v. Toronto Transit Commission*, 2014 HRTO 23 (CanLII), par. 21 ; ou encore *Farrell v. Barrie Police Services Board*, 2011 HRTO 1442 (CanLII), par. 18.

³⁵⁶⁰ V. entre autres : CA Amiens, 10 janvier 2017, n° 14/02952 ; CA Nancy, 8 avril 2010, n° 09NC00909 ; CA Versailles, 16 novembre 2016, n° 1405268 ; CA Paris, 22 mai 2013, n° 11/07510.

³⁵⁶¹ En ce sens, v. not. COMMISSION EUROPÉENNE, *Lutte contre la discrimination multiple : pratiques, politiques et lois*, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, septembre 2007, p. 17 (« Parfois le terme de discrimination multiple est utilisé pour désigner la discrimination additive ou cumulative ou encore comme terme générique pour la discrimination additive et intersectionnelle ») ; BILGE, S. et ROY, O., « La discrimination intersectionnelle : la naissance et le développement d'un concept et les paradoxes de sa mise en application en droit antidiscriminatoire », *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 25, n° 1, 2010, p. 53, note. 6 (« On notera que, dans la littérature en droit, les termes "discrimination multiple" et "multi-discrimination" renvoient à la fois à la discrimination composée (*compounded discrimination*), qui repose sur une logique cumulative additionnant les différents motifs de discrimination, et à la discrimination intersectionnelle (*intersectional discrimination*) qui affirme que la combinaison des différents motifs de discrimination produit une nouvelle forme de discrimination qui ne peut se réduire à la somme de ses composants. Ruth Nielsen, « Is European Union Equality Law Capable of Addressing Multiple and Intersectional Discrimination Yet? » dans *European Union Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law*, dir. Dagmar Schiek et Victoria Chege (Londres : Routledge Cavendish, 2009), 31-51 ») ; LAULOM, S., « L'interdiction des discriminations », *Semaine sociale Lamy*, n° 1582, avril 2013 (« Les auteurs distinguent également des formes différentes de discriminations multiples. La discrimination composée ou additive décrirait une situation où une personne souffre de discriminations fondées sur deux motifs ou plus à la fois et où l'un des motifs s'ajoute à la discrimination fondée sur un autre. La discrimination intersectionnelle désignerait une situation où plusieurs motifs agissent et interagissent les uns avec les autres en même temps d'une manière telle qu'ils sont inséparables ») ; MOIZARD, N., « La CJUE limite la reconnaissance de la discrimination multiple », *RDT*, 2017, p. 267 et s. (« Pour reprendre la typologie établie par la doctrine, la discrimination multiple est généralement définie comme une discrimination basée sur plus d'un seul motif. Lorsqu'un motif s'ajoute à un autre, il s'agit d'une "discrimination additive", alors que lorsque différents motifs de discrimination interagissent les uns avec les autres, cela peut constituer une discrimination "intersectionnelle". L'interaction de ces critères crée un type spécifique de discrimination ») ; MARTIN, P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? », *op. cit.*, p. 588-589 (« Les travaux académiques mettent en évidence plusieurs types de discrimination multiple. Celle-ci est généralement définie comme une discrimination basée sur plus d'un seul motif, mais on peut distinguer les cas dans lesquels un motif s'ajoute à un autre, ce que traduit le concept de "discrimination additive", des cas de "discrimination intersectionnelle" – ou discrimination multiple par intersection – dans lesquels les différents motifs de discrimination interagissent les uns avec les autres »). V. encore MONAGHAN QC, C., « Multiple and Intersectional Discrimination in EU Law », *European Anti-Discrimination Law Review*, n° 13, 2011, p. 20-32, not. p. 25.

motifs lorsque la prise en compte d'une caractéristique s'ajoute à la prise en compte préalable d'une autre afin de renforcer l'effet défavorable. À titre d'illustration, la période du congé maternité et celle du mandat syndical d'une salariée peuvent être soustraites du calcul de son ancienneté au sein d'une entreprise. Il est alors possible d'apprécier l'effet de la prise en compte de la situation de maternité, qui engendre un manque à gagner évaluable pour la requérante, auquel s'ajoute un second manque à gagner imputable à la prise en compte cumulative de l'activité syndicale. Le second sous-concept (*i.e.* discrimination intersectionnelle) traduit un point de vue spécifique qui apprécie l'influence jointe des motifs sous l'angle de leur interaction. Il s'agit d'insister sur le fait qu'ils produisent ensemble – et parfois ensemble seulement – l'effet défavorable, sans chercher à établir de hiérarchie ou de prépondérance et, surtout, sans chercher à apprécier séparément leurs influences respectives. Un employeur peut, par exemple, licencier un de ses salariés, homosexuel séropositif, en invoquant des raisons de sécurité, sans remettre en cause le maintien dans l'emploi de ses collègues homosexuels et de ses collègues hétérosexuels séropositifs. La discrimination intersectionnelle permet ici la mise en lumière du préjugé situé au cœur de la combinaison des motifs de l'orientation sexuelle et de l'état de santé, qui fonde le traitement défavorable.

951. En résumé, plusieurs caractéristiques peuvent être avancées pour clarifier l'usage doctrinal de la discrimination multiple. Tout d'abord, elle qualifie un type de discrimination qui ne repose pas nécessairement sur de multiples actes mais toujours sur de multiples motifs. Sa spécificité dérive ensuite de l'appréciation de l'influence de ces motifs dans la production d'un effet défavorable. Elle permet de placer au cœur de l'analyse la perception précise qu'a l'auteur de la discrimination directe de la victime³⁵⁶² ou, en alternative, le fonctionnement détaillé des mécanismes de production du désavantage particulier en dépit d'une apparence neutre de la mesure. La discrimination multiple peut alors déboucher sur une appréciation fine du préjudice susceptible d'être attribué pour partie à un motif et pour partie à un autre (*i.e.* appréciation disjointe et discrimination composée) ou insusceptible d'être imputé à un motif particulier en raison d'un effet conjugué de leur prise en compte (*i.e.* appréciation jointe et discrimination intersectionnelle). À l'instar de la discrimination

³⁵⁶² *Nota bene* : il n'y a dès lors pas d'intégration du point de vue interne de la victime au sein de l'analyse en vue de la qualification. La discrimination multiple demeure en effet attachée à l'évaluation de l'assignation identitaire et négative située à la source de l'acte ou, en alternative, des mécanismes concourant à l'effet discriminatoire. En aucun cas elle ne sert à caractériser les particularités de la victime qui collectionnerait les motifs de discrimination. Il ne s'agit pas d'une méthode de caractérisation des sujets de la discrimination, déplaçant le cœur de l'analyse de la perception externe ou des mécanismes d'action de l'effet défavorable vers la sacralisation du point de vue interne de la victime.

par association, ce type de discrimination est enfin susceptible de se décliner sous l'angle de la discrimination directe³⁵⁶³ ou indirecte³⁵⁶⁴.

952. Une fois ces précisions établies, il importe de considérer le profil des victimes susceptibles de déférer aux juridictions des cas de discrimination multiple. Elles sont essentiellement caractérisées par une particulière vulnérabilité (*e.g.* enfants handicapés, salariées étrangères, mères célibataires). De telle sorte que, pour Marie Mercat-Bruns, freiner l'appréhension de la discrimination multiple revient à freiner l'accès au droit des plus vulnérables³⁵⁶⁵. Maintenir une approche unidimensionnelle de la discrimination – qui ne retient qu'un seul motif – pour appréhender les traitements défavorables que subissent ces personnes, lorsque lesdits traitements sont fondés sur plusieurs motifs, comporte aussi un risque important de réductionnisme. L'approche unidimensionnelle de la discrimination peut, certes, paraître suffisante à la sanction de l'acte litigieux en cas de discrimination composée. Le requérant pourra toujours contester non pas un mais bien deux traitements défavorables (*e.g.* la soustraction du congé maternité de la période d'ancienneté d'une part, la soustraction de la période du mandat syndical d'autre part). Cette approche est en revanche nécessairement inadéquate³⁵⁶⁶ en cas de discrimination intersectionnelle. L'appréciation de la combinaison des motifs – et donc la reconnaissance de leur pluralité – est dans ce cas indispensable. En raison de la synergie de leurs influences dans la production de l'effet défavorable, le traitement ne se traduit pas dans cette hypothèse sous la forme de discriminations unidimensionnelles, individualisables³⁵⁶⁷. Il convient donc de délaisser l'approche unidimensionnelle de la discrimination pour lui préférer une approche pluridimensionnelle – qui retient l'influence de plusieurs motifs. Celle-ci est plus à même de saisir la discrimination multiple.

³⁵⁶³ Par exemple, un employeur licencie un salarié homosexuel séropositif en prenant explicitement en compte son orientation sexuelle et son état de santé.

³⁵⁶⁴ Par exemple, un employeur décide de priver du bénéfice d'une prime les salariés n'ayant pas atteint 70 % des objectifs fixés pour le mois en cours, en fondant la fixation des objectifs de référence sur les performances d'un travailleur à temps plein, et alors que cette décision intervient dans un contexte de grève. Les femmes, davantage affectées par la mesure en raison de leur surreprésentation dans les emplois à temps partiel de l'entreprise, d'autant plus lorsqu'elles ont également participé au mouvement de grève, sont susceptibles de plaider la discrimination multiple fondée sur le sexe et les opinions politiques, en dépit d'une mesure en apparence neutre – car ne prenant en compte explicitement aucune caractéristique protégée.

³⁵⁶⁵ MERCAT-BRUNS, M., « Les discriminations multiples et l'identité au travail au croisement des questions d'égalité et de libertés », *RDT*, 2015, p. 28 et s. : « se pose effectivement dans le contentieux des discriminations multiples, le problème de l'accès au droit des personnes ou, plutôt, de la mobilisation du droit par les travailleurs plus vulnérables ».

³⁵⁶⁶ En ce sens, v. entre autres LANQUETIN, M-T., « Discrimination », *op. cit.*, § 80 : « Si la recherche du motif déterminant invite à une appréhension large des faits, il ne rend cependant pas compte des interactions car le "judiciaire" réduit la réalité [...] On peut soutenir enfin qu'une discrimination aussi complexe est indissociable dans ses différents éléments et que le débat judiciaire devrait permettre d'appréhender les discriminations multiples dans toutes leurs composantes ».

³⁵⁶⁷ V. ici COUR EDH, Grande ch., *Garib c. Pays-Bas*, opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque, *op. cit.*, § 39 : « C'est précisément cette prise en considération des effets néfastes supplémentaires produits par la combinaison des facteurs de discrimination qui s'avère aujourd'hui indispensable dans les situations complexes de discrimination. Se contenter d'additionner les facteurs de discrimination multiples (*sic*) ne suffit pas toujours, notamment quand l'intersection des discriminations amplifie leurs conséquences. Une telle synergie ne débouche pas nécessairement sur une accumulation de discriminations unitaires, mais sur une forme nouvelle de discrimination multidimensionnelle ».

Elle permet de mieux apprécier les effets réels sur les victimes, y compris le préjudice subi, et de mieux déterminer les mesures correctrices adéquates. Identifier au plus près le phénomène facilite en effet l'élaboration de réponses efficaces aux mécanismes de production de l'effet défavorable, notamment d'éventuelles mesures curatives ou mesures d'intérêt public³⁵⁶⁸, qu'il s'agisse de répondre à des stéréotypes et préjugés ou à l'interaction de mesures en apparence neutres. En dépit de ces enjeux particulièrement importants, la reconnaissance jurisprudentielle de la discrimination intersectionnelle et l'adoption d'une approche jointe des motifs sont freinées par plusieurs obstacles.

953. Premièrement, l'approche pluridimensionnelle est rarement envisagée par les conseils qui préfèrent, généralement, invoquer séparément les motifs de discrimination qui fondent la requête³⁵⁶⁹. Cela s'explique, en partie, par un manque d'expertise des avocats. Ces derniers éprouvent parfois une difficulté à saisir la discrimination multiple³⁵⁷⁰ et préfèrent en rester à une approche cloisonnée, unidimensionnelle. Deuxièmement, lorsqu'elle est empruntée, l'approche pluridimensionnelle semble réduire plus qu'augmenter les chances de succès du requérant. Ce constat, partagé par Marie Mercat-Bruns³⁵⁷¹, est soutenu par quelques rares études empiriques en la matière³⁵⁷², ainsi que par l'analyse de quelques cas récents³⁵⁷³. Évelyne Serverin et Frédéric Guiomar envisageaient en 2013 que l'invocation d'une pluralité des motifs puisse affaiblir les chances de succès de la requête parce qu'elle est perçue au fond comme « une certaine indécision des demandeurs »³⁵⁷⁴. La rhétorique des défendeurs semble en effet insister sur ce point. Dans un arrêt de janvier 2017, le mis en cause avançait par exemple devant la cour d'appel de Versailles que « les

³⁵⁶⁸ Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, II.

³⁵⁶⁹ En ce sens, v. COMMISSION EUROPÉENNE, *Lutte contre la discrimination multiple*, *op. cit.*, p. 21 : « La jurisprudence au Danemark, en Lettonie, en Suède, en Irlande et au Royaume-Uni montre que les affaires de discrimination multiple sont bien identifiées et arrivent au niveau des organes de résolution des litiges. Cependant, il convient de noter que dans les procès, les différents motifs sont souvent traités séparément. Ainsi, si une affaire implique les motifs de race et de genre, la discrimination raciale sera habituellement invoquée séparément de celle de la discrimination fondée sur le sexe ; elles ne sont pas traitées comme inextricablement liées ».

³⁵⁷⁰ En ce sens, v. MARTIN, P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? », *op. cit.*, p. 587 : ces « formes particulières de discrimination [...] ne sont en général pas bien prises en charge par le système juridique. Dans les droits nationaux, en effet, les plaintes fondées sur une discrimination multiple prennent très rarement en compte le problème dans sa globalité : les avocats et les juristes ont tendance à en rester à une approche "unidimensionnelle", sur le plan de l'action judiciaire, et à se fonder sur un seul motif principal de discrimination ».

³⁵⁷¹ MERCAT-BRUNS, M., « Les discriminations multiples et l'identité au travail au croisement des questions d'égalité et de libertés », *loc. cit.* : « même lorsque des demandes sont formées par ceux qui possèdent différentes caractéristiques, source de discriminations, ils obtiennent moins facilement gain de cause que ceux qui contestent une discrimination fondée sur un seul critère prohibé ».

³⁵⁷² V. not. SERVERIN, E., et GUIOMARD, F., *Des revendications des salariés en matière de discrimination et d'égalité*, *op. cit.*, p. 131-132 : « sur les 24 cas signalés [requêtes fondées sur plusieurs motifs dont le sexe], 9 seulement se soldent par une victoire du salarié ».

³⁵⁷³ V. entre autres : CA Versailles, 28 juin 2018, n° 16/01701 ; CA Paris, 13 décembre 2012, n° 11/12367 ; CA Dijon, ch. soc., 31 mai 2007, n° 06/01279.

³⁵⁷⁴ SERVERIN, E., et GUIOMARD, F. (dir.), *Des revendications des salariés en matière de discrimination et d'égalité*, *op. cit.*, p. 132. Constat partagé par Marie Mercat-Bruns. V. MERCAT-BRUNS, M. « Les discriminations multiples et l'identité au travail au croisement des questions d'égalité et de libertés », *loc. cit.*

accusations de la salariée [étaient] particulièrement vagues et imprécises [car] elle ne [déterminait] pas l'origine de la discrimination dont elle était l'objet, évoquant à la fois sa grossesse et ses origines »³⁵⁷⁵. Il est délicat dans ces conditions de reprocher aux plaideurs de privilégier l'approche unidimensionnelle. Leur choix peut correspondre à un intérêt stratégique. Le pragmatisme conduit alors à tout miser sur le motif dont la prise en compte en vue du traitement défavorable sera la plus aisée à démontrer³⁵⁷⁶. C'est davantage le manque d'expertise ou de culture antidiscriminatoire des autorités d'application du droit qui peut être souligné. Ces dernières font preuve d'une certaine rigidité dans le raisonnement juridique³⁵⁷⁷. Ces rigidités, qui marquent au fond un défaut de volontarisme et d'expertise, se retrouvent notamment au niveau européen dans différents cas d'espèce qui offraient l'occasion d'une pleine reconnaissance prétorienne de la discrimination intersectionnelle. En vain.

954. Dans l'affaire *Johann Odar*, dont a eu à connaître la CJUE en 2012³⁵⁷⁸, il était question d'un plan social qui attribuait des indemnités compensatoires en fonction de l'ancienneté et de la date de départ à la retraite pour les salariés de plus de cinquante-quatre ans. Pour déterminer la date de départ, la date possible de retraite anticipée était prise en compte pour les salariés handicapés, aboutissant ainsi à réduire le montant de l'indemnité pour ces derniers. Le requérant alléguait une discrimination directe fondée sur l'âge ainsi qu'une discrimination indirecte fondée sur le handicap. L'avocate générale Eleanor Sharpston soulignait trois effets particulièrement défavorables de la mesure, en apparence neutre : l'attribution d'une indemnité plus faible aux travailleurs handicapés licenciés, l'absence de prise en compte de leur difficulté accrue à retrouver un travail à plus de cinquante-quatre ans, ainsi que la tendance à favoriser leur licenciement en raison d'un coût économique plus faible qu'en cas de licenciement de salariés valides – dont l'indemnité compensatoire serait plus élevée. Elle concluait en conséquence à une discrimination indirecte fondée sur le handicap. La Cour a suivi l'avis de l'avocate générale, sans retenir la discrimination directe fondée sur l'âge mais, surtout, sans chercher à mettre en relation les deux critères. Il peut

³⁵⁷⁵ CA Versailles, 15^{ème} ch., 4 janvier 2017, n° 15/02008. Cette requête, relative à un retard dans l'évolution de carrière et de rémunération, a néanmoins connu une issue positive.

³⁵⁷⁶ En ce sens, v. COMMISSION EUROPÉENNE, *Lutte contre la discrimination multiple*, *op. cit.*, p. 21. Pour quelques illustrations, également liées à l'« évitement du critère racial », v. MERCAT-BRUNS, M., « Racisme au travail : les nouveaux modes de détection et les outils de prévention », *Dr. Soc.*, 2017, p. 361 et s.

³⁵⁷⁷ *Idem*, p. 22. Certains auteurs sont allés jusqu'à avancer l'hypothèse d'une reproduction des inégalités de traitement à l'égard des victimes de la part des acteurs judiciaires eux-mêmes. V. MERCAT-BRUNS, M., « Les discriminations multiples et l'identité au travail au croisement des questions d'égalité et de libertés », *loc. cit.* : « Des études nationales et internationales sur les discriminations multiples dénoncent les difficultés que rencontrent les personnes, notamment au travail, pour reconnaître qu'elles font l'objet de ces discriminations conjuguées qui les découragent, consciemment ou inconsciemment, à agir en justice. Difficultés pour obtenir gain de cause, une fois qu'elles sont en procès ou inégalités de traitement de la part des acteurs de l'arène judiciaire eux-mêmes, qu'ils soient magistrats, avocats ou forces de l'ordre » (nous soulignons).

³⁵⁷⁸ CJUE, 2^e ch., 6 décembre 2012, *Johann Odar*, aff. C-152/11.

alors être regretté que celle-ci ait procédé à une analyse cloisonnée et ait envisagé deux cas de discrimination potentielle, et non un seul. Certains auteurs ont pu relever qu'un tel procédé « semble réducteur et conduit à une curieuse opposition dans l'appréhension des deux motifs de discrimination »³⁵⁷⁹.

955. À défaut d'être saisie par elle en 2012, cette approche fut amenée à la CJUE en 2016 par le biais d'une question préjudicielle inédite dans l'affaire *David L. Parris*³⁵⁸⁰. En l'espèce, il était question d'un régime de pension pour les survivants, dont le bénéficiaire était conditionné au mariage ou à la conclusion d'un partenariat avec l'époux bénéficiaire avant le sixtième anniversaire de l'employé. Au regard de la législation irlandaise, une telle union civile était juridiquement impossible avant 2010 pour le requérant, homosexuel. Après un départ à la retraite en 2010 et un partenariat civil juridiquement reconnu en Irlande en 2011, le requérant avait formulé une demande visant à faire bénéficier son conjoint du droit à pension. La demande fut rejetée faute d'avoir conclu ledit partenariat avant ses soixante ans. M. Parris alléguait en conséquence une discrimination fondée sur l'âge et l'orientation sexuelle (*i.e.* approche pluridimensionnelle, discrimination multiple). Les deux premières questions préjudicielles du tribunal irlandais portaient, séparément, après décomposition, sur ces deux motifs (*i.e.* approche unidimensionnelle, les discriminations potentielles étant conçues comme alternativement fondées sur l'un ou l'autre des motifs invoqués). La troisième question, subsidiaire, était la suivante : à défaut de discrimination « *seulement* » en raison de l'orientation sexuelle ou, *en alternative*, « *seulement* »³⁵⁸¹ en raison de l'âge, « faut-il retenir l'existence d'une discrimination [en raison de] *l'effet combiné* de l'âge et de l'orientation sexuelle ? »³⁵⁸² (*i.e.* approche pluridimensionnelle, discrimination intersectionnelle en raison de l'approche jointe de l'influence des motifs). La CJUE était ainsi expressément appelée à se prononcer sur la prise en compte de la discrimination intersectionnelle, comme le relevait l'avocate générale Juliane Kokott³⁵⁸³.

956. La démarche conduite par l'avocate générale était particulièrement audacieuse. Concluant, d'une part, à l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle et, d'autre part, à l'existence d'une discrimination directe fondée sur l'âge, il n'était pas nécessaire de répondre

³⁵⁷⁹ LAULOM, S., « L'interdiction des discriminations », *loc. cit.*

³⁵⁸⁰ Sur l'aspect inédit de la question, v. Conclusions de l'avocate générale Mme Juliane Kokott présentées le 30 juin 2016, aff. C-443/15, *Dr. David L. Parris*, pts. 149 et 153 « Même si elle a déjà été saisie, par le passé, de cas dans lesquels plusieurs de ces facteurs sommeillaient en coulisse, la Cour n'a jusqu'ici – pour autant que nous sachions – pas eu l'occasion de se prononcer concrètement sur cette question » de « la combinaison d'au moins deux motifs d'inégalité de traitement », « dimension nouvelle et dont il doit être tenu dûment compte ».

³⁵⁸¹ Pour une reformulation de la question préjudicielle explicite, comprenant cette emphase, v. *idem*, pt. 147.

³⁵⁸² CJUE, 1^e ch., 24 novembre 2016, *David L. Parris*, aff. C-443/15, pt. 29 (nous soulignons).

³⁵⁸³ Conclusions de l'avocate générale Mme Juliane Kokott présentées le 30 juin 2016, aff. C-443/15, *op. cit.*, pt. 149, note 74 : « la question qui nous occupe ici a trait à la combinaison d'au moins deux facteurs, dont chacun, pris isolément, ne conduit pas encore à une discrimination de l'intéressé ». V. aussi *idem*, pt. 149.

à la troisième question, subsidiaire, de la juridiction irlandaise³⁵⁸⁴. Si les premières réponses étaient suffisantes, Juliane Kokott s'était néanmoins pleinement saisie de la discrimination multiple. Elle estimait, premièrement, que « ce serait méconnaître l'importance de l'interdiction de discrimination [...] que de disséquer une situation de vie comme celle de la présente espèce et de l'apprécier isolément, du point de vue seulement de l'un *ou* de l'autre motif d'inégalité de traitement »³⁵⁸⁵ (rejet de l'approche unidimensionnelle et préférence pour une approche pluridimensionnelle en cas d'invocation pertinente de plusieurs motifs). Elle rejetait toute approche restrictive des directives européennes et conclut à leur pleine applicabilité en cas de combinaison de plusieurs caractéristiques protégées³⁵⁸⁶. Deuxièmement, lorsqu'une analyse cloisonnée n'aboutit pas à la reconnaissance d'une discrimination, il conviendrait selon elle d'envisager l'approche jointe des motifs qui sous-tend la discrimination intersectionnelle³⁵⁸⁷. Une telle discrimination était bien présente en l'espèce selon l'avocate générale³⁵⁸⁸, dont le raisonnement ne fut néanmoins pas entériné par la Cour.

957. La CJUE s'est d'abord refusée – de manière fort contestable – à reconnaître en l'espèce toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, puis sur l'âge³⁵⁸⁹. Considéré à la lueur de la subsidiarité que conférait Juliane Kokott à l'approche jointe des motifs, l'intérêt de la discrimination intersectionnelle s'en trouvait considérablement renforcé. Tout en reconnaissant la possible sanction de discrimination multiple, lorsque les discriminations en raison de motifs isolément considérés ont d'ores et déjà été établies (« certes, une discrimination peut être fondée sur plusieurs des motifs visés à l'article 1 de la directive 2000/78 »)³⁵⁹⁰, la CJUE rejeta cependant

³⁵⁸⁴ *Idem*, pt. 148.

³⁵⁸⁵ *Idem*, pt. 153 (nous soulignons).

³⁵⁸⁶ *Ibidem* : « la règle fondamentale de la directive, selon laquelle aucune discrimination en raison de l'un des motifs d'inégalité de traitement qu'elle prévoit ne doit se produire [...], doit valoir également pour les cas où une éventuelle discrimination repose sur une combinaison de plusieurs de ces motifs ». V. aussi pt. 155 : « Si le fait d'être pénalisé de manière particulière au regard d'*un* des facteurs cités à l'article 1^{er} de la directive 2000/78 suffit pour considérer qu'une situation relève de la catégorie des discriminations indirectes [...], alors il doit en aller de même lorsque les personnes concernées sont pénalisées de manière particulière non pas en raison d'un seul, mais de la combinaison d'au moins deux des facteurs en question. En effet, la portée de l'interdiction des discriminations dans la directive 2000/78 ne saurait être définie de manière restrictive eu égard à son caractère fondamental » (nous soulignons).

³⁵⁸⁷ *Idem*, pt. 154 : « Si un traitement défavorable ne peut pas être imputé à l'*un* des critères d'inégalité de traitement [...] *seulement* [...], comme la juridiction de renvoi le précise en fondement de sa troisième question, alors il y a lieu, d'après nous, d'apprécier les faits sous l'angle de la *discrimination indirecte*. Dans ce cas, il convient donc d'apprécier [...] si les intéressés peuvent être particulièrement pénalisés par la mesure en question, et ce spécialement *en raison de la combinaison d'au moins deux motifs d'inégalité de traitement* » (nous soulignons).

³⁵⁸⁸ *Idem*, pt. 156 : « Dans un cas comme celui de la présente espèce, il y aurait lieu de considérer qu'en application de l'article 2, paragraphe 2, sous b), de la directive 2000/78, on est en présence d'une pénalisation particulière de travailleurs comme M. Parris en raison d'une combinaison de leur orientation sexuelle et de leur âge, et ce au motif que les conditions d'assurance entraînent de facto que leur partenaire survivant serait systématiquement et spécialement exclu du bénéfice de la pension de survie ».

³⁵⁸⁹ CJUE, 1^{er} ch., 24 novembre 2016, *David L. Parris*, *op. cit.*, pts. 62 et 78.

³⁵⁹⁰ *Idem*, pt. 80. V. encore pt. 81 : « *lorsqu'une* disposition nationale *n'institue ni* une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle *ni* une discrimination fondée sur l'âge, une telle disposition ne saurait établir une discrimination fondée sur la combinaison de ces deux facteurs » (nous soulignons).

l'intersectionnalité. Elle considéra en effet qu'« il n'existe, toutefois, aucune *nouvelle catégorie* de discrimination résultant de *la combinaison de plusieurs de ces motifs* tels que l'orientation sexuelle et l'âge, dont la constatation puisse être effectuée, lorsque la discrimination en raison desdits motifs, isolément considérés, n'a pas été établie »³⁵⁹¹. Elle prit ainsi le contre-pied parfait de l'avocate générale qui plaidait, quant à elle, pour une utilité subsidiaire de l'approche jointe des motifs et de la discrimination intersectionnelle. La Cour estima en l'espèce que les modalités de mise en œuvre du régime de pension ci-dessus envisagé n'étaient constitutives d'aucune forme de discrimination, le tout « sans réelle motivation »³⁵⁹², avançant simplement ne pas vouloir trahir la lettre du texte, « fût-ce en renonçant à son esprit »³⁵⁹³. La Cour EDH aurait alors, de son côté, pu montrer la voie en faisant preuve de davantage d'audace.

958. Dans une affaire traitée en 2012 et relative à la contestation de contrôles policiers, ciblés et violents à l'encontre de la requérante, la Cour EDH avait laissé espérer davantage de panache face à la reconnaissance de la discrimination intersectionnelle. Elle concluait à la violation de l'article 14 de la Convention car « les juridictions internes n'[avaient] pas pris en considération la vulnérabilité spécifique de la requérante, inhérente à sa qualité de femme africaine exerçant la prostitution »³⁵⁹⁴. Si elle n'évoquait pas frontalement l'intersectionnalité, elle préparait parfaitement le terrain pour ce qui, cinq ans plus tard, constituait l'occasion idéale d'une consécration explicite. Après un jugement par la troisième section de la Cour en 2016, Mme Garib, mère célibataire de deux enfants, demandait un réexamen de sa requête en grande chambre à la lueur de l'article 14, non soulevé préalablement. Elle alléguait une discrimination fondée sur son sexe et sa situation de pauvreté dans l'accès au logement à la suite d'un refus d'autorisation de résidence, notamment du fait de ses faibles revenus et du bénéfice d'aides sociales. Les juges de Strasbourg refusèrent néanmoins de requalifier les faits de la cause³⁵⁹⁵. Ils écartèrent ainsi l'épineuse question de la discrimination intersectionnelle, au grand regret du juge Pinto de Albuquerque, lequel profita de l'occasion pour rédiger une opinion dissidente. Il soulignait notamment dans cette opinion que « la situation de Mme Garib se prêtait hélas à merveille à ce type d'analyse [en raison de] la situation intersectionnelle de la requérante, à la fois femme et pauvre »³⁵⁹⁶. Il poursuivait en précisant que « les autorités, et *a fortiori* la Cour, auraient dû prendre en considération cette vulnérabilité particulière résultant de la combinaison de plusieurs facteurs de discrimination [afin de] rendre compte de la globalité des

³⁵⁹¹ *Ibidem* (nous soulignons). Sur la notion de catégories de discrimination, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, II, A.

³⁵⁹² LAULOM, S., « L'interdiction des discriminations du fait l'âge », *loc. cit.*

³⁵⁹³ MOIZARD, N., « La CJUE limite la reconnaissance de la discrimination multiple », *loc. cit.*

³⁵⁹⁴ COUR EDH, 3^e sect., 24 juillet 2012, *B.S. c. Espagne*, req. n° 47159/08, § 71-72. V. aussi COUR EDH, Grande ch., 1^{er} juillet 2014, *SAS c. France*, req. n° 43835/11, § 80, 90 et 161.

³⁵⁹⁵ V. COUR EDH, Grande ch., 6 novembre 2017, *Garib c. Pays-Bas*, *op. cit.*, § 95-98.

³⁵⁹⁶ *Idem*, opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque, à laquelle se rallie le juge Vehabovic, § 39.

effets négatifs [et de] constater, de manière incontestable, que la mesure en cause ne pouvait pas être proportionnée »³⁵⁹⁷. Avec lui, « espérons que cette occasion manquée comptera et inspirera une solution différente pour l'avenir »³⁵⁹⁸. La décision de la Cour du 25 juillet 2017 dans l'affaire *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal* a depuis prolongé cet espoir. Une motivation stéréotypée de la Cour administrative suprême du Portugal, la conduisant à réduire les dommages-intérêts attribués en réparation du préjudice sexuel pour une femme quinquagénaire qui avait subi un sectionnement du nerf pudendal lors d'une opération gynécologique, a abouti à la reconnaissance d'une discrimination fondée sur l'âge et le sexe³⁵⁹⁹. En revanche, la Cour ne se prononce toujours pas explicitement sur la notion de discrimination intersectionnelle.

959. Au niveau national, enfin, il est relativement complexe de sonder la dynamique jurisprudentielle tant la question de la reconnaissance des discriminations intersectionnelles ne semble pas abordée ouvertement. Tout au plus peut-il être relevé que certaines affaires auraient mérité un éclairage intersectionnel. C'est notamment ce que soulignait Stéphanie Hennette-Vauchez au sujet de la décision du 22 novembre 2011 du tribunal administratif de Montreuil³⁶⁰⁰. Par cette décision, le juge administratif rejeta les allégations de discrimination soulevées à l'encontre d'un règlement intérieur d'un établissement scolaire qui prévoyait la neutralité religieuse des parents accompagnateurs de sorties scolaires ou, plus concrètement, des mères voilées accompagnatrices³⁶⁰¹. Si l'auteure reconnaît que « le juge administratif français n'est pas le seul à avoir du mal à appréhender l'intersectionnalité », elle estime néanmoins qu'il est temps « que cette perspective vienne enrichir le débat français »³⁶⁰². Le juge judiciaire semble quant à lui mieux disposé. La Cour de cassation a notamment considéré en 2012 le licenciement d'un serveur en raison du port d'une boucle d'oreille comme étant discriminatoire et fondé sur deux motifs, en l'occurrence le sexe et l'apparence physique (*i.e.* approche pluridimensionnelle, discrimination multiple). Le fondement de la discrimination identifiée par la chambre sociale était, plus

³⁵⁹⁷ *Ibidem*.

³⁵⁹⁸ *Idem*, § 40.

³⁵⁹⁹ COUR EDH, 4^{ème} sect., 25 juillet 2017, *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, req. n° 17484/15. V. not. § 52 : pour la Cour EDH, le postulat de la cour portugaise selon lequel « la sexualité ne revêtirait pas autant d'importance pour une quinquagénaire mère de deux enfants que pour une femme plus jeune [...] reflète une vision traditionnelle de la sexualité féminine – essentiellement liée aux fonctions reproductrices de la femme – et méconnaît son importance physique et psychologique pour l'épanouissement de la femme en tant que personne. Non seulement il est, d'une certaine manière, moralisateur, mais encore il ne tient pas compte des autres aspects de la sexualité féminine dans le cas précis de la requérante ».

³⁶⁰⁰ HENNETTE-VAUCHEZ, S., « Discrimination indirecte, genre et liberté religieuse : encore un rebondissement dans les affaires du voile », *AJDA*, 2012, p. 163 et s. : « il aurait aussi été possible de se poser la question de la mesure dans laquelle une discrimination indirecte fondée sur l'appartenance religieuse de la requérante était simultanément susceptible de s'accompagner d'une discrimination fondée sur le sexe ».

³⁶⁰¹ TA Montreuil, 22 novembre 2011, n° 1012015.

³⁶⁰² HENNETTE-VAUCHEZ, S., « Discrimination indirecte, genre et liberté religieuse : encore un rebondissement dans les affaires du voile », *loc. cit.*

précisément, et là réside l'ancrage intersectionnel latent, « l'apparence physique du salarié *rapportée* à son sexe »³⁶⁰³ (*i.e.* approche jointe des motifs). Si l'occasion ne fut – là encore – pas saisie pour se prononcer sur la discrimination intersectionnelle, la combinaison des motifs fut admise. Plus récemment, une requérante alléguait une discrimination fondée sur ses origines ethniques, sa situation de famille et ses grossesses devant la cour d'appel de Versailles. Celle-ci reconnut la discrimination, sans pour autant retenir son caractère composé, et condamna le mis en cause du chef de discrimination au regard « de sa situation de famille *ou* de son origine ethnique »³⁶⁰⁴ (*i.e.* approche unidimensionnelle). Compte tenu de ces balbutiements et de l'incertitude qui entourent les appréciations des discriminations multiples³⁶⁰⁵, à géométrie variable en fonction de juridictions, une potentielle reconnaissance explicite mérite d'être envisagée.

2) Face à la réticence des juridictions, quelles perspectives ?

960. L'hypothèse la plus franche d'une reconnaissance de la discrimination multiple, composée et intersectionnelle, reposerait sur une modification du droit positif, national et européen. Quelques voix se sont d'ores et déjà élevées en ce sens pour souligner le retard du droit européen face aux multiples initiatives en droit international³⁶⁰⁶. L'absence d'un « cadre commun »³⁶⁰⁷ qui permettrait aux États membres de saisir pleinement ces situations complexes est regrettable. Seuls quelques pays évoquent spécifiquement la discrimination multiple dans leur législation nationale³⁶⁰⁸. Tel est notamment le cas de l'Autriche, de l'Allemagne ou encore de l'Espagne³⁶⁰⁹. Le Royaume-Uni énonce quant à lui depuis 2010 à l'article 14 de son *Equality Act* la prohibition de la discrimination « *because of a combination of two relevant protected characteristics* »³⁶¹⁰. Le Canada suscite également les

³⁶⁰³ Cass. soc., 11 janvier 2012, n° 10-28.213, *Bull.* V, n° 12 (nous soulignons). La motivation énoncée par la lettre de licenciement était la suivante : « 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 ».

³⁶⁰⁴ CA Versailles, 15^{ème} ch., 4 janvier 2017, n° 15/02008.

³⁶⁰⁵ En ce sens, v. LHERNOULD, J-P., « L'homme aux boucles d'oreilles : liberté ou égalité ? », *Dr. Soc.*, 2012, p. 346 et s. Au sujet de l'arrêt de la chambre sociale du 11 janvier 2012 précité, l'auteur avançait que « dans ce cadre, on pouvait d'ailleurs se demander si les faits ne permettaient pas de caractériser une discrimination multiple, c'est-à-dire une situation discriminatoire simultanément sur plusieurs chefs. Or tout est à construire sur le régime juridique de telles discriminations ».

³⁶⁰⁶ COUR EDH, Grande ch., *Garib c. Pays-Bas*, opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque, *op. cit.* § 34 : « le concept de discrimination intersectionnelle recouvre en effet une réalité quasiment ignorée jusqu'ici par le système européen, alors qu'elle fait l'objet d'une reconnaissance croissante en droit international ».

³⁶⁰⁷ MARTIN, P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? », *op. cit.*, p. 607.

³⁶⁰⁸ V. EUROPEAN COMMISSION (FREDMAN, S.), *Intersectional Discrimination in EU Gender Equality and Non-Discrimination Law*, Bruxelles, Directorate-General for Justice and Consumers, 2016, p. 51-53.

³⁶⁰⁹ Sur ce point, v. not. COMMISSION EUROPÉENNE, *Lutte contre la discrimination multiple*, *op. cit.*, p. 20.

³⁶¹⁰ Soulignons néanmoins l'exclusion de la protection à l'encontre des discriminations multiples de certains motifs pourtant énumérés à l'article 4 de l'*Equality Act* : situation matrimoniale, union civile, grossesse et maternité. Isabelle Daugareilh souligne en sus deux autres limites de l'article 14 : « d'une part, il est possible de n'invoquer que deux motifs au plus de discrimination et, d'autre part, il ne peut s'appliquer qu'à des discriminations directes ». V. DAUGAREILH, I.,

louanges d'une partie de la doctrine qui considère que les autorités d'application du droit font preuve de « positions plus avant-gardistes »³⁶¹¹ et d'une « réelle prise de conscience de la discrimination multiple »³⁶¹². Cette dynamique est d'abord le fruit des réflexions de la juge L'Heureux-Dubé dans son opinion dissidente liée à la décision *Canada c. Mossop* en 1993³⁶¹³. La loi canadienne sur les droits de la personne énonce par ailleurs clairement depuis 1998 que la prohibition de la discrimination s'applique aux actes « fondés sur un ou plusieurs motifs de distinction illicite [*i.e.* discrimination composée] ou l'effet combiné de plusieurs motifs [*i.e.* discrimination intersectionnelle] ». Si les instances européennes n'ont pas franchi ce stade de reconnaissance du concept, elles ne demeurent pas pour autant muettes sur la question.

961. En peine devant les instances juridictionnelles, la discrimination multiple n'est en effet pas ignorée des instances européennes. Les directives communautaires y font référence depuis 2000 dans leurs exposés des motifs qui relèvent que « les femmes sont souvent victimes de discriminations multiples »³⁶¹⁴. Pour l'avocate générale Juliane Kokott, les rédacteurs de ces directives « étaient parfaitement conscients de l'existence de cette problématique et sont partis du principe qu'elle trouvait une solution adéquate dans les instruments mis à disposition par la directive »³⁶¹⁵. La Commission européenne, elle-même, semble se rallier à cette position lorsqu'elle précise dans un rapport de 2014 que « les directives permettent d'aborder une combinaison d'au moins deux motifs de discrimination »³⁶¹⁶. C'est en soutien de cette reconnaissance qu'il convient de considérer la multitude de références à la lutte contre les discriminations multiples dans les documents européens : diffusion d'informations dans le cadre de l'Année européenne des

« Les discriminations multiples. Une opportunité pour repenser le droit à la non-discrimination », *Hommes et migrations*, n° 1292, 2011, p. 39-40.

³⁶¹¹ MARTIN, P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? », *op. cit.*, p. 594-595.

³⁶¹² COMMISSION EUROPÉENNE, *Lutte contre la discrimination multiple*, *op. cit.*, p. 29-30.

³⁶¹³ *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 RCS 554, opinion dissidente de la juge L'Heureux-Dubé, p. 643-644 : « Il est de plus en plus reconnu qu'il peut y avoir chevauchement entre diverses catégories d'actes discriminatoires, et que certaines personnes peuvent être depuis toujours victimes d'exclusion pour un motif fondé à la fois sur la race et le sexe, l'âge et un handicap physique, ou toute autre combinaison d'actes discriminatoires. La situation de personnes qui sont victimes d'actes discriminatoires multiples est particulièrement complexe [...] Classer ce genre de discrimination comme étant principalement fondée sur la race ou sur le sexe, c'est mal concevoir la réalité des actes discriminatoires tels qu'ils sont perçus par les victimes. Il peut y avoir discrimination fondée sur plusieurs motifs de distinction et, lorsque cela se produit, il n'est pas réellement important de déterminer lequel des motifs l'emporte. Il peut être plus réaliste de reconnaître que deux types d'actes discriminatoires peuvent exister et se chevaucher ». V. également *Egan c. Canada*, [1995] 2 RCS 513, opinion dissidente de la juge L'Heureux-Dubé, p. 563 : « les formes de discrimination ne peuvent être réduites à des compartiments étanches ; il arrive fréquemment qu'elles se chevauchent largement ».

³⁶¹⁴ Directive n° 2000/43/CE, cons. 14 et directive n° 2000/78/CE, cons. 3.

³⁶¹⁵ Conclusions de l'avocate générale Mme Juliane Kokott présentée le 30 juin 2016, aff. C-443/15, *op. cit.*, pt. 152.

³⁶¹⁶ COMMISSION EUROPÉENNE, *Rapport commun sur l'application de la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 et de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000*, COM [2014] 2 final, Bruxelles, janvier 2014.

personnes handicapées³⁶¹⁷ ou de l'Année européenne de l'égalité des chances pour tous³⁶¹⁸, développement d'expertises face aux situations complexes de discrimination à l'égard des femmes³⁶¹⁹, y compris handicapées³⁶²⁰, définition du mandat de l'Agence de droits fondamentaux³⁶²¹ ou du Fonds social européen³⁶²². La multiplication des références à la discrimination multiple se trouve de surcroît doublée de recommandations d'organismes consultatifs qui plaident pour une appréhension franche de ce phénomène.

962. Le *Danish Institute for Human Rights* a notamment rédigé en 2007 un rapport, pour le compte de la Commission européenne, qui plaidait explicitement en faveur de l'introduction de dispositions spécifiques permettant d'appréhender la discrimination multiple, composée et intersectionnelle³⁶²³. Le Comité européen des régions considérait, deux ans plus tard, qu'il était temps de « mieux prendre en compte la discrimination multiple » par une définition claire du phénomène, par une reconnaissance législative, ainsi que par le développement d'un appareillage complet (*e.g.* aide aux victimes, enquêtes, rédaction de rapports) pour une protection rehaussée³⁶²⁴. Quant au Conseil européen économique et social, il poussait la recommandation plus avant, envisageant les modalités concrètes de consécration « afin que cette protection devienne effective dans les lois nationales et communautaires »³⁶²⁵. L'ajout d'un considérant au sein des directives fut à ce titre envisagé pour inciter les États membres à instaurer des procédures de traitement des discriminations multiples et garantir la possibilité d'invoquer différents motifs de discrimination au sein d'une seule et même plainte. En alternative, fut également envisagée l'adoption par la Commission d'une recommandation non contraignante qui inciterait les législateurs nationaux³⁶²⁶ et les juridictions à

³⁶¹⁷ CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, Décision (2001/903/CE) du 3 décembre 2001, JOUE (L), 19 décembre 2001. Cette décision prévoit de « diffuser des informations [...] adaptées notamment aux besoins des [...] personnes handicapées confrontées à des discriminations multiples ».

³⁶¹⁸ Décision du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006, n° 771/2006/CE, JOUE (L), 31 mai 2006. Cette décision envisage d'aborder « les problèmes de discriminations multiples, c'est-à-dire de discriminations sur la base de deux ou de plusieurs des motifs ».

³⁶¹⁹ CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, Décision (2001/51/CE) du 20 décembre 2000, JOUE (L) 19 janvier 2001. Cette décision promeut l'objectif d'« améliorer la compréhension [de] la discrimination multiple à l'égard des femmes ». V. encore CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, Décision du conseil du 27 novembre 2000 (2000/750/CE), JOUE (L), 2 décembre 2000.

³⁶²⁰ CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, Résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres, Communication (2008/C 75/01), JOUE (L) 26 mars 2008. Il est ici fait référence à l'examen de « la question des discriminations multiples à l'égard des femmes handicapées ».

³⁶²¹ CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, Décision N° 2008/203/CE du 28 février 2008, JOUE (L), 7 mars 2008. La FRA étant compétente pour s'intéresser à « toute combinaison [de] motifs (discrimination multiple) ».

³⁶²² Règlement (UE) n° 1304/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013, JOUE (L), 20 décembre 2013). Ce règlement prévoit d'accorder « une attention particulière aux personnes confrontées à une discrimination multiple ».

³⁶²³ COMMISSION EUROPÉENNE, *Lutte contre la discrimination multiple*, *op. cit.*, not. p. 7, 29 et 55.

³⁶²⁴ COMITÉ DES RÉGIONS, Avis (2009/C 211/12), JOUE (C), 4 septembre 2009.

³⁶²⁵ CESE, Avis (2009/C 182/04) COM (2008) 426 final, JOUE (C), 5 août 2009, not. § 4,1 et 4,2. V. encore CESE, Avis (2009/C 77/24), JOEU (C), 31 mars 2009.

³⁶²⁶ Sur ce point, il convient de relever que certains auteurs considèrent qu'une liste limitative des critères de discrimination tend à renforcer la croyance d'une nécessité de traiter les critères invoqués de manière dissociée. V. not.

tenir compte de la particularité de ces requêtes³⁶²⁷. Un déblocage pourrait également intervenir par voie jurisprudentielle à défaut de telles initiatives.

963. Cette perspective voit sa crédibilité renforcée au regard des initiatives d'instances onusiennes, tel le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, qui considère que la prohibition de la discrimination inclut « le recoupement de deux motifs de discrimination »³⁶²⁸ et que « cette discrimination cumulative a des conséquences bien spécifiques pour les personnes concernées et mérite une attention et des solutions particulières »³⁶²⁹. Il en va de même pour le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes. Il accorde une attention accrue aux femmes victimes de discrimination multiple, tant dans ses recommandations³⁶³⁰ que dans ses décisions³⁶³¹. La Cour interaméricaine des droits de l'homme n'est pas en reste. Elle a, entre autres, sanctionné un cas de discrimination multiple en raison d'un refus d'accès au système éducatif fondé sur le sexe, la pauvreté et l'état de santé de la victime³⁶³². En dépit de la décision de la Cour EDH dans l'affaire *Garib c. Pays-Bas*, le juge Pinto de Albuquerque souhaitait alimenter cette dynamique et considérait que le droit européen des droits de l'homme « se doit d'intégrer la [discrimination intersectionnelle] à son arsenal juridique »³⁶³³. Il poursuivait : « compte tenu de l'importance du phénomène, de ses conséquences en termes d'effectivité des droits garantis, et du consensus international existant à l'heure actuelle, la Cour européenne doit aujourd'hui inclure cette perspective dans le contrôle qu'elle opère au titre de l'article 14 »³⁶³⁴. De nombreux obstacles semblent toutefois persister en

SHEPPARD, C., « Grounds of Discrimination : Towards an Inclusive and Contextual Approach », *La revue du Barreau canadien*, vol. 80, 2001, p. 914-915.

³⁶²⁷ CESE, Avis (2009/C 182/04), *op. cit.*, § 4,1 et 4,2.

³⁶²⁸ COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, Observation générale n° 20, E/C.12/GC/20, 2 juillet 2009, § 27.

³⁶²⁹ *Idem*, § 17.

³⁶³⁰ COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES FEMMES, recommandation n° 28, CEDAW/C/GC/28, 16 décembre 2010, § 26 : « l'accent doit être mis sur les groupes de femmes qui sont le plus marginalisées ou qui pourraient être victimes de plusieurs formes de discrimination à la fois ».

³⁶³¹ COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES FEMMES, *Alyne da Silva Pimentel Teixeira c. Brésil*, Com. n° 17/2008, 27 septembre 2011, § 7.7 : « The Committee notes the author's claim that Ms. da Silva Pimentel Teixeira suffered from multiple discrimination, being a woman of African descent and on the basis of her socio-economic background. In this regard, the Committee recalls [...] its general recommendation No. 28 (2010) on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention, recognizing that discrimination against women based on sex and gender is inextricably linked to other factors that affect women, such as race, ethnicity, religion or belief, health, status, age, class, cast, and sexual orientation and gender identity [...]. In such circumstances, the Committee concludes that Ms. da Silva Pimentel Teixeira was discriminated against, not only on the basis of her sex, but also on the basis of her status as a woman of African descent and her socio-economic background ».

³⁶³² COUR IADH, 1^{er} septembre 2015, *Gonzales Lhuy et al. c. Équateur*, n° 298, § 290, tel que relevé et traduit in COUR EDH, Grande ch., *Garib c. Pays-Bas*, opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque, *op. cit.* § 38 : « la discrimination qu'a subie Talia non seulement était causée par de nombreux facteurs, mais procédait également d'une forme spécifique de discrimination résultant de l'intersection de ces facteurs ; en d'autres termes, si l'un de ces facteurs n'avait pas existé, la discrimination aurait été différente ».

³⁶³³ COUR EDH, Grande ch., *Garib c. Pays-Bas*, opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque, *op. cit.*, § 34.

³⁶³⁴ *Idem*, § 39. V. aussi § 40.

l'état. Ils complexifient l'appréhension contentieuse de ce type de discrimination³⁶³⁵ et viennent modérer la perspective d'une consécration jurisprudentielle de la discrimination intersectionnelle.

964. Le principal obstacle est lié à la méthode d'appréciation, jointe ou disjointe, des motifs³⁶³⁶. Si seule la première méthode permet l'appréhension de la discrimination intersectionnelle, c'est la seconde, plus habituelle pour les magistrats, qui est fréquemment privilégiée³⁶³⁷. À l'instar de l'approche choisie par la CJUE dans ses arrêts *Johann Odar* et *David L. Parris*, chaque motif fait l'objet d'une analyse autonome dans le cadre de l'approche disjointe, sans égard accordé à leur interaction. Ce procédé, commode pour le juge mais néanmoins réducteur³⁶³⁸, écarte en conséquence des prétoires la discrimination intersectionnelle. Outre le fait qu'il ne bouleverse pas la culture unidimensionnelle qui imprègne le contentieux de la non-discrimination, le maintien de ce procédé peut être fondé sur le souci de maintenir l'équilibre de la charge de la preuve. C'est notamment ce qu'avance Philippe Martin³⁶³⁹. Les éléments de preuve apportés par le requérant pour chacun des motifs sont traités séparément en cas d'approche disjointe. Il lui incombe en conséquence de mettre en exergue autant de différentiels engendrés par le traitement défavorable que de critères invoqués. En cas d'analyse jointe et sous réserve d'un comparateur, le différentiel à révéler, unique cette fois, apparaît plus aisément en raison de l'effet multiplicateur de la combinaison des motifs sur lesquels repose le traitement défavorable. Cette particularité fonde l'assertion de l'auteur lorsqu'il conclut que l'approche jointe « est en réalité très favorable au plaignant car il y aura dans ce cas de plus grandes probabilités de découvrir des différences de traitement »³⁶⁴⁰. À ce premier avantage pour le requérant s'en ajoute, toujours selon l'auteur, un second, en l'occurrence la complexification de la justification pour le défendeur. En cas d'approche jointe, il est à craindre que le défendeur ne soit que difficilement en mesure de se justifier face à « un comparateur unique construit de manière formelle et abstraite »³⁶⁴¹. Si la discrimination d'une salariée marocaine est plaidée en prenant un salarié français comme référentiel, la justification ne

³⁶³⁵ LAULOM, S., « L'interdiction des discriminations », *loc. cit.* : « en l'état actuel de la réflexion, une intervention relative aux discriminations multiples serait certainement prématurée et politiquement très difficile à réaliser ».

³⁶³⁶ Pour rappel : 1/ l'approche unidimensionnelle de la discrimination repose sur l'analyse d'un seul motif ; l'analyse pluridimensionnelle intègre l'analyse de plusieurs motifs de discrimination ; 2/ cette approche pluridimensionnelle peut conduire à une approche disjointe ou jointe de l'influence des motifs selon qu'ils sont perçus comme produisant l'effet défavorable cumulativement (*i.e.* discrimination composée) ou conjointement (*i.e.* discrimination intersectionnelle). Sur ce point, v. entre autres MARTIN, P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? », *op. cit.*, p. 603.

³⁶³⁷ En ce sens, v. COMMISSION EUROPÉENNE, *Lutte contre la discrimination multiple*, *op. cit.*, p. 21.

³⁶³⁸ *Flamand v. DGN Investments*, 2005 HRT0 10 (CanLII), par. 140 : « the reliance on a single axis analysis where multiple grounds of discrimination are found tends to minimize [or even obliterate] the impact of the other ground of discrimination ». L'ajout qui figure entre crochets correspond à la décision *Baylis-Flannery v. DeWilde (Tri Community Physiotherapy)*, 2003 HRT0 28 (CanLII), par. 144.

³⁶³⁹ MARTIN, P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? », *op. cit.*, p. 603-605.

³⁶⁴⁰ *Idem*, p. 604.

³⁶⁴¹ *Idem*, p. 605.

saurait en somme se borner à démontrer que la requérante n'est discriminée ni par rapport à un salarié marocain ni par rapport à une salariée française. À l'inverse, selon l'approche disjointe, le défendeur aurait été amené à se justifier, plus aisément, pour chaque différentiel avéré en fonction d'un seul motif, le sexe puis la nationalité. Cette argumentation, qui fonde le rejet de l'approche jointe des motifs de discrimination, est pourtant récusable.

965. Premièrement, l'argumentaire relatif à la difficile justification pour le défendeur du différentiel mis en exergue en cas d'approche jointe est parfaitement réversible. Une explication fréquemment avancée face au constat d'échec des requêtes qui allèguent une discrimination intersectionnelle réside, en effet, dans la difficulté pour le requérant de trouver le bon comparateur³⁶⁴². La preuve de la discrimination *prima facie* sera tout aussi délicate pour celui-ci, d'autant plus considérant la réticence des juges – du moins nationaux – à intégrer les comparateurs hypothétiques. Deuxièmement, il semble surtout précipité d'affirmer qu'en cas d'approche jointe des critères, le défendeur ne sera pas en mesure de se justifier à défaut de pouvoir prouver une égalité parfaite de traitement entre le requérant et le comparateur, entraînant en conséquence une culpabilité « automatique »³⁶⁴³. Il n'est en effet en aucun cas indispensable pour le défendeur de prouver l'égalité de traitement du comparateur et du requérant, en somme de prouver qu'il traite aussi bien le salarié français que la salariée marocaine au sein de son entreprise. Il lui suffit d'axer sa justification sur les éléments objectifs étrangers à toute discrimination qui sont susceptibles d'expliquer le traitement favorable du comparateur ou le traitement défavorable du requérant (*e.g.* compétence, résultat, productivité, ancienneté). La présomption de discrimination demeure parfaitement réfragable, y compris en cas d'approche jointe des motifs, et le défendeur voit ses droits procéduraux préservés, sans qu'il soit possible de conclure à un déséquilibre de la charge de la preuve, à son détriment.

966. La critique esquissée ci-dessus ne semble donc pas rédhibitoire. Même à admettre que l'approche jointe des motifs puisse se concrétiser sans préjudice de l'équité procédurale dans les prétoires, encore conviendrait-il de favoriser son appropriation par les juridictions. Le droit britannique illustre sur ce point ce que la CJUE s'est refusée à faire en 2016, à savoir fournir une ligne directrice aux juridictions pour saisir la discrimination multiple. L'article 14 de l'*Equality Act* précise depuis 2010 au Royaume-Uni qu'en cas de discrimination multiple, et contrairement à la

³⁶⁴² En ce sens, v. MERCAT-BRUNS, M., « Les discriminations multiples et l'identité au travail au croisement des questions d'égalité et de libertés », *loc. cit.* V. encore COMMISSION EUROPÉENNE, *Lutte contre la discrimination multiple*, *op. cit.*, p. 22 : « De plus, il est apparu de manière évidente que les cas de discrimination multiple peuvent déboucher sur des problèmes dans la recherche de preuves et dans l'identification des comparateurs appropriés ».

³⁶⁴³ MARTIN, P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? », *op. cit.*, p. 604.

jurisprudence antérieure³⁶⁴⁴, « *B need not show that A's treatment of B is direct discrimination because of each of the characteristics in the combination (taken separately)* ». La Cour fédérale canadienne ne dit pas autre chose lorsqu'elle précise en 2009 que, pour « mesurer l'effet cumulatif de la discrimination à laquelle le demandeur serait exposé [...], il est nécessaire de passer en revue les risques auxquels un Rom homosexuel séropositif serait exposé à son retour en Hongrie. Ce genre d'analyse est différent de l'analyse séparée des risques pour un homosexuel, ensuite pour une personne séropositive, et ensuite pour un Rom »³⁶⁴⁵. À supposer que les juridictions françaises et européennes finissent par s'approprier, elles aussi, l'approche jointe des motifs, resterait encore la question accessoire de savoir si, en cas de constat de discrimination, celle-ci supplante ou supplée l'approche disjointe.

967. Dans ses conclusions relatives à l'affaire *David L. Parris* de 2016, Juliane Kokott retenait la subsidiarité de l'approche jointe pour considérer que, « si un traitement défavorable ne peut pas être imputé à l'un des critères [...] *seulement* [...], alors il y a lieu, d'après nous, d'apprécier les faits sous l'angle de [...] la combinaison d'au moins deux motifs »³⁶⁴⁶. L'utilité de la discrimination intersectionnelle n'est, dans ce cas de figure, pleinement saisie qu'en cas d'échec de l'approche classique, motif par motif. Un pas supplémentaire pourrait consister à reconnaître la priorité de l'approche jointe – et non sa subsidiarité – lorsqu'est plaidée une discrimination intersectionnelle. Cette priorité pourrait être fondée sur le fait qu'elle permet une appréhension plus fine du désavantage subi et, en écho, une meilleure évaluation du préjudice ainsi qu'une élaboration adéquate des réponses curatives. Le tribunal ontarien des droits de la personne précisait en ce sens, en 2003, qu'il n'est en aucun cas nécessaire d'échouer en préalable à établir une présomption de discrimination dans le cadre d'une approche disjointe pour pouvoir envisager la discrimination intersectionnelle : « *While the findings of discrimination made in this case are of sufficient gravity that Ms Baylis-Flannery could succeed on either enumerated ground of race or sex, or on both grounds, one set following the other, the law must acknowledge that she is not a woman who happens to be Black, or a Black person who happens to be female, but a Black woman [...], the whole is more than the sum of the parts* »³⁶⁴⁷. C'est également pour ces raisons que le tribunal canadien des droits de la personne s'habilite à soulever d'office la discrimination intersectionnelle lorsqu'elle n'est pas plaidée. Il la considère comme un moyen d'ordre public (« *I find that there is a significant public interest in recognizing the potential intersectionality of allegedly discriminatory acts. Therefore, I conclude that it would be in the public interest to amend the Complaint to*

³⁶⁴⁴ En 2004, dans l'affaire *Babl v. The Law Society*, la *Court of Appeal* avait rejeté le raisonnement de l'*Employment Tribunal* pour rappeler que, indépendamment du ressenti de la victime, il était indispensable de conduire une analyse cloisonnée des critères de discrimination lorsque plusieurs étaient invoqués (*Babl v. The Law Society*, [2004] IRLR 799, [2004] EWCA Civ 1070). Soulignons toutefois que l'entrée en vigueur de l'article 14 a pour l'heure été suspendue.

³⁶⁴⁵ *Gorzsas c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 458 (CanLII), par. 36.

³⁶⁴⁶ Conclusions de l'avocate générale Mme Juliane Kokott présentées le 30 juin 2016, aff. C-443/15, *op. cit.*, pt. 154.

³⁶⁴⁷ *Baylis-Flannery v. DeWilde (Tri Community Physiotherapy)*, 2003 HRTO 28 (CanLII), par. 143.

include the ground of disability »³⁶⁴⁸). Ces initiatives témoignent d'une expertise manifeste sur la question, mise au service de l'appréhension fine du litige par le droit de la non-discrimination.

968. Le développement de l'expertise des juridictions relative à la discrimination intersectionnelle s'apparente précisément à un enjeu contentieux supplémentaire. Sans attendre qu'elles prennent appui sur Kimberlé Crenshaw à la manière des cours ontariennes qui se réfèrent directement aux articles de l'auteure³⁶⁴⁹, les juridictions françaises et européennes pourraient en revanche tirer davantage profit des éléments d'expertise qui leur sont soumis, notamment par le biais de tierces interventions. La *European Social Research Unit* du Groupe de recherche sur l'exclusion et contrôle social de l'Université de Barcelone avait notamment souligné en 2012, devant la Cour EDH, l'audace de certaines initiatives européennes. Elle avait plaidé en faveur d'une mise à l'écart de l'approche unidimensionnelle, considérée comme réductrice par plusieurs études scientifiques³⁶⁵⁰. *The AIRE Centre* invitait en complément à privilégier un examen conjoint de l'influence des motifs³⁶⁵¹. Le Centre des droits de l'homme de l'Université de Gand et *l'Equality Law Clinic* de l'Université libre de Bruxelles soutenaient, quant à eux, en 2016, la requête en requalification de l'affaire *Garib c. Pays-Bas* afin de pouvoir envisager la discrimination multiple par le prisme de l'article 14 de la Convention EDH³⁶⁵². La contribution du Défenseur des droits au niveau national par le biais de ses observations en justice pourrait, elle aussi, posséder un impact majeur en mettant son expertise au service de la résolution des litiges³⁶⁵³. L'expertise juridictionnelle semble *in fine* largement conditionner le succès contentieux des requêtes qui allèguent un cas de discrimination multiple en France³⁶⁵⁴. Au-delà de sa faculté à affiner l'appréhension contentieuse de l'acte discriminatoire et du préjudice engendré, la discrimination intersectionnelle possède d'autres avantages potentiels.

³⁶⁴⁸ *Radek v. Henderson Development (Canada) Ltd.*, 43 BCHRT 67, par. 53.

³⁶⁴⁹ CRENSHAW, B., « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Policies », *University of Chicago Legal Forum*, 1989, p. 139-140 : « Because the intersectional experience is greater than the sum of racism and sexism, any analysis that does not take intersectionality into account cannot sufficiently address the particular manner in which Black women are subordinated », tel que cité in *Baylis-Flannery v. DeWilde (Tri Community Physiotherapy)*, *op. cit.*, par. 143.

³⁶⁵⁰ COUR EDH, 3^e sect., 24 juillet 2012, *B.S. c. Espagne*, *op. cit.*, § 65.

³⁶⁵¹ *Idem*, § 66.

³⁶⁵² COUR EDH, Grande ch., 6 novembre 2017, *Garib c. Pays-Bas*, *op. cit.*, § 96.

³⁶⁵³ Sur les discriminations multiples à l'égard de certaines femmes : HALDE, Délibération n° 2011-66 du 7 mars 2011, § 56 et DÉFENSEUR DES DROITS, Décision n° MLD-2013-103 du 20 juin 2013, § 51.

³⁶⁵⁴ Concernant la jurisprudence canadienne, pour un cas de discrimination intersectionnelle fondée sur : le sexe et le handicap, v. *McAllister-Windsor c. Canada (Développement des ressources humaines)*, 2001 TCDP 20691 (CanLII), par. 52 ; le sexe, le statut familial et le bénéfice d'aides sociales, v. *Falkiner v. Ontario (Minister of Community and Social Services)*, *loc. cit.*, par. 82-93 ; le sexe et l'âge, v. *Arias v. Desai*, 2003 HRTO 1 (CanLII), point 6(1) ; le sexe et la race, v. *Baylis-Flannery v. DeWilde (Tri Community Physiotherapy)*, *op. cit.*, par. 143 ; le sexe et l'origine ethnique, v. *Ontario Human Rights Commission v. Motsewetshe*, *op. cit.*, par. 14 ; la race, l'origine, l'ascendance et le handicap, v. *Radek v. Henderson Development (Canada) Ltd.*, *op. cit.*, par. 53 ; l'ascendance et le statut familial, v. *Flamand v. DGN Investments*, *op. cit.*, par. 140 ; l'origine ethnique, l'orientation sexuelle et l'état de santé, v. *Gorzgas c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, *op. cit.*, par. 36.

969. La première plus-value éventuelle, mais non systématique, repose sur l'augmentation du degré d'exigence face à la justification du défendeur. La législation allemande exige, par exemple, en cas de discrimination composée – et non intersectionnelle – que ce dernier réponde sur le terrain de chacun des motifs soulevés³⁶⁵⁵. Juliane Kokott proposait, elle, de rehausser le degré d'exigence au stade de l'appréciation de la proportionnalité des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, lesquels sont avancés pour justifier le traitement défavorable constitutif d'une présomption de discrimination multiple³⁶⁵⁶. La discrimination multiple, composée ou intersectionnelle, peut encore être considérée comme une circonstance aggravante, au niveau de la peine prononcée cette fois. C'est notamment ce que prévoient les législations roumaine³⁶⁵⁷, autrichienne, croate ou serbe³⁶⁵⁸. Une des manifestations possibles de cette gravité, fonction du type de discrimination, pourrait être une évaluation rehaussée des dommages-intérêts. Sans méconnaître le principe de réparation intégrale du préjudice, il serait envisageable de s'inspirer de la législation autrichienne³⁶⁵⁹ et de la jurisprudence canadienne³⁶⁶⁰ au moment d'apprécier le préjudice moral. Telles pourraient être certaines des contributions, non exhaustives, de la pleine reconnaissance de la discrimination multiple par voie législative ou jurisprudentielle. À défaut, reste la seule possibilité d'appréhension détournée par l'intermédiaire de la discrimination indirecte.

970. Une interprétation constructive de la discrimination indirecte permet, de manière palliative, d'effleurer la discrimination multiple, y compris intersectionnelle. C'est notamment ce que soulignait Marie Mercat-Bruns au sujet de l'arrêt *Johann Odar* de la CJUE en 2012, considérant que « l'âge [avait] un effet en fonction du handicap » et que « la prise en compte de la combinaison des critères [faisait] naître la qualification de discrimination »³⁶⁶¹. Il s'agissait également de l'option

³⁶⁵⁵ Tel que relevé in COMMISSION EUROPÉENNE, *Lutte contre la discrimination multiple*, *op. cit.*, p. 20.

³⁶⁵⁶ Conclusions de l'avocate générale Mme Juliane Kokott présentée le 30 juin 2016, aff. C-443/15, *op. cit.*, pt. 157 : « la combinaison d'au moins deux des motifs d'inégalité de traitement [...] peut également avoir pour effet que, dans le cadre du contrôle de la proportionnalité, lorsque l'on met en balance les différents intérêts, le plateau de la balance soit plus chargé du côté des travailleurs désavantagés, ce qui augmente la probabilité que l'on soit en présence d'une atteinte excessive des intérêts des intéressés et que l'exigence de proportionnalité au sens strict ne soit pas satisfaite ». V. également pt. 158 : « C'est exactement ce qui se passe dans la présente affaire : comme nous l'avons exposé plus haut, la limite d'âge litigieuse est disproportionnée, au motif qu'elle grève d'une manière excessive les travailleurs concernés tels que M. Parris, qui sont homosexuels et qui sont nés avant l'année 1951 ».

³⁶⁵⁷ Tel que relevé in COMMISSION EUROPÉENNE, *Lutte contre la discrimination multiple*, *op. cit.*, p. 21.

³⁶⁵⁸ Tel que relevé in EUROPEAN COMMISSION (FREDMAN, S.), *Intersectional Discrimination in EU Gender Equality and Non-Discrimination Law*, *op. cit.*, p. 52.

³⁶⁵⁹ Tel que relevé in COMMISSION EUROPÉENNE, *Lutte contre la discrimination multiple*, *op. cit.*, p. 21. V. aussi HOPF, H., « Harcèlement : le droit autrichien à l'aune des directives européennes », *Semaine sociale Lamy*, n° 1236, 14 novembre 2005.

³⁶⁶⁰ *Baylis-Flannery v. DeWilde (Tri Community Physiotherapy)*, *op. cit.*, § 149 : « The Tribunal finds that using a pragmatic and functional approach, Ms Baylis-Flannery can and should be given restitution for all of the enumerated grounds of discrimination that she suffered by adding them together within the restitution she receives for general damages ». V. aussi § 170.

³⁶⁶¹ MERCATS-BRUNS, M., « Le jeu des discriminations multiples », *loc. cit.* : « cet arrêt s'attaque frontalement à la question des discriminations multiples à travers l'exemple des travailleurs handicapés âgés. Il illustre la façon dont la discrimination indirecte peut saisir des discriminations multiples ».

exploitée par Juliane Kokott dans ses conclusions relatives à l'affaire *David L. Parris* quatre ans plus tard³⁶⁶². La discrimination indirecte est ainsi qualifiée parce qu'un facteur en apparence neutre engendre un effet défavorable au regard d'une caractéristique protégée, cela, en raison de l'interaction entre ledit facteur et ladite caractéristique. De manière exceptionnelle, la discrimination multiple pourrait être appréhendée par ce biais du fait de l'interaction de deux motifs. L'un, constituant un facteur en apparence neutre ou, plus exactement, un motif de discrimination engendrant un effet défavorable justifié car proportionné (*e.g.* l'âge dans l'affaire *Johann Odar*, lorsqu'il s'agissait de calculer le montant de l'indemnité de licenciement pour les salariés en distinguant selon qu'ils avaient plus ou moins de cinquante-quatre ans ; l'âge également dans l'affaire *David L. Parris*, lorsqu'il s'agissait d'exiger la conclusion d'une union civile avant le sixième anniversaire pour faire bénéficier son conjoint d'une pension de réversion). L'autre, constituant un motif de discrimination engendrant, du fait de son interaction avec le premier, un effet défavorable disproportionné (*e.g.* le handicap dans l'affaire *Johann Odar* qui, cumulé à l'âge, impliquait de tenir compte de la date de départ anticipé à la retraite pour calculer l'indemnité, plus faible en conséquence pour les personnes handicapées bénéficiant plus tôt d'un droit à la retraite ; l'orientation sexuelle dans l'affaire *David L. Parris* qui, cumulée à l'âge, ne permettait pas à certains salariés homosexuels de conclure une union civile avant leur sixième anniversaire du fait de la législation irlandaise, privant leurs époux du droit à pension).

971. Ce schéma permet ainsi de relativiser – très – légèrement la nécessité d'une consécration législative de la discrimination multiple, notamment intersectionnelle. La position de Juliane Kokott, et des commentateurs des décisions de la CJUE sur ce point, s'explique surtout par la nécessité de se positionner en droit de l'Union européenne au regard de l'une des deux catégories de discrimination, directe ou indirecte. Il serait en revanche éminemment contestable de considérer que la discrimination intersectionnelle est, par nature, indirecte (*i.e.* en apparence neutre). La prise en compte explicite des motifs, y compris dans leur dimension interactive, peut, à d'autres occasions, conduire à rapprocher le comportement de la discrimination directe. Si les perspectives contentieuses ne semblent ainsi pas complètement bouchées³⁶⁶³, la CJUE s'est néanmoins refusée dans les deux affaires précitées à saisir cette voie. Si bien qu'à défaut de consécration explicite de la discrimination multiple, comme le souligne Sylvaine Laulom, la voie offerte par cette interprétation constructive de la discrimination indirecte semble somme toute « bien étroite »³⁶⁶⁴ et son potentiel

³⁶⁶² Conclusions de l'avocate générale Mme Juliane Kokott présentées le 30 juin 2016, aff. C-443/15, *op. cit.*, pt. 154 : « Si un traitement défavorable ne peut pas être imputé à l'un des critères d'inégalité de traitement [...] alors il y a lieu, d'après nous, d'apprécier les faits sous l'angle de la *discrimination indirecte* ».

³⁶⁶³ En ce sens, v. LAULOM, S., « L'interdiction des discriminations du fait l'âge », *loc. cit.* ou encore MOIZARD, N., « La CJUE limite la reconnaissance de la discrimination multiple », *loc. cit.*

³⁶⁶⁴ *Ibidem*.

bien moins protecteur qu'une éventuelle consécration législative³⁶⁶⁵. À nouveau, soulignons en complément qu'une qualification inclusive de la discrimination, telle que développée précédemment dans cette étude, doublée d'une importance secondaire des types, présente un intérêt pour saisir plus aisément ces configurations sociales complexes. Une fois ces configurations appréhendées, elles peuvent être sanctionnées.

³⁶⁶⁵ Sur la consécration indicative des types de discrimination au sein d'une loi de consolidation et sous une qualification juridique unifiée, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, II, A, 2) et B.

SECTION 2 : L'INNOVATION AU SERVICE DE LA SANCTION DE LA DISCRIMINATION

972. Si le déploiement des pouvoirs des juges se révèle être un instrument précieux qui permet une meilleure appréhension des litiges, notamment par l'interprétation des motifs et types de discrimination, il contribue également à la réalisation du droit de la non-discrimination lorsqu'il se manifeste au stade de la sanction. Jean-Yves Frouin, alors président de la chambre sociale de la Cour de cassation, soulignait à ce titre en 2015 que, pour que la législation antidiscriminatoire « soit effective, il importe que les sanctions soient efficaces »³⁶⁶⁶. Cette efficacité repose en partie sur l'aspect dissuasif, comme le rappellent les articles 15, 17 et 25 des directives 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2006/54/CE. Ils précisent que les sanctions prévues, « qui peuvent comprendre le versement d'indemnités à la victime, doivent être [...] proportionnées et dissuasives ». La violation de l'interdiction de la discrimination implique ainsi de procéder dans un premier temps à une réparation intégrale du préjudice subi par la victime. Le déploiement des pouvoirs des juges s'exerce alors dans le cadre de la détermination du préjudice et des modes de réparation qui, en l'état, peut sembler insuffisante (I). Les États demeurent néanmoins libres, selon les directives, de déterminer le régime des sanctions applicables et de faciliter le prononcé au contentieux de « toute mesure nécessaire pour assurer l'application de celles-ci ». Précisément parce que « la réponse de la justice aux discriminations demeure encore trop souvent insuffisante »³⁶⁶⁷, parce que la nature de cette réponse est essentiellement rétrospective³⁶⁶⁸, et parce que la meilleure des dissuasions est parfois la prévention et l'accompagnement des responsables³⁶⁶⁹, les sanctions d'intérêt public ou mesures de redressement systémique méritent d'être envisagées en complément. Plus audacieuses que les sanctions classiques, punitives et réparatrices, ces mesures préventives et curatives permettraient le

³⁶⁶⁶ FROUIN, J.-Y., « La lutte contre les discriminations et l'emploi », in DÉFENSEUR DES DROITS, *10 ans de droit à la non-discrimination*, *op. cit.*, p. 45. V. également THIBIERGE, L., « Les sanctions des discriminations », *op. cit.*, p. 216) : « sauf à vouloir demeurer purement incantatoire, la lutte contre les discriminations suppose des sanctions. Son effectivité est à ce prix. Il faut à la fois dissuader les comportements discriminatoires, punir leurs auteurs et réparer le préjudice causé aux victimes ».

³⁶⁶⁷ GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, *op. cit.*, p. 113.

³⁶⁶⁸ THIBIERGE, L., « Les sanctions des discriminations », *op. cit.*, p. 216 : « les sanctions des discriminations sont rétrospectives : hormis la fonction dissuasive de la sanction, on ne saurait à proprement parler prévenir la discrimination. Il s'agit plutôt d'y répondre, *a posteriori* ».

³⁶⁶⁹ Sur cette tendance à l'évolution de l'acception de la sanction en droit de la non-discrimination, v. IORDACHE, R. et IONESCU, I., « Discrimination and its Sanctions – Symbolic vs. Effective Remedies in European Anti-Discrimination Law », *European Anti-Discrimination Law review*, n° 19, 2014, not. p. 11-12 : « *The right to a remedy is embedded in the very affirmation of the right to non-discrimination. The literature and activists alike claim that the growing concern for substantive equality has led to a redefinition of the term 'sanctions', so that this concept no longer only has the narrow sense of punitive, penalising measures, but also embraces remedies that provide relief and redress for victims of discrimination and address discrimination at societal level* » ; « *emphasis on effectiveness, proportionality and dissuasiveness requires a level of thoughtfulness to ensure the adequacy of sanctions as substantive remedies so that they combat discrimination* ».

plein déploiement des pouvoirs des juges aux fins de réalisation du droit de la non-discrimination (II).

I. Renforcer la sanction classique et la réparation intégrale du préjudice

973. Le droit à la non-discrimination implique la faculté de demander et, le cas échéant, d'obtenir réparation du préjudice subi. L'enjeu consiste notamment à replacer la victime dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si l'acte litigieux ne s'était pas produit³⁶⁷⁰. Si les modalités de réparation demeurent libres³⁶⁷¹, le principe de réparation intégrale du préjudice³⁶⁷² impose aux juridictions nationales de réparer tant le préjudice matériel (A) que le préjudice moral (B) qui sont susceptibles de résulter de la discrimination. Les réponses apportées jusque-là par les juridictions semblent cependant perfectibles, tant en ce qui concerne la détermination des modes de réparation que l'évaluation du préjudice subi.

A. Étayer la réparation du préjudice matériel par l'inventivité des modes de réparation et la revalorisation des pertes

974. Il est possible de distinguer, sans originalité aucune, deux voies essentielles de réparation du préjudice matériel, en l'occurrence la réparation en nature et la réparation par équivalent. La revendication du droit à la non-discrimination pourrait être mieux satisfaite par le biais d'un aménagement plus poussé des relations contractuelles entre la victime et le responsable de discrimination (1). Elle pourrait encore l'être par une indemnisation plus favorable de la perte de revenus et de la perte de chance (2). Ces orientations, qui visent le plein déploiement des pouvoirs du juge en vue de la réparation, demeurent néanmoins largement conditionnées par les écritures

³⁶⁷⁰ Not. art. L. 1134-5 du Code du travail : « Les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée ».

³⁶⁷¹ La CJUE considère à ce titre que les États sont libres de déterminer les modalités de réparation « propres à réaliser » l'objet du droit de la non-discrimination et à « assurer une protection juridictionnelle effective et efficace ». CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et E.Karmann*, aff. 14/83, pts. 22 et 28. V. aussi CJCE, 10 avril 1984, *Doris Hartz*, aff. 79/83, pt. 28.

³⁶⁷² En droit civil : « Pour reprendre une formule suggestive, il faut déduire du principe de réparation intégrale la nécessité de réparer "tout le préjudice", mais aussi celle de s'en tenir au seul préjudice. [...] C'est avant tout une exigence de complétude de la réparation qui est ainsi posée. [...] Il s'exprime aussi en négatif, et induit l'interdiction d'accorder une réparation qui irait au-delà du strict quantum du dommage » (BRUN, P., « Responsabilité du fait personnel », *Répertoire de droit civil*, mai 2015 (actualisation février 2019), § 157-159). Not. Cass. soc., 23 novembre 2005, n° 03-40.826, *Bull.* V, n° 332, p. 293. En droit administratif : « La victime d'un dommage a en principe droit à l'indemnisation intégrale du préjudice qu'elle subit (le cas échéant après expertise amiable ou ordonnée par le juge). Une réparation intégrale devrait donc couvrir à la fois les coûts et dépenses exposés (*damnum emergens*), mais également les gains manqués (*lucrum cessans*) et, le cas échéant, le préjudice moral » (MICHEL, J. et DELVIGNE, J-P., « Occupations domaniales », *Répertoire de contentieux administratif*, mars 2010 (actualisation octobre 2014), § 176.

que soumettent les requérants et leurs conseils³⁶⁷³, voire par un processus préalable d'habilitation des juridictions en matière d'injonction.

1) Multiplier les modes de réparation en nature par l'aménagement des relations contractuelles

975. La déclinaison première de la réparation en nature repose sur l'annulation de la mesure discriminatoire. Cette implication est explicitement envisagée à l'article L. 1132-4 du Code du travail, selon lequel « toute disposition ou tout acte [discriminatoire] pris à l'égard d'un salarié [...] est nul »³⁶⁷⁴. Les nombreuses illustrations fournies par la jurisprudence française ont largement été référencées et commentées par la doctrine travailliste³⁶⁷⁵. Le contentieux de la non-discrimination en droit administratif contribue semblablement à la réparation lorsqu'il vise l'annulation de l'acte discriminatoire et le rétablissement de la légalité³⁶⁷⁶. Un licenciement, une rupture de période d'essai ou un refus de renouvellement de contrat de travail, lorsqu'il est fondé sur une caractéristique protégée et qu'il n'est pas justifié, notamment par une exigence professionnelle essentielle et déterminante, sera ainsi frappé de nullité. Cette nullité prépare la remise en l'état et la reconstitution de la situation dont aurait dû bénéficier la victime. Cela peut supposer, en complément de l'annulation, l'exécution du contrat irrégulièrement rompu. Cette hypothèse trouve à s'appliquer essentiellement, mais non exclusivement, en matière d'emploi.

976. Tirant les conclusions de la nullité de l'acte et de ses effets, le salarié ou l'agent public peut, en effet, solliciter une exécution forcée du contrat qui prend la forme d'une réintégration dans l'emploi³⁶⁷⁷. Son contrat de travail étant réputé demeurer en vigueur, il peut s'il le souhaite être rétabli dans ses droits, y compris contre la volonté du défendeur³⁶⁷⁸. Ce dernier ne peut se prévaloir

³⁶⁷³ Not. art. 5 du CPC : « Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé ».

³⁶⁷⁴ Sur ce point, v. not. FROUIN, J-Y., « La lutte contre les discriminations et l'emploi », in DÉFENSEUR DES DROITS, *10 ans de droit à la non-discrimination*, op. cit., p. 45-46.

³⁶⁷⁵ V. BOSSU, B. (dir.), *Les discriminations dans les relations de travail devant les cours d'appel*, op. cit., p. 392-402.

³⁶⁷⁶ Sur l'annulation de décisions de refus d'admission, v. CE, 5/4 SSR, 10 avril 2009, *El Haddioui*, loc. cit. ou encore CE, 5/4 SSR, 7 juillet 2010, n° 322636, mentionné aux tables. Sur l'annulation d'une autorisation de licenciement, v. CE, 4^e et 1^{ère} ch., 20 mars 2019, n° 408658.

³⁶⁷⁷ E.g. CAA Bordeaux, 29 mars 2001, n° 00BX00187 ; Cass. soc., 23 octobre 2019, n° 17-28.538, inédit ; Cass. soc., 3 avril 2019, n° 18-10.414, inédit ; Cass. soc., 23 juin 2004, n° 02-41.011, *Bull. V*, n° 181, p. 171.

³⁶⁷⁸ Cass. soc., 17 mars 1999, n° 97-45.555, *Bull. V*, n° 126, p. 92 : « Attendu que, pour refuser d'ordonner la réintégration sous astreinte de la salariée, l'arrêt attaqué retient qu'en raison du caractère personnel des relations nées du contrat de travail, une partie ne peut être contrainte à en continuer l'exécution contre sa volonté ; que la réintégration consensuelle est, sur le fondement de ce principe, la règle ; [...] Attendu, cependant, que le licenciement d'un salarié en raison de ses activités syndicales étant nul de plein droit, le juge doit ordonner, si l'intéressé le demande, la poursuite de l'exécution du contrat de travail qui n'a pas été valablement rompu ; d'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

ni de l'éventuelle suppression du poste ni de son occupation nouvelle par un tiers³⁶⁷⁹. Cette modalité de réparation a été réaffirmée par la Cour de cassation qui précisait dans un arrêt du 30 avril 2003, relatif à un licenciement fondé sur la grossesse, que « lorsque le licenciement est nul, le salarié a droit à réintégration dans son emploi, ou à défaut, dans un emploi équivalent »³⁶⁸⁰. L'article L. 911-1 du CJA s'inscrit également en ce sens dans le contentieux de pleine juridiction et permet de mettre le pouvoir d'injonction du juge administratif au service de la réintégration³⁶⁸¹. Comme le relèvent Louis Thibierge et Bernard Bossu, la pratique tend en revanche à démontrer que cette faculté n'est guère mobilisée par les victimes de discrimination. Après avoir été écartées de leur emploi, souvent dans un cadre conflictuel, celles-ci ne souhaitent généralement pas poursuivre leur relation de travail avec le responsable³⁶⁸². Ce constat laisse transparaître une forme d'effacement de la victime, salarié ou agent public. Il témoigne de la difficulté à neutraliser les effets négatifs de la discrimination en dépit d'une réparation du préjudice par l'annulation de la mesure litigieuse. Si, *de jure*, l'acte est nul et réputé n'avoir jamais existé, il produit *de facto* une situation différente dans la plupart des cas considérant les faibles demandes de réintégration. Sans porter d'atteinte excessive au pouvoir de direction de l'employeur, une solution réside alors dans la faculté de prononcer, dans

³⁶⁷⁹ Cass. soc., 14 septembre 2016, n° 15-15.944, *Bull.* : « Le seul fait de confier à un prestataire de service le nettoyage des locaux ne caractérise pas une impossibilité matérielle de réintégrer dans son emploi d'entretien des locaux, ou, à défaut, dans un emploi équivalent, un salarié dont le licenciement a été déclaré nul et dont le poste a été supprimé ».

³⁶⁸⁰ Cass. soc., 30 avril 2003, n° 00-44.811, *Bull.* V, n° 152, p. 149. Soulignons que, selon la chambre sociale, « ce n'est que dans le cas où cet emploi n'existe plus ou n'est pas vacant que la réintégration peut avoir lieu dans un emploi équivalent comportant le même niveau de rémunération, la même qualification et les mêmes perspectives de carrière que l'emploi initial et permettant l'exercice du mandat représentatif » (Cass. soc., 24 janvier 1990, n° 89-41.003, *Bull.* V, n° 32, p. 20).

³⁶⁸¹ « Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution ». Le Conseil d'État ne semble toutefois recourir à l'art. L. 911-1 du CJA qu'avec une extrême précaution en matière de non-discrimination. Il peut sur ce fondement enjoindre au Premier ministre d'adopter le décret d'application des dispositions de l'art. L. 1110-3 du CSP relatif à l'interdiction de la discrimination en matière d'accès aux soins (CE, 1^e ch., 9 avril 2020, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n° 428680, inédit). Il en va de même lorsqu'est en cause l'adoption nécessaire, sur injonction, du décret d'application de l'art. 24 de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 concernant la mise en place des CV anonymes (CE, 10/9 SSR, 9 juillet 2014, *David van der Vlist*, n° 345253, inédit). Cette faculté d'injonction est également mobilisée par le Conseil d'État afin d'enjoindre à l'Administration de procéder à l'examen ou au réexamen d'une candidature écartée pour des motifs discriminatoires. Sur ce point, v. not. CE, 4/6 SSR, 18 octobre 2002, *Spaggiari*, n° 224804, inédit et CE, 4 SS, 8 juillet 2002, *M. X. c. Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes*, n° 229203, inédit. Sur ces deux affaires, v. *infra*. La mobilisation de l'art. L. 911-1 du CJA en matière de réintégration semble en revanche plus rare dans le contentieux de la non-discrimination. V. toutefois CAA Marseille, 8^e ch., 6 novembre 2018, n° 17MA02335. Ce fondement légal est cependant régulièrement mobilisé pour prononcer la réintégration en matière d'égalité de traitement (par exemple, CAA Nancy, 1^e ch., 3 novembre 2011, n° 10NC01969) ou en cas de licenciement injustifié. V. pour illustrations : CAA Bordeaux, 6^e ch., 28 mai 2018, n° 16BX01476 ; CAA Marseille, 8^e ch., 27 janvier 2015, n° 14MA00953 ; CAA Marseille, 8^e ch., 16 avril 2013, n° 12MA02125 ; CAA Versailles, 28 janvier 2008, n° 06VE00074. V. aussi concernant les lanceurs d'alerte l'art. L. 911-1-1 du CJA : « La juridiction peut prescrire de réintégrer toute personne ayant fait l'objet d'un licenciement, d'un non-renouvellement de son contrat ou d'une révocation [...], y compris lorsque cette personne était liée par une relation à durée déterminée avec la personne morale de droit public ou l'organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public ».

³⁶⁸² THIBIERGE, L., « Les sanctions des discriminations », *op. cit.*, p. 224 et BOSSU, B. (dir.), *Les discriminations dans les relations de travail devant les cours d'appel*, *op. cit.*, p. 424.

la mesure du possible, une réintégration dans un emploi équivalent³⁶⁸³. Le réaménagement des postes limite opportunément les échanges entre les parties, les situations conflictuelles et les risques de représailles. C'est néanmoins à la victime qu'incombe fréquemment la charge de supporter l'ajustement des conditions d'emploi « équivalentes » à celles définies par son contrat irrégulièrement rompu³⁶⁸⁴. Plus audacieusement, dans certains cas, le contrat de la victime dont l'exécution est recherchée pourrait être préservé, sans subir de modification pour une réintégration dans un poste équivalent. Cela supposerait l'affectation à un nouveau poste non de la victime mais du responsable de discrimination. Cette dernière solution est précisément mobilisée par certaines juridictions étrangères : « *However, [the tribunal] ordered the relocation of a respondent so that the respondent and the complainant would not work together in the future* »³⁶⁸⁵. Elle suppose la modification du contrat du responsable.

977. La modification du contrat constitue d'ores et déjà une technique de réparation en nature qui est mobilisée par les juridictions, en complément de l'annulation et de l'exécution forcée du contrat irrégulièrement rompu. En l'absence de rupture de la relation de travail, par exemple lorsque la discrimination a pour effet de freiner l'avancement du salarié ou de l'agent public – et non de licencier, rompre la période d'essai ou refuser le renouvellement d'un contrat –, la réparation se manifeste par le reclassement. Alors que la cour d'appel de Paris avait considéré qu'elle ne pouvait « se substituer à l'employeur dans l'exercice de ses prérogatives », la chambre sociale a précisé que les dispositions du Code du travail « ne font pas obstacle à ce que le juge ordonne le reclassement d'un salarié victime d'une discrimination prohibée »³⁶⁸⁶. Le pouvoir de direction de l'employeur n'empêche pas que le juge modifie le contrat de travail et rétablisse le salarié ou l'agent public dans ses droits. Il est donc loisible au juge de déterminer, en réponse à la demande formulée par le requérant, sa nouvelle rémunération au regard des grilles des salaires, barèmes et coefficients

³⁶⁸³ Cass. soc., 30 avril 2003, n° 00-44.811, *Bull.* V, n° 152, p. 149.

³⁶⁸⁴ V. pour illustration le témoignage d'un délégué local de la HALDE rapporté *in* QUERNEZ, E., « La fabrique de la lutte contre les discriminations », *op. cit.*, p. 115-116 : « Je suis arrivé à un arrangement : j'ai fait réintégrer cette personne par la même entreprise, après une démission forcée, en le faisant affecter dans un autre département. On aurait pu aller devant la HALDE et le faire re-rentre au bout du compte, mais c'était impossible de retrouver une ambiance de travail aussi délétère. C'est un jeune homme, peu qualifié... Discrimination pour orientation sexuelle. Dans un marché de l'emploi aussi difficile, il n'aurait pas retrouvé de boulot. Il valait mieux qu'on le mette à côté, c'est l'intérêt de tout le monde ».

³⁶⁸⁵ V. not. *McKinnon v. Ontario (Minister of Correctional Services)*, 1998, 32 CHRR 1 (OBI).

³⁶⁸⁶ Cass. soc., 23 novembre 2005, n° 03-40.826, *Bull.* V, n° 332, p. 293 : « La réparation intégrale d'un dommage oblige à placer celui qui l'a subi dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu, et les dispositions de l'article L. 412-2 du Code du travail ne font pas obstacle à ce que le juge ordonne le reclassement d'un salarié victime d'une discrimination prohibée. Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui, bien qu'ayant retenu l'existence d'une discrimination syndicale, énonce qu'elle ne peut être réparée que par l'attribution de dommages-intérêts et non par un reclassement ».

pertinents³⁶⁸⁷. Il doit notamment répondre à la demande de reclassement malgré la proposition alternative de revalorisation formulée par l'employeur³⁶⁸⁸.

978. L'exécution forcée du contrat irrégulièrement rompu pourrait également constituer une modalité de réparation du préjudice en dehors de la sphère de l'emploi et de la seule réintégration. Si le juge administratif dispose déjà de pouvoirs d'injonction propres à prescrire une exécution forcée en cas de discrimination³⁶⁸⁹, l'intervention du législateur semble en revanche nécessaire pour conférer une habilitation spéciale au juge civil à cette fin. Il est possible d'imaginer que cette prérogative puisse s'appliquer en matière d'accès et de fournitures de biens et services. On peut penser, par exemple, au cas d'une femme à qui serait nouvellement opposé un refus d'accès à une salle de sport pour laquelle elle dispose d'un abonnement³⁶⁹⁰, ou à un établissement public d'enseignement³⁶⁹¹, en raison du port du voile consécutif à sa conversion religieuse. Par la mise en œuvre de ses prérogatives d'injonction, le cas échéant sous astreinte³⁶⁹², le juge pourrait ordonner au responsable de garantir à nouveau l'accès à l'établissement et ainsi forcer l'exécution du contrat que le prestataire refuse d'assurer.

979. Toujours en dehors de l'emploi, la modification – et non plus l'exécution forcée – du contrat comme modalité de réparation serait également susceptible d'intervenir lorsque la relation entre les

³⁶⁸⁷ Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 00-45.359, inédit : « Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de lui avoir ordonné d'attribuer au salarié le coefficient 290 avec le salaire correspondant à la lettre H du barème de rémunération applicable dans l'entreprise, alors, selon le moyen, que le juge ne peut, même pour des motifs d'équité, modifier lui-même le contenu d'un contrat ; [...] Mais attendu qu'après avoir retenu l'existence d'une discrimination dans le déroulement de la carrière du salarié en raison de ses activités syndicales, la cour d'appel, se référant à la classification des emplois prévue par la convention collective applicable, a pu décider que l'intéressé aurait dû être classé au coefficient 290 et recevoir la rémunération correspondant à la lettre H du barème de rémunération applicable dans l'entreprise ; qu'elle a ainsi, sans encourir le grief du moyen, légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ». V. encore Cass. soc., 28 septembre 2011, n° 10-14.662, inédit.

³⁶⁸⁸ Cass. soc., 10 avril 2008, n° 06-45.821, inédit : « Attendu que pour débouter le salarié de sa demande de reclassement au coefficient 300 et d'indemnisation au titre de la perte de salaire subie, l'arrêt retient que si le salarié a connu, en raison de ses activités syndicales, une progression de carrière moindre, "la revalorisation en application d'une moyenne proposée par l'employeur est acceptable" ; [...] Qu'en se déterminant comme elle a fait, sans rechercher si la revalorisation effectuée par l'employeur était de nature à réparer l'intégralité du préjudice financier et professionnel subi par le salarié, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

³⁶⁸⁹ L. 911-1 du CJA et, pour le cas spécifique des lanceurs d'alerte, art. L. 911-1-1 du CJA. V. not. MODERNE, F., « Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif », *RFDA*, 1996, p. 43 et s. et CAZIN, B., « L'exécution du jugement », dossier 280, section 5 : les injonctions, in *Dalloz professionnel Pratique du contentieux administratif*, juin 2014 (actualisation : avril 2019). V. aussi DOMENACH, J., « Le Conseil d'État et le contrôle des discriminations. Entre les doutes et la réalité de la prise en compte des discriminations », in GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, *op. cit.*, annexes, p. 345 : « il convient de constater l'influence limitée du juge administratif au regard de l'exercice des pouvoirs d'injonction à l'encontre des autorités administratives, même dans l'hypothèse de discriminations avérées ».

³⁶⁹⁰ V. DÉFENSEUR DES DROITS, Décision n° MLD-2014-081 du 26 mai 2014 et Décision n° MLD 2014-204 du 22 décembre 2014.

³⁶⁹¹ *E.g.* dans un GRETA, en cas de non-application de la loi du 15 mars 2004. V. DÉFENSEUR DES DROITS, Décision n° MLD-2013-7 du 5 mars 2013 et Décision n° MLD 2016-12 du 30 mai 2016.

³⁶⁹² En droit administratif, v. art. L. 911-3 du CJA : « La juridiction peut assortir, dans la même décision, l'injonction prescrite en application des articles L. 911-1 et L. 911-2 d'une astreinte qu'elle prononce dans les conditions prévues au présent livre et dont elle fixe la date d'effet ».

parties n'est pas interrompue, qu'elle soit locative, assurantielle ou commerciale. Les magistrats pourraient en ce sens ordonner le rétablissement du montant initial du loyer lorsque le bailleur l'augmente à la suite de la naissance du premier enfant des conjoints qui en sont locataires. De même, ils pourraient ordonner le rétablissement du montant initial des cotisations réévaluées après que l'assureur a pris connaissance du diabète de l'assuré³⁶⁹³.

980. En prolongement de l'exécution forcée et de la modification du contrat sur injonction, sa conclusion forcée³⁶⁹⁴, néanmoins plus complexe, pourrait encore être envisagée. Louis Thibierge suggère en ce sens que, lorsque la discrimination s'inscrit en amont de la conclusion du contrat, la réparation pourrait consister en la création d'une situation nouvelle par le biais de la contractualisation forcée³⁶⁹⁵. Il envisage pour ce faire, dans un premier temps, les obstacles à une telle mesure, d'abord théoriques, notamment la liberté contractuelle³⁶⁹⁶, puis pratiques, liés à la difficulté d'une bonne exécution des obligations contractuelles ou au possible et délicat évincement d'un tiers en cas d'exclusivité du bénéficiaire du contrat (*e.g.* contrat de location). Il rappelle, ensuite, l'existence de mécanismes dérogatoires de conclusion forcée qui pourraient trouver à s'appliquer en cas de discrimination en matière assurantielle et bancaire. En matière d'assurance automobile, médicale, de construction ou de catastrophe naturelle, il est possible pour le Bureau central de tarification³⁶⁹⁷ de déterminer les conditions de prise en charge d'un assuré. Louis Thibierge estime qu'en cas de refus discriminatoire opposé à une personne qui désire conclure un contrat d'assurance, il serait ainsi possible de forcer la conclusion dudit contrat³⁶⁹⁸. De manière proche, la Banque de France peut être saisie en cas de refus d'ouverture de compte bancaire en vue de la désignation d'un établissement chargé d'assurer au client un service de base³⁶⁹⁹. Lorsque ledit refus est fondé sur un motif de discrimination, ce mécanisme pourrait également servir la réparation par le biais de la conclusion forcée du contrat.

981. Plus simplement, pourrait encore être envisagée une incitation encadrée à la conclusion du contrat. Elle peut être conçue, notamment dans le domaine de l'emploi, en tant que modalité

³⁶⁹³ Ou encore du montant initial de la livraison d'un bien, réévalué car le destinataire réside dans un quartier « sensible ».

³⁶⁹⁴ *E.g.* HALDE, Délibération n° 2006-292 du 11 décembre 2011 relative au refus d'inscription dans une entreprise de travail temporaire fondé sur la nationalité : « Le Collège de la haute autorité demande à ce que la situation du réclamant soit régularisée dans les plus brefs délais et demande à l'agence d'intérim de le recevoir dans un délai d'un mois pour procéder à son inscription définitive ».

³⁶⁹⁵ THIBIERGE, L., « Les sanctions des discriminations », *op. cit.*, p. 220-222.

³⁶⁹⁶ Principe à valeur constitutionnelle : CC, Décision n° 2103-672 DC, 13 juin 2013. V. aussi art. 102 de l'ordonnance du 10 février 2016.

³⁶⁹⁷ Autorité administrative indépendante instituée par la loi n° 58-208 du 27 février 1958 relative à l'institution d'une obligation d'assurance en matière de circulation des véhicules terrestres à moteur.

³⁶⁹⁸ THIBIERGE, L., « Les sanctions des discriminations », *op. cit.*, p. 222.

³⁶⁹⁹ *Ibidem*.

singulière de réparation du préjudice causé par la discrimination. Les juridictions canadiennes ont pu considérer en ce sens que, lorsqu'un candidat à l'emploi – et non un salarié, sujet à réintégration – est écarté du processus de recrutement de manière discriminatoire, la « première réparation » consiste en la proposition d'une nouvelle offre d'emploi (« *The primary remedy in an employment case where a complainant has been denied the equality of treatment is an order directing that an offer of employment be made* »³⁷⁰⁰). Lorsqu'aucune offre d'emploi ne pouvait être pourvue, les juridictions antidiscriminatoires ont ordonné à l'employeur de formuler une offre dès l'instant où un poste serait à pourvoir au sein de l'entreprise (« *The respondent was ordered to make a written offer of employment to the complainant when a position in the corporate entity became available* »)³⁷⁰¹. Lorsque le processus de recrutement comportait une épreuve ainsi qu'un entretien d'embauche, les juridictions ont ordonné au responsable de faire passer au requérant lesdits tests et, en cas de conformation de ce dernier aux « qualifications habituellement requises », de lui proposer le poste³⁷⁰². Cette appréciation des « qualifications habituellement requises » était néanmoins contrôlée par l'organisme de promotion de l'égalité. En cas de nouveau refus, celui-ci devait être rigoureusement motivé³⁷⁰³. De telles positions jurisprudentielles, qui se retrouvent dans certaines recommandations du Défenseur des droits³⁷⁰⁴, peuvent ponctuellement trouver à s'appliquer en matière d'accès à l'emploi ou à la formation en France. Elles ne comportent pas davantage d'atteintes excessives au pouvoir de direction de l'employeur que le prononcé de la réintégration (*i.e.* exécution forcée du contrat irrégulièrement rompu) ou du reclassement (*i.e.* modification du contrat). En ce sens, après avoir constaté des refus discriminatoires d'accès à la formation au détriment de pilotes en raison de leur âge, la Cour d'appel de Paris a, par exemple, enjoint au responsable « de retenir [les victimes] pour la prochaine campagne de qualification sur A 380 ouvrant après la notification du présent arrêt »³⁷⁰⁵. Quant au Conseil d'État, il a également eu l'occasion d'enjoindre à une collectivité territoriale de

³⁷⁰⁰ *Mark v. Porcupine General Hospital*, 1984, 6 CHRR 2538.

³⁷⁰¹ *Cameron v. Nel-Gor Castle Nursing Home*, 1984, 5 CHRR 2170 (OBI).

³⁷⁰² *Hartling v. Timmins (Municipality) Comms. Of Police*, 1981, 2 CHRR 487 (OBI) : « *No order to give a written offer of employment to the complainant was made since an integral element in the hiring process was an interview. Thus, the board ordered the respondent to give the complainant the standard tests and an interview. If the complainant met the usual qualifications, the respondent was to offer her the position. The respondent was to report the results of the process to the Commission and to justify a rejection, if that was the result* ».

³⁷⁰³ *Ibidem*.

³⁷⁰⁴ DÉFENSEUR DES DROITS, Décision n° MLD 2013-266 du 14 janvier 2014 relative au refus de recrutement d'une assistante éducative (« le Défenseur des droits a recommandé au chef de l'établissement scolaire de réexaminer le dossier de la réclamante, afin qu'un poste correspondant à son grade et ses qualifications lui soit proposé, dans la mesure où de tels postes seraient à pourvoir » ; « en l'absence de proposition de recrutement de Mme A, de tels préjudices doivent donner lieu à une réparation intégrale »). DÉFENSEUR DES DROITS, Décision n° MLD 2012-119 du 19 septembre 2012 relative au refus d'embauche d'une infirmière fondée sur son état de santé (le Défenseur des droits décide « de formuler les recommandations suivantes au Directeur du centre hospitalier B : réexaminer la candidature de Madame V. en se conformant au principe de non-discrimination ; à défaut, présenter à Madame V. d'autres postes vacants au sein du centre hospitalier B »). V. encore DÉFENSEUR DES DROITS, Décision n° MLD 2012-66 du 8 avril 2012.

³⁷⁰⁵ CA Paris, pôle 6, ch. 2, 8 novembre 2012, n^{os} 11/10742 et 11/10744.

procéder au réexamen d'un refus de titularisation opposé à la victime dans le cadre d'un harcèlement à connotation raciste³⁷⁰⁶. Il a aussi contraint l'Université Paris III, à l'occasion de sa décision *Spaggiari*, à organiser sous deux mois un nouvel examen des candidatures en vue du recrutement d'un professeur des universités³⁷⁰⁷. Ces décisions demeurent cependant extrêmement rares.

982. Afin d'éviter que l'unique sanction envisageable repose sur la condamnation à verser des dommages-intérêts, la réparation en nature du préjudice pourrait par conséquent être renforcée. L'enrichissement pourrait provenir de l'aménagement des relations contractuelles³⁷⁰⁸, de la possible conclusion forcée du contrat dans certains domaines³⁷⁰⁹, tout comme de la possible incitation encadrée à la conclusion du contrat. Ces possibilités peuvent être rapprochées de certaines recommandations du Défenseur des droits. Dans une décision du 5 mars 2013, qui concluait à une discrimination du fait du refus d'accès à la formation lié au port du voile, l'institution constitutionnelle indépendante recommanda ainsi au mis en cause de réexaminer la candidature de la victime³⁷¹⁰. De même, dans une décision du 30 mai 2016, qui concluait à une discrimination du fait du refus d'accès aux examens opposé à une femme en raison du port du voile, le Défenseur des droits recommanda que le mis en cause autorise la réclamante à passer lesdits examens. La demande de réexamen de la décision³⁷¹¹ peut, là encore, être rapprochée des pouvoirs d'injonction que tient le juge administratif de l'article L. 911-2 du CJA³⁷¹². En sus de cette nécessité de neutraliser

³⁷⁰⁶ CE, 4/5 SSR, 13 janvier 2010, *Commune de Lattes*, n° 314923, inédit : « Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'annulation du refus de titularisation de M. A n'a pas pour seule conséquence nécessaire la titularisation de l'intéressé ; que par suite les conclusions de celui-ci tendant à ce qu'il soit enjoint à la commune de Lattes de prononcer sa titularisation à compter du 15 décembre 2003 doivent être écartées ; que, toutefois, l'exécution de la présente décision implique que la situation de M. A au regard de ses droits à titularisation soit réexaminée ; qu'il y a lieu, par suite, d'enjoindre au maire de Lattes de procéder à ce réexamen dans un délai d'un mois à compter de la notification de la présente décision ».

³⁷⁰⁷ CE, 4/6 SSR, 18 octobre 2002, *Spaggiari*, n° 224804, inédit : « Considérant que pour l'exécution de la présente décision, l'université Paris III doit procéder à un nouvel examen de la question du recrutement d'un professeur des universités sur le poste n° 039 dans la section 14 du conseil national des universités ; qu'il y a lieu de fixer à deux mois le délai dans lequel l'université Paris III doit procéder à ce réexamen, sans qu'il soit besoin d'assortir cette injonction de l'astreinte demandée par Mme X ».

³⁷⁰⁸ Sur ces questions, v. not. DRÉANO, M., *La non-discrimination en droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2018, p. 677-681.

³⁷⁰⁹ En matière de discrimination à l'embauche, v. MINÉ, M., *Droits des discriminations dans l'emploi*, op. cit., p. 775-776. Pour l'auteur : « cette voie ne peut être retenue » en raison des obstacles matériels (évincement d'un tiers, reprise d'un processus d'embauche abandonné depuis une longue période) ainsi qu'en raison de l'absence de décision formelle sujette à annulation et du principe de liberté contractuelle.

³⁷¹⁰ DÉFENSEUR DES DROITS, Décision n° MLD-2013-7 du 5 mars 2013.

³⁷¹¹ V. encore HALDE, Délibération n° 2006-64 du 3 avril 2006 relative à la demande de réexamen d'un refus d'embauche fondé sur l'âge dans le cadre d'un contrat aidé (relaté in HALDE, *Rapport annuel 2006*, op. cit., p. 106).

³⁷¹² « Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne à nouveau une décision après une nouvelle instruction, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision juridictionnelle, que cette nouvelle décision doit intervenir dans un délai déterminé. La juridiction peut également prescrire d'office l'intervention de cette nouvelle décision ». Pour des illustrations, v. les cas mentionnés ci-dessus : CE, 4/5 SSR, 13 janvier 2010, *Commune de Lattes*, n° 314923, inédit et CE, 4/6 SSR, 18 octobre 2002, *Spaggiari*, n° 224804, inédit. V. encore CE, 4 SS, 8 juillet 2002, *M. X. c. Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes*, n° 229203, inédit : « Considérant que la présente décision

ou de compenser la principale conséquence de l'acte discriminatoire par l'aménagement des relations contractuelles (*e.g.* exécution, modification, conclusion forcée du contrat, incitation encadrée à contracter), la réparation du préjudice matériel peut également être servie par le biais d'une réparation par équivalent.

2) Maximiser la réparation par équivalent au moyen de l'évaluation de la perte de revenus et de la perte de chance

983. Même en cas de réintégration, une réparation par équivalent sera souvent nécessaire en complément de la réparation en nature. La victime a notamment « droit au paiement d'une somme correspondant à la réparation de la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration, dans la limite du montant des salaires dont [elle] a été privée »³⁷¹³. Cette réparation par équivalent est encore indiquée pour un salarié ou agent public qui, sans que son contrat ait été illégalement rompu, voit son avancement freiné de manière discriminatoire. Dans ces deux cas, il s'agit pour les juridictions de reconstituer la carrière de la victime en lui attribuant une indemnisation équivalente au montant qu'auraient dû véhiculer son maintien dans l'emploi, ses promotions, primes et autres avantages en l'absence de discrimination³⁷¹⁴.

984. En cas de compensation des pertes de salaires, le calcul est généralement opéré en fonction d'un comparateur. Pour une femme discriminée sur le fondement du sexe et qui a subi de ce fait un retard de carrière, le calcul de son indemnité sera opéré par rapport à la moyenne des revenus de ses homologues masculins, placés dans une situation semblable durant la période litigieuse³⁷¹⁵. Certains auteurs ont regretté que la méthode de calcul des juridictions françaises ne soit pas toujours explicite, à tel point qu'« aucune homogénéité ne peut être relevée »³⁷¹⁶. La méthode Clerc, qui repose sur une évaluation par triangulation, tend, cela dit, à accroître son emprise et sert

implique nécessairement que le Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes se prononce sur le bien-fondé de la demande de reconnaissance de qualification en orthopédie dento-faciale de M. X... ; qu'il y a lieu, compte tenu des circonstances de l'espèce, d'enjoindre au Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes d'entamer l'examen de cette demande dans un délai de deux mois à compter de la notification de la présente décision, sous astreinte de 1 500 euros par mois de retard ».

³⁷¹³ Cass. soc., 3 juillet 2003, n^{os} 01-44.717, 01-44.718 et 01-44.522, *Bull.* V, n^o 214, p. 220.

³⁷¹⁴ En complément du reclassement (par exemple, Cass. soc., 19 janvier 2011, n^o 09-70.076, inédit : « la salariée privée d'une possibilité de promotion par suite d'une discrimination illicite peut prétendre, en réparation du préjudice qui en est résulté dans le déroulement de sa carrière, à un reclassement dans le coefficient de rémunération qu'elle aurait atteint en l'absence de discrimination »).

³⁷¹⁵ En ce sens, v. not. CA Paris, 6 novembre 2008, n^o 07/05190, CA Lyon, 4 septembre 2009, n^o 08/04068, CA Pau, 10 septembre 2007, n^o 06/01482.

³⁷¹⁶ BOSSU, B. (dir.), *Les discriminations dans les relations de travail devant les cours d'appel*, *op. cit.*, p. 419.

régulièrement de référence en matière d'avancement³⁷¹⁷. De manière synthétique, la méthode est la suivante : après détermination d'un panel de comparaison adéquat³⁷¹⁸, le salaire moyen des personnes du panel est estimé au moment de la requête (*e.g.* 2000 €) ; cette moyenne permet l'identification du différentiel de salaire avec le requérant au moment de la requête (*e.g.* 2000 € – 1500 € = 500 €) ; le différentiel est multiplié par le nombre de mois pendant lesquels la victime a souffert de la discrimination qui a eu pour effet de geler son évolution salariale (*e.g.* 64 x 500 € = 32 000 €) ; le résultat est enfin retranché pour tenir compte de la progressivité de l'évolution salariale des panélistes subséquente au blocage d'avancement de la victime³⁷¹⁹ (*e.g.* 32 000 € / 2 = 16 000 €). À cette évaluation peuvent éventuellement s'ajouter quelques modulations et, surtout, une estimation de la perte de pension de retraite. Celle-ci implique une majoration d'environ 30 %³⁷²⁰, voire davantage pour les femmes dont l'espérance de vie est plus élevée³⁷²¹.

985. Si cette méthode d'évaluation du préjudice matériel semble progressivement étendre son emprise³⁷²², les juridictions ne sont néanmoins pas tenues d'y recourir³⁷²³. C'est ce qu'illustrent neuf arrêts rendus le 25 septembre 2019 par la cour d'appel de Versailles. Dans chaque cas d'espèce, afin de mieux « dénoncer son manque flagrant d'objectivité », l'employeur « [mettait] en doute la neutralité de M. [Clerc] qui occupe actuellement une fonction de conseiller fédéral au sein de la CGT Métallurgie et qui se présente comme "le délégué CGT expert discriminations" »³⁷²⁴. La cour a systématiquement rappelé en écho qu'elle n'était « pas tenue par la méthode dite [Clerc] »³⁷²⁵. Conséquence de l'écart de cette méthode d'évaluation, les préjudices financiers liés à la perte de revenus furent en l'espèce réduits de près de moitié. Alors que la méthode Clerc aboutissait à

³⁷¹⁷ Sur cette méthode, v. not. CHAPPE, V-A., « La preuve par comparaison : méthode des panels et droit de la non-discrimination », *op. cit.*, p. 45-55

³⁷¹⁸ Personnes placées dans une situation comparable à celle de la requérante (niveau de diplôme, fonction, date d'entrée au sein de l'entreprise, etc.), qui ne partagent pas la caractéristique au regard de laquelle est apprécié l'effet défavorable du traitement contesté (*e.g.* le sexe).

³⁷¹⁹ En cas de blocage dans l'évolution professionnelle (*e.g.* gel de l'avancement de carrière) l'écart mesuré entre le niveau de salaire de la victime et des membres du panel s'accroît à mesure que la discrimination produit son effet. Alors qu'ils se trouvaient dans une situation similaire au moment où est intervenu le gel de l'avancement (aucune différence de salaire), l'écart se creuse *progressivement* pour atteindre le niveau évalué au moment de l'action (500 € dans l'exemple ci-dessus). Le fait de retrancher l'écart final mesuré permet de tenir compte de la progression de l'écart dans le temps.

³⁷²⁰ V. par exemple CA Paris, 19 février 2009, n° 07/03072 : « La majoration de 30 % apportée à son décompte pour la perte de pension de retraite correspondante apparaît également justifiée ».

³⁷²¹ Sur ce point, v. MINÉ, M., *Droits des discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 782.

³⁷²² V. pour un cas récent et largement médiatisé, CA Paris, 31 janvier 2018 *inter alia*, n° 15/11747. Sur cette affaire, v. PEYRONNET, M., « Affaire *Chibanis* : évaluation du préjudice résultant de la discrimination », *Dalloz actualités*, 13 février 2018.

³⁷²³ V. également dans l'affaire des *Chibanis* la décision du juge départiteur du Conseil de prud'hommes, qui procède à une évaluation hasardeuse, not. discutée *in* CHAPPE, V-A. et KEYHANI, N., « La fabrique d'un collectif judiciaire. La mobilisation des cheminots marocains contre les discriminations à la SNCF », *op. cit.*, p. 21.

³⁷²⁴ CA Versailles, ch. 17, 25 septembre 2019, n°s 17/00249, 17/00251, 17/00255, 17/00256, 17/00259, 17/00263, 17/00264, 17/00290, 17/00291, 17/00292.

³⁷²⁵ *Ibidem*.

reconnaître un manque à gagner cumulé pour les neuf salariés de 1 076 571 € (soit 119 519 € en moyenne par salarié), correspondant à la réparation sollicitée par les victimes et leur conseil pour ce poste de préjudice, la cour prononça des dommages-intérêts à hauteur de 609 425 € au total (soit 67 714 € en moyenne par salarié)³⁷²⁶. L'essor de la méthode Clerc constitue en conséquence un premier enjeu crucial lorsqu'il est question d'évaluer la perte de revenus des victimes de discrimination³⁷²⁷.

986. Un deuxième enjeu repose sur l'appréciation des revenus de substitution. Lors de l'évaluation de l'indemnisation qui fait office de réparation par équivalent du préjudice matériel, la prise en compte de certains facteurs peut avoir une incidence considérable. Tel est le cas de la prise en compte – ou non – des éventuels revenus perçus entre le licenciement et le prononcé de la réintégration du salarié ou de l'agent public ou, à défaut, entre le licenciement et le prononcé judiciaire de la rupture du contrat. La chambre sociale considérait à cet égard, dans un arrêt de 2003³⁷²⁸, qu'en cas de nullité du licenciement, la victime devait bénéficier d'une indemnisation correspondant à l'intégralité du montant des salaires dont elle a été privée, duquel devaient être soustraits les « revenus que le salarié avait pu tirer d'une autre activité professionnelle pendant [ladite] période » ainsi que l'éventuel « revenu de remplacement ». Si la décision ne concernait pas directement la nullité pour cause de discrimination, comme le soulignait Marie-Thérèse Lanquetin, « cette solution [préfigurait] sans doute celle qui serait appliquée en cas de licenciement

³⁷²⁶ Pour le détail : CA Versailles, ch. 17, 25 septembre 2019, n^{os} 17/00249 (110 444 € demandés au titre de la réparation du préjudice financier lié à la perte de revenus ; 55 222 € octroyés par la cour d'appel ; soit 50 % de la demande), 17/00251 (8 044 € demandés, hors perte de droit à la retraite ; 5 289 € octroyés ; soit 66 % de la demande), 17/00255 (70 931 € demandés, hors perte de droit à la retraite ; 51 772 € octroyés ; soit 73 % de la demande), 17/00256 (50 545 € demandés ; 24 173 € octroyés ; soit 48 % de la demande), 17/00259 (301 548 € demandés, hors perte de droit à la retraite ; 194 319 € octroyés ; soit 64 % de la demande), 17/00263 (9 178 € demandés, hors perte de droit à la retraite ; 5 933 € octroyés ; soit 65 % de la demande), 17/00264 (4 479 € demandés, hors perte de droit à la retraite ; 2 841 € octroyés ; soit 63 % de la demande), 17/00290 (83 020 € demandés, hors perte de droit à la retraite ; 51 135 € octroyés ; soit 62 % de la demande), 17/00291 (437 482 € demandés ; 218 741 € octroyés ; soit 48 % de la demande).

³⁷²⁷ En l'état, le constat demeure : l'outil que constitue la preuve par comparaison « ne bénéficie d'aucune harmonisation méthodologique » (SERENO, S., « La preuve des discriminations en droit du travail », *loc. cit.*).

³⁷²⁸ Cass. soc., 3 juillet 2003, n^{os} 01-44.717, 01-44.718 et 01-44.522, *Bull.* V, n^o 214, p. 220 : « Le salarié dont le licenciement est nul et qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une somme correspondant à la réparation de la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration, dans la limite du montant des salaires dont il a été privé. C'est dès lors à bon droit que la cour d'appel a déduit de la réparation du préjudice subi les revenus que le salarié avait pu tirer d'une autre activité professionnelle pendant la période correspondante et le revenu de remplacement qui avait pu lui être servi pendant la même période ».

discriminatoire »³⁷²⁹. Cette jurisprudence fut confirmée en 2008³⁷³⁰, puis en 2016³⁷³¹. La chambre sociale permet néanmoins à la victime d'un licenciement portant atteinte à un droit ou à une liberté fondamentale de bénéficier d'une indemnité recouvrant la totalité des salaires non perçus, sans que soient soustraits de cette somme les éventuels salaires et revenus de remplacement perçus durant la période litigieuse³⁷³². Ne sont dès lors pas déduits les salaires et revenus de remplacement en cas de licenciement discriminatoire fondé sur l'exercice normal du droit de grève³⁷³³, sur les activités syndicales³⁷³⁴ ou sur l'état de santé³⁷³⁵. Dans un arrêt du 29 janvier 2020, la Cour de cassation a également statué en ce sens lorsqu'était en cause un licenciement discriminatoire fondé sur la grossesse, contraire à l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946³⁷³⁶.

987. Pour autant, tous les motifs de discrimination ne sont pas constitutionnellement consacrés et la discrimination n'est dès lors pas systématiquement assimilée par la chambre sociale à une liberté fondamentale au sens de cette jurisprudence³⁷³⁷. Il en va ainsi de la discrimination fondée sur l'âge de la victime³⁷³⁸. Si cette position jurisprudentielle s'accorde avec certaines pratiques des

³⁷²⁹ LANQUETIN, M.-T., « discrimination », *op. cit.*, § 409.

³⁷³⁰ Cass. soc., 12 février 2008, n° 07-40.413, *Bull. V*, n° 34 : « Le salarié dont le licenciement est nul et qui demande sa réintégration ayant droit au paiement d'une somme correspondant à la totalité du préjudice subi entre son licenciement et sa réintégration, dans la limite du montant des salaires perdus, les revenus tirés d'une autre activité et le revenu de remplacement qu'il a pu percevoir pendant cette période doivent en conséquence être déduits de sa créance de réparation. Il en résulte que l'employeur qui a versé une somme supérieure à ce préjudice, au regard des revenus perçus par ailleurs par le salarié, peut demander répétition de cet excédent ».

³⁷³¹ Cass. soc., 14 décembre 2016, n° 14-21.325, *Bull. V* : « Ayant retenu que le licenciement était nul comme prononcé en raison de la dénonciation de bonne foi par le salarié de faits de harcèlement moral, la cour d'appel, qui a constaté que le salarié avait demandé sa réintégration, a exactement retenu qu'elle devait tenir compte du revenu de remplacement servi à celui-ci pendant la période s'étant écoulée entre le licenciement et la réintégration ».

³⁷³² Sur les fonctions de la « fondamentalité » en droit privé, v. DUPRÉ DE BOULOIS, X., « Les notions de libertés et de droits fondamentaux en droit privé », *JCP*, n° 49, 2007, not. p. 13 au sujet de la réintégration du salarié.

³⁷³³ Cass. soc., 2 février 2006, n° 03-47.481, *Bull. V*, n° 53, p. 47. V. encore Cass. soc., 25 novembre 2015, n° 14-20.527, *Bull.*, n° 506.

³⁷³⁴ Cass. soc., 9 juillet 2014, n° 13-16.434, *Bull. V*, n° 186. V. au préalable Cass. soc., 2 juin 2010, n° 08-43.277, inédit.

³⁷³⁵ Cass. soc., 11 juillet 2012, n° 10-15.905, *Bull. V*, n° 218. V. aussi en cas de licenciement en représailles à une menace d'action en justice Cass. soc., 21 novembre 2018, n° 17-11.122, *Bull.*

³⁷³⁶ Cass. soc., 29 janvier 2020, n° 18-21.862, *Bull.* : « Tout licenciement prononcé à l'égard d'une salariée en raison de son état de grossesse est nul. Dès lors qu'un tel licenciement caractérise une atteinte au principe d'égalité de droits entre l'homme et la femme, garanti par l'alinéa 3 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, la salariée qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'elle aurait dû percevoir entre son éviction de l'entreprise et sa réintégration, sans déduction des éventuels revenus de remplacement dont elle a pu bénéficier pendant cette période ».

³⁷³⁷ Jean-Yves Frouin, président de la chambre sociale, précisait pourtant au sujet de Cass. soc., 29 mai 2013, n° 11-28.734, *Bull. V*, n° 136, de manière générale : « en cas de licenciement, le salarié a droit à sa réintégration et au paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction et sa réintégration, peu important qu'il ait reçu ou non des salaires ou revenus de remplacement pendant cette période » (FROUIN, J.-Y., « La lutte contre les discriminations et l'emploi », in DÉFENSEUR DES DROITS, *10 ans de droit à la non-discrimination*, *op. cit.*, p. 46).

³⁷³⁸ Cass. soc., 15 novembre 2017, n° 16-14.281, *Bull. V*, n° 193 : « La prohibition des discriminations 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 ». V. sur cet arrêt MERCAT-BRUNS, M., « Le principe de non-discrimination en raison de l'âge ne constitue pas une liberté fondamentale », *RDT*, 2018, p. 132 et s.

juridictions étrangères³⁷³⁹, voire européennes³⁷⁴⁰, deux éléments conduisent à un certain scepticisme. D'une part, il peut sembler étrange que la sanction du comportement de l'employeur se trouve atténuée en raison des mérites de la victime qui réussirait à minimiser les conséquences de son licenciement discriminatoire. D'autre part, comme le souligne Marie Mercat-Bruns, cette position « ouvre une brèche regrettable qui part d'une confusion entre la qualification de la discrimination selon le critère et les effets de la sanction des discriminations », autant qu'elle « amorce une hiérarchisation des critères discriminatoires, délicate à justifier à l'avenir »³⁷⁴¹. Cette jurisprudence constitue une nouvelle source de limitation de la réparation par équivalent. Son infléchissement permettrait une meilleure indemnisation des victimes de licenciement discriminatoire.

988. La réparation par équivalent en cas de discrimination peut évidemment se manifester au-delà de la seule compensation de la perte de revenus. Il appartient généralement au juge d'évaluer le préjudice matériel et de déterminer l'indemnisation adéquate lorsqu'il est saisi à cette fin par le requérant. Cette indemnisation est cependant encadrée en matière de licenciement. La réparation du préjudice doit nécessairement reposer en l'absence de réintégration sur une indemnisation pécuniaire composée des indemnités de rupture³⁷⁴², englobant l'indemnité compensatrice de préavis³⁷⁴³, les congés payés afférents et l'indemnité légale de licenciement³⁷⁴⁴ – qui ne peut être inférieure au montant des six derniers mois de salaire³⁷⁴⁵. La chambre sociale a en revanche jugé le 12 septembre 2018 que l'indemnité correspondant au préavis et aux congés payés afférents ne bénéficie pas au candidat dont la période d'essai a été rompue pour un motif discriminatoire en

³⁷³⁹ Sur la prise en compte du comportement de la victime à la suite d'un refus d'embauche, notamment sur la prise en compte de sa capacité à trouver un emploi dans des délais raisonnables, v. : *Vanton v. B.C. Council of Human Rights*, (1994) 25 Admin L.R. (2d) 253, par. 81 ; *Gichuru v. Law Society of British Columbia*, 2011 BCHRT 185 (CanLII), par. 370 ; *Rand v. Sealy Eastern Ltd., Upholstery Division*, 1982, 3 CHRR 938 (OBI) et *Torres v. Royalty Kitchenware Limited.*, 1982, 3 CHRR 858 (OBI) (« Damages are limited to those reasonably foreseeable to the wrongdoer. If the complainant had difficulty finding a new job in spite of reasonable efforts, the respondent will not be liable for the total loss to the complainant. This would be exceptional and not reasonably foreseeable ») ; *O'Brien v. Ontario Hydro*, 1981, 2 CHRR 504 (OBI) (« The complainant was not entitled to damages where there was no concrete evidence that the complainant had sought other jobs »).

³⁷⁴⁰ De manière proche, la Cour de justice de l'Union européenne a notamment considéré que, du fait des blocages discriminatoires dans l'évolution de carrière et en vue d'une indemnisation rétroactive de la victime, le manque à gagner ne devait pas nécessairement être calculé en prenant pour référentiel le salaire maximum auquel elle aurait pu prétendre en l'absence de discrimination. V. CJUE, 2^e ch., 19 juin 2014, *Specht*, aff. C-501/12 à C-506/12, C-540/12 et C-541/12.

³⁷⁴¹ MERCAT-BRUNS, M., « Le principe de non-discrimination en raison de l'âge ne constitue pas une liberté fondamentale », *loc. cit.*

³⁷⁴² Cass. soc., 27 juin 2000, n° 98-43.439, *Bull.*, V, n° 250, p. 195 (« 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. 122-14-4 du Code du travail »).

³⁷⁴³ Cass. soc., 2 juin 2004, n° 02-41.045, *Bull.*, V, n° 153, p. 145 et Cass. soc., 16 février 2005, n° 02-43.182, *Bull.*, V, n° 53, p. 46 (« Lorsque le licenciement est nul, le salarié a droit à l'indemnité compensatrice de préavis »).

³⁷⁴⁴ Plus largement, v. LANQUETIN, M-T., « Discrimination », *op. cit.*, § 410-412. *Nota bene* : en cas de contrat à durée déterminée, le montant de l'indemnité légale de licenciement se trouve limité par le terme du contrat, celui-ci ne pouvant être supérieur à la somme cumulée des mensualités restantes. En ce sens BOSSU, B. (dir.), *Les discriminations dans les relations de travail devant les cours d'appel*, *op. cit.*, p. 429.

³⁷⁴⁵ Art. L. 1235-3-1 du Code du travail.

application de l'article L. 1231-1 du Code du travail³⁷⁴⁶. Il en va de même de l'indemnité minimale de rupture prévue en cas de licenciement³⁷⁴⁷. En dehors du domaine de l'emploi, le préjudice matériel susceptible de faire l'objet d'une réparation par équivalent est plus rare. Il s'agira généralement d'un surcoût engendré pour la victime lié, par exemple, à l'inscription au sein d'une formation privée après un refus discriminatoire d'inscription auprès d'un établissement public, à la hausse du montant d'un loyer pour des motivations discriminatoires, à la surfacturation d'une livraison d'un bien ou à la fourniture d'un service en raison du lieu de résidence du client, ou encore à la réévaluation discriminatoire des cotisations d'un assuré. Outre ce surcoût, qui peut être identifié et évalué aisément, l'indemnisation peut inclure le calcul des intérêts. Elle peut surtout viser la réparation par équivalent de la perte de chance, entendue comme la privation d'une possibilité de bénéficier d'un événement favorable ou d'échapper à la réalisation d'un événement défavorable³⁷⁴⁸.

989. Cette dernière notion est manifestement complexe, « fuyante », « spongieuse », appliquée à des situations hétérogènes, et relative à un préjudice pour le moins délicat à identifier³⁷⁴⁹. À tel point que son appréhension par les juridictions françaises, y compris en dehors du contentieux antidiscriminatoire, constitue pour certains « une sorte de point aveugle de la théorie du dommage réparable »³⁷⁵⁰. Elle obéit à des logiques d'évaluation différentes en droit administratif et en droit civil. Dans le premier cas, à l'exception du domaine médical, l'approche est intégrale et tout dépend de l'aspect « sérieux » de la chance³⁷⁵¹. Si cet aspect est caractérisé, c'est la totalité du préjudice engendré par la perte de chance qui doit être indemnisée. Si la chance est faible, il n'y a pas lieu de l'indemniser³⁷⁵². Un tel biais ne semble guère propice à l'indemnisation des préjudices de complément qui auraient pu résulter d'événements considérés comme largement contingents. Dans le second cas, la Cour de cassation reconnaît que la perte d'une chance « même faible est

³⁷⁴⁶ Cass. soc., 12 septembre 2018, n° 16-26.333, *Bull.* V : « la cour d'appel, qui a déclaré nulle la rupture de la période d'essai, a exactement retenu que la salariée ne pouvait prétendre à l'indemnité de préavis ». V. MLAPA, Q., « Rupture discriminatoire de la période d'essai : pas d'indemnité de préavis pour le salarié », *Dalloz actualités*, 8 octobre 2018. Au préalable, v. Cass. soc., 7 février 2012, n° 10-27.525, *Bull.* V, n° 57.

³⁷⁴⁷ En ce sens, MOULY, J., « La rupture discriminatoire de la période d'essai ne donne pas droit au préavis », *Dr. Soc.*, 2018, p. 1066 et s.

³⁷⁴⁸ En ce sens, v. Cass. civ., 1^e, 21 novembre 2006, n° 05-15.674, *Bull.* I, n° 498, p. 443 (constitue une perte de chance réparable « la disparition actuelle et certaine d'une éventualité ») ; GROSSHOLZ, C., « Évaluation du préjudice – Délimiter le préjudice réparable », *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, février 2018 (actualisation : mars 2020), § 285 ; AUBIN, A., « Fonction publique : contentieux du recrutement », *Répertoire de contentieux administratif*, juin 2014, § 224-227.

³⁷⁴⁹ LEDUC, F., « La perte de chance : rapport de synthèse », *LPA*, n° 218, 2013, p. 51 et s. V. dans le même numéro SINTEZ, C., « La perte de chance, une notion en quête d'unité », *LPA*, n° 218, 2013, p. 9 et s. et GUEGAN-LECUYER, A., « Les conditions de réparation de la perte de chance », *LPA*, n° 218, 2013, p. 15 et s. V. encore OUDOT, P., « La perte de chance : incertitude sur un préjudice incertain », *Gaz. Pal.*, n° 57, 2011, p. 8 et s.

³⁷⁵⁰ *Ibidem*.

³⁷⁵¹ ALBERT, N., « L'évaluation de la perte de chance en droit administratif », *LPA*, n° 218, 2013, p. 29 et s. : « par chance sérieuse, il semble que le juge entende une probabilité supérieure à 50 %, laquelle signifie alors la réparation intégrale des préjudices subies ». Dans le domaine médical, la méthode est probabiliste, à l'instar de la pratique du juge judiciaire.

³⁷⁵² *Ibidem*.

indemnisable »³⁷⁵³. L'approche est dite « probabiliste » et le juge judiciaire renonce à l'indemnisation intégrale pour la réduire à une fraction seulement, déterminée en fonction du prorata de la chance de réalisation de l'événement considéré³⁷⁵⁴. La latitude laissée aux juridictions est alors considérable puisque le juge peut indemniser à ce titre « à peu près ce qu'il veut », « à peu près comme il veut »³⁷⁵⁵.

990. En matière de non-discrimination, la pratique des juridictions françaises ne fournit que peu d'indications sur l'appréhension de la perte de chance. Les rares décisions qui font mention de son indemnisation semblent en effet grevées par deux écueils. Le premier repose sur l'absence fréquente de ventilation de l'indemnisation octroyée. Les cours condamnent le défendeur à payer une somme déterminée « à titre de dommages-intérêts pour discrimination et perte d'une chance »³⁷⁵⁶, sans distinction ou précision particulière dans les motifs ou le dispositif de la décision³⁷⁵⁷. Ce point traduit l'absence fréquente d'autonomie de la perte de chance par rapport au préjudice final³⁷⁵⁸. La seconde difficulté résulte de l'emploi du terme de « perte de chance », majoritairement mobilisé pour qualifier le retard dans l'avancement de carrière qui est engendré par la décision discriminatoire³⁷⁵⁹. La perte de chance d'avancement en raison du défaut de formation ou d'aménagement raisonnable des postes de travail qui auraient permis une progression dans l'emploi du requérant handicapé fut ainsi indemnisée³⁷⁶⁰. Le Défenseur des droits a, lui aussi, reconnu la perte de chance de réclamantes, professeure des universités et sergente-chef dans l'armée, toutes

³⁷⁵³ Cass. civ., 1^e, 16 janvier 2013, n° 12-14.439, *Bull.* I, n° 2.

³⁷⁵⁴ SABARD, O., « L'évaluation de la perte de chance par le juge judiciaire », *LPA*, n° 218, 2013, p. 23 et s. : la méthode est manifestement « approximative, voire artificielle » en l'absence de motivation détaillée. La reconnaissance d'une causalité incertaine et la prise en compte de l'aléa conduisent le juge à évaluer la probabilité de l'occurrence de l'événement et à calquer le montant du préjudice final indemnisé sur cette probabilité. LEDUC, F., « La perte de chance : rapport de synthèse », *loc. cit.* : la méthode d'évaluation peut être synthétisée de la manière suivante : « Indemnisation de la perte de chance = probabilité de réalisation de la chance perdue x montant du dommage final ».

³⁷⁵⁵ *Ibidem*.

³⁷⁵⁶ CA, Aix-en-Provence, 14 janvier 2016, n° 2016/50. Pour une confusion similaire, v. CA, Versailles, 10 mai 2016, n° 15/01964. Dans ce dernier arrêt, la cour fixe « une indemnité de 30 000 € pour réparer cette perte de chance » avant de préciser que la condamnation du défendeur consistera à payer cette même « somme de 30 000 € de dommages et intérêts pour discrimination ». Sur l'irréductibilité de la perte de revenus liée à la discrimination et la perte de chance, v. not. le moyen développé sous Cass. soc., 21 novembre 2018, n° 17-17.198, inédit.

³⁷⁵⁷ *A contratio*, v. CDPDJ, *Rapport d'activités et de gestion 2004-2005*, Québec, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2005, p. 74 (« le Tribunal accorde au plaignant une somme de 4 000 \$ à titre de dommages moraux, ainsi qu'une somme de 1 000 \$ à titre de "perte de chance" visant à compenser une privation de possibilité d'obtenir le poste pour lequel il avait postulé »), p. 83 (« Indemnité accordée : 4 000 \$ de dommages moraux et 1 000 \$ à titre de "perte de chance" ») ou encore CDPDJ, *Rapport d'activités et de gestion 2006-2007*, Québec, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2007, p. 122 (« indemnité de 10 000 \$ en dommages moraux et d'une indemnité de 5 000 \$ pour perte de chance »).

³⁷⁵⁸ En ce sens, v. toujours LEDUC, F., « La perte de chance : rapport de synthèse », *loc. cit.*

³⁷⁵⁹ E.g. CA Versailles, 25 octobre 2016, n° 15/05515 (« Pour infirmer le jugement entrepris, la cour considère que le salarié, appelant, doit être reconnu victime de discrimination syndicale en ayant été privé d'un avancement pendant plus de 10 ans, l'employeur n'étant pas en mesure de justifier un tel traitement à son encontre. Sur la réparation du préjudice professionnel et salarial, la cour retient que le préjudice de l'appelant s'analyse comme la perte de chance d'avoir obtenu plus tôt la promotion revendiquée et alloue au salarié la somme de 50 000 euros à titre de dommages et intérêts ») et Cass. soc., 16 décembre 2008, n° 06-45.262, *Bull.* V, n° 249.

³⁷⁶⁰ En ce sens, v. les deux arrêts précités : CA, Aix-en-Provence, 14 janvier 2016, n° 2016/50 et CA, Versailles, 10 mai 2016, n° 15/01964.

deux en situation de handicap, dont l'avancement était freiné en raison de l'absence de poste adapté pendant une période déterminée ou de l'impossibilité de bénéficier des points de notation liés à la réussite à certaines épreuves sportives³⁷⁶¹. Mis à part ces cas liés à l'avancement³⁷⁶², qui semblent les plus aisément appréhendés par les juridictions, les exemples se concentrent essentiellement sur la perte de chance d'obtenir une rémunération complémentaire (*e.g.* prime, régime spéciale de retraite). La cour d'appel de Versailles a reconnu que l'exécution de mauvaise foi du contrat manifestée par la fixation par l'employeur d'objectifs inadéquats avec le profil du salarié, ciblé en raison de ses activités syndicales, pouvait déboucher sur l'indemnisation complémentaire de la perte de chance de bénéficier d'une prime annuelle plus importante³⁷⁶³. La perte de chance de bénéficier du régime de préretraite de l'entreprise en raison d'un licenciement discriminatoire a également été retenue³⁷⁶⁴. Plus audacieusement, la perte de chance d'investir une portion de la perte de salaire a été indemnisée par la cour d'appel d'Aix-en-Provence et confirmée par la Cour de cassation³⁷⁶⁵. Considérant l'appréciation discrétionnaire des juges en la matière, cette voie complémentaire peut contribuer à la maximisation de l'indemnisation du préjudice matériel.

991. Il serait également possible d'envisager l'indemnisation des opportunités évincées du fait de la discrimination en dehors de l'emploi. Louis Thibierge envisage à cet égard le cas d'un vendeur qui se rétracterait après un mois de tractations en vue de la cession d'un logement en raison de la nationalité étrangère de l'individu se portant acquéreur³⁷⁶⁶. La perte de temps pour cette dernière, doublée de la réduction des possibilités de contracter avec un autre vendeur, semble pouvoir donner lieu à indemnisation³⁷⁶⁷. Inexistante sur le plan contentieux, cette situation peut néanmoins être rapprochée de certaines décisions et observations de la HALDE et du Défenseur des droits, relatives à la sanction d'une perte de chance de se porter acquéreur du fait de la mise sous condition de nationalité du rachat de prestations de logement³⁷⁶⁸. Un refus de soin en raison de l'origine, de la conviction religieuse ou de la nationalité du patient, pourrait de la même manière constituer une perte de chance – voire une « perte de chance de survie »³⁷⁶⁹ – indemnisable, tout comme le serait

³⁷⁶¹ DÉFENSEUR DES DROITS, Décision n° MLD-2012-153 du 4 juillet 2012 et DÉFENSEUR DES DROITS, Décision n° MLD-2014-149 du 22 décembre 2014. V. encore HALDE, Délibération n° 2006-100 du 22 mai 2006.

³⁷⁶² V. encore CA Basse-Terre, 24 septembre 2012, n° 11/00675.

³⁷⁶³ CA Versailles, ch. 17, 8 février 2017, n° 13/01594 (18 000 €). V. aussi CA Paris, pôle 6, ch. 7, 21 juin 2012, n° 09/06962 (2 000 € pour perte de chance d'obtention de prime).

³⁷⁶⁴ CA Versailles, ch. 15, 29 octobre 2014, n° 1302784 (5 000 €).

³⁷⁶⁵ Cass. soc., 25 mai 2018, n° 16-22.137, inédit, sur « la perte de chance de n'avoir pu déposer les sommes issues de la RPCC dans des parts d'épargne salariale ».

³⁷⁶⁶ THIBIERGE, L., « Les sanctions des discriminations », *op. cit.*, p. 219.

³⁷⁶⁷ *Ibidem*.

³⁷⁶⁸ V. HALDE, Délibérations n° 2008-38 et s. du 3 mars 2008 et Délibérations n° 2010-242 et s. du 18 octobre 2010 ainsi que HALDE, Observations n° 2009-104 et s. du 16 février 2009, puis DÉFENSEUR DES DROITS, Décision n° LCD-2012-52, telles que mentionnées *in* DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2012*, *op. cit.*, p. 110.

³⁷⁶⁹ Pour un cas de « perte de chance de survie », v. DÉFENSEUR DES DROITS, règlement amiable 14-102, tel qu'exposé *in* DÉFENSEUR DES DROITS, *Bilan annuel d'activité 2014*, *op. cit.*, p. 113 ou encore Annexes III de ce rapport, p. 11. V.

un refus d'inscription non compensé au sein d'une formation (*i.e.* perte de chance « d'instruction »³⁷⁷⁰). Cette forme de préjudice ne transparaît pas, cependant, à l'analyse du contentieux français de la non-discrimination, sans qu'il soit possible d'en identifier la cause principale (*e.g.* réticence des magistrats, absence de demande en ce sens dans les conclusions des avocats).

992. Dans les cas de refus d'embauche, seul le préjudice moral lié à la décision discriminatoire de refus semble généralement considéré, sans envisager la perte de chance d'occuper ledit emploi ni les éventuels coûts de la candidature (*e.g.* déplacement, temps consacré, éventuels frais de dossier). L'absence de perspective quant à l'indemnisation significative de ce préjudice peut alors constituer un frein à l'action et une source de non-recours au droit³⁷⁷¹. C'est du moins ce que laisse entendre le témoignage d'une candidate à un stage : « je pourrais agir en justice mais quel serait mon préjudice ? La seule perte de chance d'accéder à un emploi. De ce fait, je n'agis pas et prends sur moi »³⁷⁷². Les décisions de quelques juridictions étrangères contrastent sur ce point. Face aux recours de plusieurs candidates recalées du fait d'une discrimination systémique, le tribunal des droits de la personne du Québec n'hésite pas – en plus d'ordonner l'embauche d'une des requérantes, forçant ainsi la conclusion du contrat – à attribuer une indemnisation à hauteur de 5 000 \$ ou 10 000 \$ pour la seule perte de chance d'occuper ledit emploi³⁷⁷³. Soulignons toutefois un arrêt récent de la cour d'appel de Paris qui a évalué à 200 000 € le préjudice financier lié à la perte de chance de retrouver un emploi pour un cas de discrimination fondée sur l'âge³⁷⁷⁴. Indépendamment du montant, ici particulièrement élevé, cette dernière orientation prise par les

aussi BANDON-TOURRET, D., « La perte de chance de survie : quelles conditions d'indemnisation ? », *Gaz. Pal.*, n° 15, 2011, p. 42 et s.

³⁷⁷⁰ En ce sens, au Québec, v. à propos du refus d'inscription au sein d'une formation du fait du port du voile et de l'indemnisation de la perte de chance subséquente, un règlement amiable devant la CDPDJ mentionné *in* CDPDJ, *Rapport d'activités et de gestion 2010-2011*, Québec, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2011, p. 128 (indemnité de 8 000 \$ au titre de la réparation du préjudice moral et de la perte de chance d'instruction). V. encore sur la « perte de jouissance paisible d'un logement » en raison de propos racistes vexatoires d'une propriétaire en raison de la prétendue race du locataire CDPDJ pour *S. Woods et J. Sinclair et F. Lamarre/TDP (Laval) 500-53-000210-045/février 2004* (indemnité réclamée de 3 000 \$) *in* CDPDJ, *Rapport d'activités et de gestion 2003-2004*, Québec, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2004, p. 53.

³⁷⁷¹ La perte de chance révèle alors son utilité puisqu'elle permet « de ne pas laisser impunis des faits défectueux au prétexte que leur retombée néfaste serait trop mince » (LEDUC, F., « La perte de chance : rapport de synthèse », *loc. cit.*).

³⁷⁷² DÉFENSEUR DES DROITS, *Résultat de l'appel à témoignages. Accès à l'emploi et discriminations liées aux origines*, Études et résultats, septembre 2016, p. 10.

³⁷⁷³ V. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gaz Métropolitain inc.*, *op. cit.*, § 548-549. Six requérantes étaient concernées. Deux bénéficièrent d'une indemnisation à hauteur de 10 000 \$, quatre à hauteur de 5 000 \$. La différence s'explique par le stade à partir duquel les requérantes ont été respectivement écartées du processus d'embauche, avant ou après l'examen pratique qui produisait des effets d'exclusion disproportionnés pour les femmes. V. aussi CDPDJ, *Rapport d'activités et de gestion 2008-2009*, Québec, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2009, p. 64 et 134. Cette jurisprudence est illustrative et loin d'être isolée. V. encore CDPDJ, *Rapport d'activités et de gestion 2006-2007*, Québec, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2007, p. 122 et CDPDJ, *Rapport d'activités et de gestion 2004-2005*, Québec, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2005, p. 83.

³⁷⁷⁴ CA Paris, pôle 6, ch. 4, 16 janvier 2019, n° 16/07403.

juridictions sur sollicitation des victimes permettrait d'éviter que l'intérêt monétaire à l'action demeure cantonné, hors perte de revenus, à l'octroi éventuel de dommages-intérêts en réparation du préjudice moral.

B. Assurer la réparation du préjudice moral face à une évaluation quantitative et qualitative économe

993. Au-delà de la réparation du préjudice matériel, les pratiques des juridictions françaises semblent timorées lorsqu'est en cause la réparation du préjudice moral. Quantitativement, les dommages-intérêts octroyés paraissent relativement faibles, comme l'illustre une mise en perspective avec les pratiques australiennes, canadiennes ou britanniques (1). La CJUE estime pourtant que l'indemnisation « doit en tout cas, pour assurer son efficacité et son effet dissuasif, être adéquate par rapport aux préjudices subis et doit donc aller au-delà d'une indemnisation purement symbolique »³⁷⁷⁵. Indépendamment du montant octroyé, la cohérence méthodologique questionne lorsque sont analysés les critères employés pour évaluer ce préjudice moral. Les juridictions se montrent ici économes eu égard à leurs justifications des modalités d'évaluation du montant des dommages-intérêts (2).

1) La faiblesse relative de l'évaluation du préjudice moral par les juridictions françaises

994. S'il est une précaution doctrinale qui se dégage nettement de l'analyse des dommages-intérêts en réparation du préjudice moral, il s'agit sans nul doute de son caractère difficilement saisissable. Lorsque la voie du plein contentieux est envisagée, Tatiana Gründler relève en ce sens que « la rareté des discriminations sanctionnées par les juridictions administratives rend malaisée la tentative de dresser un bilan cohérent »³⁷⁷⁶. Devant les juridictions civiles, Sarah Benichou précise qu'il est difficile d'apprécier globalement l'indemnisation du préjudice moral en matière de discrimination raciale « car les arrêts sont peu nombreux et le montant des indemnités en lien avec la situation particulière de chaque victime »³⁷⁷⁷. Plus généralement, l'absence de données statistiques suffisantes

³⁷⁷⁵ CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et E.Karmann*, *op. cit.*, pt. 28. V. aussi CJCE, 10 avril 1984, *Doris Hartz*, *op. cit.*, pt. 28 et CJUE, 25 avril 2013, *Associatia Accept*, aff. C-81/12, pt. 64.

³⁷⁷⁶ GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, *op. cit.*, p. 110-111. V. encore THIBIERGE, L., « Les sanctions des discriminations », *op. cit.*, p. 219 : « Il est en pratique délicat de recenser un nombre significatif de décisions accordant des dommages-intérêts du chef d'une discrimination ».

³⁷⁷⁷ BENICHO, S., *Le droit à la non-discrimination « raciale »*, *op. cit.*, p. 216. V. encore THIBIERGE, L., « Les sanctions des discriminations », *op. cit.*, p. 219 : « Faute de données statistiques suffisantes, on ne peut se prononcer avec certitude sur l'étendue de la réparation du préjudice moral ».

sur la question est regrettée³⁷⁷⁸. Certains champs du contentieux de la non-discrimination permettent néanmoins une perception plus fine et des assertions plus appuyées.

995. Lorsque la jurisprudence permet l'analyse des montants octroyés, c'est essentiellement un sentiment de pusillanimité qui prévaut dans le constat de la doctrine : « confrontés à la difficulté d'évaluer le prix des souffrances morales, les juges français font preuve d'une grande modération »³⁷⁷⁹. Tant en droit du travail qu'en droit administratif, non seulement les montants obtenus sont considérablement inférieurs aux demandes des requérants³⁷⁸⁰ mais, surtout, ils s'avèrent extrêmement variables sans que l'on comprenne toujours les raisons des fluctuations dans l'appréciation du préjudice³⁷⁸¹. Eva Menduïña Gordón atteste de la faiblesse des indemnisations en matière de logement et souligne que les juridictions françaises octroient généralement un montant en deçà de 2 000 €³⁷⁸². Sophie Latraverse relève de manière proche qu'en dehors du domaine de l'emploi, pour les recours fondés sur la loi du 27 mai 2008, l'attribution des dommages-intérêts « plutôt bas » peut le plus souvent être qualifiée d'indemnisation « symbolique » en raison d'une pratique « toujours très conservatrice »³⁷⁸³ des juridictions. Louis Thibierge achève le constat en droit du travail lorsqu'il estime que « par référence au droit commun de la responsabilité, on peut raisonnablement augurer que cette réparation demeure faible, voire symbolique »³⁷⁸⁴. Quelques illustrations diverses et non exhaustives, notamment de cas médiatisés, permettent d'étayer ces appréciations.

996. En matière de discrimination syndicale, plusieurs indemnisations du préjudice moral peuvent notamment être relevées à hauteur de 200 €³⁷⁸⁵, 800 €³⁷⁸⁶, 1 000 €³⁷⁸⁷, 1 500 €³⁷⁸⁸ ou, plus rarement, à hauteur de 5 000 €³⁷⁸⁹, y compris dans un cas pour lequel le conseil fixait son estimation à 250 000 €³⁷⁹⁰. En matière de discrimination fondée sur la maternité ou de refus de mise en inactivité

³⁷⁷⁸ GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, *op. cit.*, p. 110-111.

³⁷⁷⁹ THIBIERGE, L., « Les sanctions des discriminations », *op. cit.*, p. 219.

³⁷⁸⁰ GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, *op. cit.*, p. 110-111.

³⁷⁸¹ En ce sens, sur le passage de 18 000 € à 5 000 € sans motivation particulière, v. CA Paris, 6 juin 2018, n° 16/13093.

³⁷⁸² MENDUÏÑA GORDÓN, E., « Les discriminations dans le logement privé », *op. cit.*, p. 418.

³⁷⁸³ LATRAVERSE, S., *Report on Measures to Combat Discrimination*, *op. cit.* p. 145 : « *There is no statutory upper limit but the French legal practice is still very conservative in calculating pecuniary loss, and amounts awarded remain rather low* ». Pour une illustration de cette position conservatrice des juridictions, v. la position de la cour d'appel de Paris *in* CA Paris, 27 juin 2013, cassée par Cass. soc., 3 mars 2015, n° 13-23.521, *Bull. V*, n° 32.

³⁷⁸⁴ THIBIERGE, L., « Les sanctions des discriminations », *op. cit.*, p. 219.

³⁷⁸⁵ V. la décision de première instance faisant l'objet de l'appel *in* CA Nancy, 18 mai 2018, n° 16/01083.

³⁷⁸⁶ CA Toulouse, 28 février 2018, n° 17/03516.

³⁷⁸⁷ CA Nancy, 18 mai 2018, n° 16/01083 (évaluation du préjudice moral par le conseil : 5 000 € ; évaluation en première instance : 200 €) ; CA Besançon, 2 février 2016, nos 15/02035, 15/02036, 15/02037 (évaluation du préjudice moral par le conseil : 3 000 €).

³⁷⁸⁸ CA Versailles, ch. 21, 14 février 2019, n° 17/01270 (évaluation du préjudice moral par le conseil : 10 000 €).

³⁷⁸⁹ CA Paris, 29 août 2018, n° 18/01214 ou encore CA Caen, 2 février 2018, n° 16/02344.

³⁷⁹⁰ CA Paris, pôle 6, ch. 5, 5 décembre 2019, n° 17/10760.

fondée sur le sexe, la cour administrative d'appel de Lyon et la cour d'appel de Paris ont attribué des indemnités respectives de 3 000 €³⁷⁹¹ et de 2 000 €³⁷⁹². Les réparations en matière de discrimination fondée sur l'origine ne semblent guère plus élevées. Les Chibanis discriminés par la SNCF sur une période extrêmement longue ont été satisfaits par l'octroi de sommes oscillant entre 2 000 € et 5 000 €³⁷⁹³ seulement. Celles allouées aux victimes de contrôles au faciès qui ont abouti à la condamnation de l'État³⁷⁹⁴ furent limitées à 1 500 € – en dépit d'une demande formulée à hauteur de 10 000 €³⁷⁹⁵. La spécificité du harcèlement, qui occasionne une souffrance morale particulièrement marquée, justifie une réparation à hauteur de 8 000 €³⁷⁹⁶. Parmi les autres cas d'espèce médiatisés, un coiffeur dont la période d'essai avait été rompue en raison de son orientation sexuelle et de son état de santé, à la suite de la réception par erreur d'un message pour le moins offensant³⁷⁹⁷, a vu son préjudice moral indemnisé à hauteur de 8 000 € par la cour d'appel de Paris qui insistait sur le « caractère odieux et vexatoire de la procédure de rupture »³⁷⁹⁸. De telles appréciations qui fixent constamment – ou presque³⁷⁹⁹ – l'indemnisation du préjudice moral à un montant inférieur à 8 000 € contrastent avec les pratiques étrangères, dont certaines pourraient être soulignées en guise d'illustrations.

997. Au regard des décisions des principaux tribunaux des droits de la personne au Canada en 2015, peu sévères en la matière, l'indemnisation moyenne du préjudice moral engendré par la discrimination était : de 3 786 \$CAD au Québec, 11 833 \$ en Alberta, 14 456 \$ en Ontario et 17 375 \$ en Colombie-Britannique³⁸⁰⁰. Dans un souci de cohérence, les juridictions procèdent dans une large mesure par comparaison des cas d'espèce et des indemnités respectives. Elles établissent ce faisant, par l'intermédiaire de leur jurisprudence, une sorte de barémisation des dommages-intérêts. Il est alors possible de noter une divergence importante en fonction de la

³⁷⁹¹ CAA Lyon, 20 février 2018, 16LY00541.

³⁷⁹² CA Paris 1er juillet 2010, n° 09/08522.

³⁷⁹³ CA Paris, 31 janvier 2018, *inter alia* n° 15/11747 parmi les 847 autres arrêts.

³⁷⁹⁴ Sur le rejet des pourvois de l'agent judiciaire de l'État contestant ce point, v. Cass. civ. 1^e, 9 novembre 2016, n°s 15-25.872 et 15-25.873, *Bull.* ou encore Cass. civ. 1^e, 9 novembre 2016, n° 15-25.875, inédit.

³⁷⁹⁵ CA Paris, pôle 2, ch. 1, 24 juin 2015, n°s 13/24255, 13/24261, 13/24262, 13/24277 et 13/24300.

³⁷⁹⁶ CA Versailles le 28 octobre 2010, n° 09/02217 (évaluation du préjudice moral par le conseil : 30 000 €).

³⁷⁹⁷ « Je ne garde pas T., je le prévient demain. On fera avec des itinéraires en attendant, je ne le sens pas ce mec, c'est un PD, ils font tous des coups de putes ».

³⁷⁹⁸ CA Paris, 21 février 2018, n° 16/02237.

³⁷⁹⁹ En matière de discrimination fondée sur le handicap, v. par exemple : TA Rouen, 19 juin 2008, n° 0500526 (2 000 € – aucune justification) ; TA Melun, 23 avril 2015, n° 1302956 (5 000 € – aucune justification). V. aussi CA Orléans, 15 novembre 2011, n° 10/01990 pour une évaluation du préjudice moral à hauteur de 15 000 €, en dépit d'une demande fixée à 40 000 €, et après que la cour a constaté que la requérante « a subi incontestablement un préjudice moral, d'avoir été évincée, depuis près de deux ans et demi, dans des conditions qui stigmatisent son handicap, sans avoir pu retrouver du travail depuis, alors qu'elle s'est dévouée, dans des conditions difficiles, à LA POSTE, pendant plus de 18 ans ».

³⁸⁰⁰ V. MEDARD INGHILTERRA, R., « Les écueils du contentieux antidiscriminatoire au prisme de la jurisprudence canadienne », *op. cit.*, p. 41.

nature de l'acte discriminatoire. En Ontario³⁸⁰¹, les montants de l'indemnisation oscillaient en 2015 : entre 1 000 \$ et 3 000 \$ pour les commentaires et insultes à caractère discriminatoire ; entre 2 000 \$ et 15 000 \$ pour les privations ou altérations de services du fait du handicap ; entre 10 000 \$ et 20 000 \$ pour les refus d'aménagement raisonnable ou licenciements fondés sur la grossesse ; entre 10 000 \$ et 35 000 \$ pour les refus d'aménagement ou licenciements fondés sur le handicap ; et entre 15 000 \$ et 150 000 \$ pour les harcèlements sexuels³⁸⁰².

998. Cette tendance à l'établissement d'une grille d'indemnisation du préjudice, en fonction de la nature de l'acte et du motif de discrimination envisagé, se retrouve également en Australie. Lorsque les juridictions statuent à la lueur des instruments fédéraux – et non des lois de consolidation des États fédérés et des Territoires –, une gradation dans l'attribution des dommages-intérêts peut en effet être observée en fonction de la loi sectorielle fondant la condamnation. Les évaluations du préjudice moral varient : de 500 \$AUD à 12 000 \$ avec une moyenne de 5 886 \$ en cas de violation du *Sex Discrimination Act*³⁸⁰³ ; de 1 500 \$ à 25 000 \$ avec une moyenne de 11 667 \$ en cas de violation du *Disability Discrimination Act*³⁸⁰⁴ ; de 1 500 \$ à 40 000 \$ avec une moyenne de 11 000 \$ en cas de violation du *Racial Discrimination Act*³⁸⁰⁵ ; et de 1 000 \$ à 100 000 \$ avec une moyenne de 15 018 \$ en cas de violation du *Sex Discrimination Act – sexual harassment*³⁸⁰⁶. Au regard des quelques indications précédemment recueillies, le préjudice moral semble légèrement moins bien indemnisé et potentiellement sous-évalué en France.

999. Cet écart peut être imputé, en partie, aux différentes fonctions attribuées aux dommages-intérêts. Ils ont vocation en France à réparer « l'entier préjudice résultant de la discrimination »³⁸⁰⁷ et se trouvent en conséquence plafonnés. La détermination de ce plafond ne peut néanmoins intervenir qu'à l'issue d'une appréciation humaine, largement subjective, d'autant plus lorsqu'elle a pour objet essentiel un préjudice moral. Cette marge de manœuvre³⁸⁰⁸ conduit les juridictions canadiennes à promouvoir la réalisation du droit de la non-discrimination par une évaluation créditée d'une fonction dissuasive : « *The primary purpose of damage awards is not to provide full*

³⁸⁰¹ Pour une appréciation de la pratique d'octroi des dommages-intérêts par le tribunal ontarien des droits de la personne, v. aussi PINTO, A., *Report of the Ontario Human Rights Review*, *op. cit.*, p. 72.

³⁸⁰² MEDARD INGHILTERRA, R., « Les écueils du contentieux antidiscriminatoire au prisme de la jurisprudence canadienne », *op. cit.*, p. 40-41.

³⁸⁰³ AUSTRALIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION, *Federal Discrimination Law: Chapter 7 – Damage and Remedies*, accessible en ligne [URL : <https://www.humanrights.gov.au>], p. 13-15.

³⁸⁰⁴ *Idem*, p. 31-33.

³⁸⁰⁵ *Idem*, p. 10.

³⁸⁰⁶ *Idem*, p. 22-23.

³⁸⁰⁷ Art. L. 1134-5, al. 3 du Code du travail et art. 7 *bis*, al. 3 de la loi le Pors.

³⁸⁰⁸ Les juridictions canadiennes n'hésitent pas à rappeler ouvertement la large discrétion dont elles disposent en la matière. V. par exemple *Giguere v. Popeye Restaurant*, *op. cit.*, par. 80 : « *These statutory provisions give the Tribunal a broad discretion to award remedies it considers appropriate in particular circumstances* ».

compensation as a civil suit for breach of contract or tort. The award should promote the code's purpose of encouraging respect for human rights [...], it should provide sufficient liability for violations so that would-be violators of the Code will be discouraged from ignoring it, and it should provide more than just a token measure of recompense which compensate at least in part for the monetary loss, pain, suffering and loss of dignity inflicted upon an innocent complainant »³⁸⁰⁹. Une telle position jurisprudentielle implique l'octroi de dommages-intérêts non seulement en l'absence d'intention discriminatoire³⁸¹⁰ mais également en l'absence même de caractérisation d'un quelconque préjudice moral. La seule violation de l'interdiction de la discrimination suffit³⁸¹¹ : « *Even where no overt evidence has been presented, injury to dignity, feelings and self-respect may be inferred based on the very finding of a violation of the Code* »³⁸¹². Cela implique encore que le montant fixé soit considéré comme suffisamment dissuasif³⁸¹³ afin de ne pas simplement créer un « permis d'achat »³⁸¹⁴ qui permet de discriminer. Une évaluation haute des dommages-intérêts permet, réciproquement, de ne pas dissuader les victimes d'engager une action en raison de leur capacité à prédire son aspect peu profitable (« *Access to justice is denied when it is not economically feasible or worthwhile to pursue one's rights through the human rights system. Applicants will be deterred from pursuing valid and worthwhile human rights claims when they can predict from the outset that it will cost more to pursue their human rights application than they are likely to receive in compensation, even if they are successful before the Tribunal* »)³⁸¹⁵.

1000. Toute perspective d'amélioration devant les juridictions françaises ne semble pourtant pas exclue. Une analyse détaillée des décisions rendues par les cours d'appel de Paris et de Versailles entre 2016 et 2020 laisse poindre une – légère – tendance à l'augmentation de l'évaluation du préjudice moral, *a minima* dans certains cas, en droit du travail, et lorsque l'affaire était plaidée par des avocats spécialisés en droit de la non-discrimination, en l'occurrence des avocats du cabinet Boussard-Verrecchia.

³⁸⁰⁹ Not. *Hawkes v. Brown's Ornamental Iron Works of Belleville Ltd.*, 1977, (December 12, 1977), n° 85, Soberman (OBI).

³⁸¹⁰ Not. *McCallum v. Toronto Transit Commission (No 2)*, 1997, 31 CHRR 518 (OBI).

³⁸¹¹ Sur la généralisation d'une telle position en tant qu'élément spécifique du régime juridique des droits et libertés fondamentaux, v. DUPRÉ DE BOULOIS, X., « Droits fondamentaux et présomption de préjudice », *RDLF*, chron. n° 10, 2012.

³⁸¹² En ce sens, v. *Coreas and Coreas v. Tuyen (No. 3)*, 2012 BCHRT 218 (CanLII), par. 45 ou encore *McDonald v. Schuster Real Estate*, 2005 BCHRT 177 (CanLII), par. 32.

³⁸¹³ Not. *Walsh v. Mobil Oil Canada*, 2013 ABCA 238 (CanLII), par. 31-32 : « *In addition to compensating victims of discrimination, the remedial authority under human rights legislation serves another important societal goal: to prevent future discrimination by acting as both a deterrent and an educational tool* ».

³⁸¹⁴ Not. *Sanford v. Koop*, 2005 HRTO 53 (CanLII), par. 34 (« *the Tribunal should not set the quantum too low, since doing so would trivialize the social importance of the Code by effectively creating a "license fee" to discriminate* ») ou encore *ADGA Group Consultants Inc. v. Lane*, 2008 ONSCDC 39605 (CanLII), par. 153.

³⁸¹⁵ En ce sens, v. PINTO, A., *Report of the Ontario Human Rights Review*, *op. cit.*, p. 71. V. également Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, I, A, 2). Cela peut notamment se traduire par la prise en compte de la capacité financière du responsable en vue de la modulation des dommages-intérêts octroyés. Not. *Parks v. Cristian Horizons (No 2)*, 1992, 16 CHRR 171 (OBI) et *Peterson v. Anderson*, 1991, 15 CHRR 1 (OBI).

1001. Le 25 septembre 2019, la Cour d'appel de Versailles a notamment statué sur dix cas dans lesquels une discrimination syndicale était caractérisée. Les dommages-intérêts octroyés au titre de la réparation du préjudice moral oscillaient entre 2 000 et 10 000 €, avec une moyenne établie à 5 400 € par salarié discriminé. Ces décisions illustrent par ailleurs l'écart colossal qui existe de manière générale entre, d'une part, les réparations octroyées par les juridictions, et, d'autre part, celles sollicitées par les conseils³⁸¹⁶. Concernant ces dix affaires, le conseil plaidait pour une évaluation du préjudice moral qui était près de huit fois supérieure aux sommes prononcées³⁸¹⁷. Cette dynamique est confirmée par l'analyse d'une dizaine d'autres cas qui témoignent, pris dans leur ensemble, d'un rapport de un à huit entre les dommages-intérêts octroyés aux personnes ayant subi la discrimination sanctionnée et les évaluations plaidées par leurs conseils³⁸¹⁸. Concernant la discrimination fondée sur les activités syndicales, à l'instar des dix affaires évoquées *supra*, les réparations du préjudice moral oscillaient dans sept autres cas entre 2 500 € et 10 000 €, avec une moyenne établie à 6 428 € par salarié discriminé³⁸¹⁹. Certes, les moyennes semblent encore en deçà de la plupart des provinces et États susmentionnés³⁸²⁰.

1002. Les discriminations multiples, fondées sur plusieurs critères de discrimination, semblent néanmoins faire l'objet d'une réparation plus importante. Ce constat émerge de l'analyse de cinq cas d'espèce qui ont donné lieu à des réparations à hauteur de 5 000 € (deux cas de discrimination fondée sur le sexe et la situation de famille)³⁸²¹, de 8 000 € (discrimination fondée sur le sexe, la

³⁸¹⁶ Sans doute, cet écart n'est pas spécifique au contentieux de la non-discrimination. Il illustre cependant l'absence de repères ou de critères globalement fiables qui permettraient d'évaluer méthodiquement ce préjudice. Sur ce point, v. les développements *infra* (Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, I, B, 2).

³⁸¹⁷ CA Versailles, ch. 17, 25 septembre 2019, n° 17/00251 (3 000 € de dommages-intérêts octroyés par la cour au titre de la réparation du préjudice moral ; 34 000 € sollicités par le conseil), n° 17/00263 (3 000 € octroyés ; 22 000 € sollicités), n° 17/00264 (3 000 € octroyés ; 38 000 € sollicités), n° 17/00292 (3 000 € octroyés ; 26 000 € sollicités), n° 17/00290 (5 000 € octroyés ; 34 000 € sollicités), n° 17/00291 (5 000 € octroyés ; 60 000 € sollicités), n° 17/00256 (5 000 € octroyés ; 38 000 € sollicités), n° 17/00249 (8 000 € octroyés ; 48 000 € sollicités), n° 17/00255 (10 000 € octroyés ; 46 000 € sollicités), n° 17/00259 (10 000 € octroyés ; 78 000 € sollicités).

³⁸¹⁸ CA Poitiers, ch. soc., 2 mai 2018, n° 17/03132 (2 500 € de dommages-intérêts octroyés par la cour au titre de la réparation du préjudice moral ; 20 000 € sollicités par le conseil) ; CA Paris, pôle 6, ch. 9, 31 octobre 2018, n° 16/08572 (5 000 € octroyés ; 50 000 € sollicités) ; CA Paris, pôle 6, ch. 8, 9 novembre 2017, n° 14/14486 (5 000 € octroyés ; 50 000 € sollicités), n° 14/14485 (5 000 € octroyés ; 50 000 € sollicités), n° 13/10542 (5 000 € octroyés ; 100 000 € sollicités) ; CA Paris, pôle 6, ch. 4, 16 janvier 2019, n° 16/07403 (10 000 € octroyés ; 50 000 € sollicités) ; CA Paris, pôle 6, ch. 10, 30 novembre 2016, n° 15/04401 (10 000 € octroyés ; 100 000 € sollicités) ; CA Versailles, ch. 6, 18 avril 2019, n° 17/01210 (15 000 € octroyés ; 50 000 € sollicités) ; CA Paris, pôle 6, ch. 8, 22 septembre 2016, n° 14/07337 (100 000 € octroyés ; 1 925 470 € sollicités). Le ratio augmente de un à quinze lorsque ce dernier cas d'espèce est inclus dans la comparaison.

³⁸¹⁹ CA Poitiers, ch. soc., 2 mai 2018, n° 17/03132 (2 500 € de dommages-intérêts octroyés par la cour au titre de la réparation du préjudice moral) ; CA Versailles, ch. 21, 19 décembre 2019, n° 18/03801 (5 000 €) ; CA Paris, pôle 6, ch. 8, 9 novembre 2017, n° 14/14486 (5 000 €) ; CA Paris, pôle 6, ch. 8, 9 novembre 2017, n° 14/14485 (5 000 €) ; CA Paris, pôle 6, ch. 9, 22 mars 2017, n° 15/07533 (8 000 €) ; CA Paris, pôle 6, ch. 7, 3 mai 2018, n° 15/12973 (10 000 €) ; CA Paris, pôle 6, ch. 10, 30 novembre 2016, n° 15/04401 (10 000 €).

³⁸²⁰ Soulignons également un cas de discrimination fondée sur l'âge qui fut réparée par l'octroi de 10 000 € de dommages-intérêts au titre du préjudice moral (CA Paris, pôle 6, ch. 4, 16 janvier 2019, n° 16/07403).

³⁸²¹ CA Paris, pôle 6, ch. 9, 31 octobre 2018, n° 16/08572 et CA Paris, pôle 6, ch. 9, 22 novembre 2017, n° 13/10542.

situation de famille et la maternité)³⁸²², de 15 000 € (sexe, origine et appartenance syndicale)³⁸²³ et de 20 000 € (sexe, situation de famille et maternité)³⁸²⁴. Soulignons enfin un cas de discrimination liée à un harcèlement homophobe d'un salarié par ses collègues de la BNP Paribas, pour lequel la réparation du préjudice moral demandée s'élevait à 1 925 470 €. Il fut sanctionné par l'octroi d'une somme de 100 000 € par la Cour d'appel de Paris³⁸²⁵. Au-delà des montants octroyés, qui gagneraient idéalement à être contextualisés de manière systématique, il est surtout possible de constater en France une carence d'ordre méthodologique. Elle est liée à l'absence de rationalisation de l'évaluation de ces dommages-intérêts et entache parfois d'incohérence la pratique des juridictions.

2) Les carences méthodologiques lors de l'évaluation du préjudice moral par les juridictions françaises

1003. Pour Bernard Bossu, le constat est sans appel : « aucune règle ne peut être retirée des appréciations [du préjudice moral] ainsi opérées par les juges »³⁸²⁶. La diversité des critères *a priori* employés, en réalité souvent tus, doublée d'une motivation lapidaire, voire inexistante, renforce en effet l'absence de cohérence de la jurisprudence française en la matière. Le contentieux de la non-discrimination ne nous semble pas constituer à cet égard une exception qui traduirait un désintérêt spécifique et ponctuel des juges. Il peut plus sûrement être envisagé comme une illustration, parmi d'autres, des difficultés du juge français à appréhender certains postes de préjudice ainsi que des limites inhérentes à l'aspect succinct de la motivation de ses décisions sur ce point.

1004. L'incohérence apparaît tout d'abord au stade de la décision d'octroi ou non d'une indemnisation du préjudice moral. Les raisons du refus d'indemnisation sont parfois difficilement compréhensibles. Tel est le cas lorsque, en dépit d'une caractérisation de la discrimination fondée sur le sexe, liée à un refus de congé pour les parents d'enfants à charge, et en dépit de la demande d'indemnisation du requérant, la cour s'y refuse, arguant simplement qu'« il n'est pas démontré l'existence d'un préjudice causé à l'occasion de la procédure actuelle en sorte que des dommages-intérêts ne sont pas justifiés »³⁸²⁷. Cette jurisprudence semble exclure la reconnaissance d'une

³⁸²² CA Paris, 1er avril 2015, confirmé *in* CA Paris, pôle 6, ch. 7, 23 mai 2019, n° 17/14921.

³⁸²³ CA Versailles, ch. 6, 18 avril 2019, n° 17/01210.

³⁸²⁴ CA Paris, pôle 6, ch. 11, 5 juin 2018, n° 15/10871.

³⁸²⁵ CA Paris, pôle 6, ch. 8, 22 septembre 2016, n° 14/07337.

³⁸²⁶ BOSSU, B. (dir.), *Les discriminations dans les relations de travail devant les cours d'appel*, *op. cit.*, p. 418.

³⁸²⁷ CA Nîmes, 13 octobre 2009, n°s 08/03540, 08/03554, 08/03527, 08/03539, 08/03549, 08/03550, 08/03546 et autres. Décisions not. commentées *in idem*, p. 417-418 : « l'absence de versement de dommages et intérêts questionne » car il n'est pas « possible de cerner la raison de ce refus ».

« présomption de préjudice » en cas de discrimination³⁸²⁸. Pourtant, une telle présomption est parfois considérée comme un « élément spécifique [émergent] du régime juridique des droits et libertés fondamentaux »³⁸²⁹. Après avoir identifié plusieurs jurisprudences, civiles, administratives et européennes qui convergent pour reconnaître une présomption de préjudice en cas de violation des droits fondamentaux, Xavier Dupré de Boulois considère que « c'est d'abord l'éminence des droits impliqués dans le litige et la volonté d'en garantir l'effectivité qui [expliquent] la mise en œuvre du mécanisme présomptif »³⁸³⁰. Peu importe que des souffrances d'ordre psychologique soient alors caractérisées, la victime bénéficie d'un droit à réparation du seul fait de la violation, et sans avoir à rapporter la preuve d'un préjudice spécifique. En ce qu'elle « repose sur l'idée que faciliter l'indemnisation de la victime d'une telle atteinte est de nature à inciter les acteurs concernés à respecter les droits en question », cette jurisprudence illustre « le rôle qu'est susceptible de jouer la responsabilité dans la réalisation de ces droits »³⁸³¹. Son extension au droit de la non-discrimination permettrait sans doute d'en renforcer les garanties³⁸³². D'autant plus que certaines décisions ouvrent la voie lorsque les juridictions, judiciaires comme administratives, considèrent que la situation de discrimination « a *nécessairement* causé un préjudice moral »³⁸³³ qu'il convient de réparer.

1005. L'incohérence frappe ensuite en cas d'octroi de dommages-intérêts. La pratique des juridictions témoigne, en effet, d'une grande hétérogénéité dans l'appréhension et l'évaluation du préjudice : opérées le plus souvent sans référence à un quelconque critère, simplement « au vu des circonstances de la cause », eu égard à « l'attitude vexatoire » du défendeur, ou, dans le meilleur des cas, au regard de divers critères (*e.g.* ancienneté, âge de la victime, capacité de la victime à limiter les effets de la discrimination)³⁸³⁴. Les justifications avancées semblent, quoi qu'il en soit, toujours

³⁸²⁸ V. aussi, pour une formulation distincte qui atteste de l'absence de présomption de préjudice moral, CA Paris, pôle 6, ch. 7, 23 mai 2019, n° 17/14921 : « Toutefois, Mme X doit justifier du préjudice subi » ; « Mme X ne justifie pas du préjudice invoqué. Il y aura lieu de la débouter de sa demande de dommages-intérêts, en l'absence de tout préjudice démontré », et en dépit de la reconnaissance d'une discrimination fondée sur la situation de maternité.

³⁸²⁹ DUPRÉ DE BOULOIS, X., « Droits fondamentaux et présomption de préjudice », *loc. cit.* La présomption de préjudice est également évoquée par l'auteur dans une démarche plus générale d'identification des lignes directrices qui structurent le régime juridique des droits et libertés fondamentaux *in* DUPRÉ DE BOULOIS, X., « Existe-t-il un droit des libertés ? », *RDLF*, chron. n° 4, 2017.

³⁸³⁰ *Ibidem*. L'auteur ajoute que la présomption de préjudice permet de « renforcer l'effectivité de l'application d'une règle jugée socialement importante ».

³⁸³¹ *Ibidem*.

³⁸³² L'absence de dommages-intérêts en réparation du préjudice moral peut en effet être assimilée à « une forme de disqualification institutionnelle de la violence de la discrimination » (CHAPPE, V.-A. et KEYHANI, N., « La fabrique d'un collectif judiciaire. La mobilisation des cheminots marocains contre les discriminations à la SNCF », *op. cit.*, p. 21).

³⁸³³ Not. CAA Paris, 4^e ch., 3 juillet 2019, n°s 17PA01326 et 17PA01327 et CA Versailles, ch. 21, 14 février 2019, n° 17/01270 (nous soulignons).

³⁸³⁴ V. not. BOSSU, B. (dir.), *Les discriminations dans les relations de travail devant les cours d'appel*, *op. cit.*, p. 416-417, p. 424 et p. 427.

économiques³⁸³⁵, peu détaillées, ne permettent de comprendre ni la méthode d'évaluation³⁸³⁶ ni la divergence d'appréciation avec les conseils³⁸³⁷, y compris lorsque les dommages-intérêts prononcés sont exceptionnellement élevés³⁸³⁸. Les décisions rendues permettent tout au plus de constater le rejet par les juridictions des méthodes d'évaluation avancées par les victimes et leurs conseils. Une évaluation « tarifaire » du préjudice moral, à hauteur de 2 000 € par an, fonction de la durée de la discrimination subie, n'apparaît pas convaincante pour la cour d'appel de Versailles³⁸³⁹. Il arrive par ailleurs que les juridictions ne prennent pas la peine de séparer les postes de préjudice³⁸⁴⁰, voire qu'elles annoncent une réparation du préjudice moral tout en se bornant à une réparation des préjudices économiques³⁸⁴¹. Une rationalisation de l'évaluation du préjudice fondée sur la détermination d'une méthode, « par encadrement » ou « par critères », peut, par contraste, apparaître plus rigoureuse.

1006. La méthode d'évaluation du préjudice moral « par encadrement » en matière de discrimination, à laquelle procèdent les juridictions britanniques depuis 2003, fournit une grille de lecture intéressante. Celle-ci repose sur l'identification préalable de quatre tranches, généralement

³⁸³⁵ *A contrario*, pour une motivation qui permet exceptionnellement d'identifier quelques éléments d'appréciation sur lesquels se fonde la juridiction pour évaluer le préjudice, v. CA Paris, pôle 6, ch. 11, 5 juin 2018, n° 15/10871 : « La décision déferée sera confirmée en ce qu'elle a alloué à Mme C. de M. la somme de 20 000 € à titre de dommages et intérêts, au vu notamment des déclarations de ses proches attestant de l'impact sur l'état de santé de la salariée au moment de son licenciement ».

³⁸³⁶ V. par exemple, CA Poitiers, ch. soc., 2 mai 2018, n° 17/03132, pour un passage de 20 000 € sollicités à une évaluation par la juridiction du préjudice à hauteur de 2 500 € seulement : « Il ne peut être contesté que Mme A. a subi un préjudice moral du fait de la discrimination qu'elle a subie durant de longues années et qui est réparé par l'attribution de la somme de 2 500 € ». V. encore CA Versailles, ch. 17, 25 septembre 2019, n° 17/00292, pour un passage de 26 000 € sollicités à une évaluation par la juridiction du préjudice à hauteur de 3 000 € seulement : « Les abus de pouvoir de l'employeur et le défaut de formation ont causé au salarié un préjudice moral qui sera réparé par l'allocation d'une somme de 3 000 euros ».

³⁸³⁷ V. par exemple pour une motivation somme toute extrêmement détaillée au regard des autres décisions analysées, CA Versailles, ch. 17, 25 septembre 2019, n° 17/00251 : « Le salarié, qui estime ne pas avoir reçu de son employeur la reconnaissance professionnelle à laquelle il pouvait prétendre, a été dévalorisé par son employeur au regard de la communauté de travail, de sa vie personnelle et de sa vie intime. Il évalue son préjudice à 34 000 euros correspondant à 2 000 euros par année d'ancienneté. La société conteste ce montant, qu'elle considère infondé et surtout, calculé de manière identique pour l'ensemble des salariés en cause d'appel. L'absence de reconnaissance de ses qualités professionnelles a causé au salarié un préjudice moral qui sera réparé par l'allocation d'une somme de 3 000 euros ».

³⁸³⁸ V. par exemple, CA Paris, pôle 6, ch. 8, 22 septembre 2016, n° 14/07337, pour un passage de 1 925 470 € sollicités à une évaluation par la juridiction du préjudice à hauteur de 100 000 € : « Il ressort également de ce qui précède que M. R., privé de sa rémunération variable (plus de 100 k€), discriminé et harcelé a subi un préjudice moral que la cour au vu des éléments versés aux débats, notamment d'ordre médical, est en mesure d'évaluer à la somme de 100 000 € ».

³⁸³⁹ CA Versailles, ch. 17, 25 septembre 2019, nos 17/00249, 17/00251, 17/00255, 17/00256, 17/00259, 17/00263, 17/00264, 17/00290, 17/00291, 17/00292.

³⁸⁴⁰ CA Paris, pôle 6, ch. 4, 24 janvier 2017, n° 12/09692 : « La Fédération Nationale de la Mutualité Française sera condamnée à verser à Fatima K. la somme de 30 000 € en réparation du préjudice subi du fait de la discrimination *subie toutes causes de préjudices confondues* » (nous soulignons).

³⁸⁴¹ CA Douai, ch. soc., 27 octobre 2017, n° 16/03685 : condamnation à « 52 000 € à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice financier *et moral* résultant de la discrimination » (nous soulignons). La motivation de la cour ainsi que le dispositif de la décision se bornent néanmoins à évoquer les préjudices économiques sans jamais s'attarder sur le préjudice moral (38 034 € pour perte de rémunération, auxquels s'ajoutent la perte partielle d'indemnité de carrière et la diminution des droits à la retraite).

désignées comme *The Vento Bands*, en fonction du degré de gravité de l'atteinte. Lors de la décision *Vento v. Chief Constable of West Yorkshire Police*³⁸⁴², la cour d'appel a entendu faciliter l'encadrement du préjudice moral et son évaluation en cas de discrimination par l'identification de quatre tranches. Cette grille de lecture fut réévaluée à la hausse en 2009³⁸⁴³, puis en 2017, de telle sorte que les tranches sont désormais déterminées de la manière suivante : la première, de 800 £ à 8 400 £, pour les cas les moins graves ; la deuxième, de 8 400 £ à 25 200 £, pour les cas intermédiaires ; la troisième, de 25 200 £ à 42 000 £, pour les cas les plus graves ; la quatrième, au-delà de 42 000 £, pour les cas d'une gravité exceptionnelle³⁸⁴⁴. Certes, cette méthode ne permet pas véritablement une détermination précise du préjudice. Il s'agit davantage d'inférer de l'appréciation générale de la gravité de l'atteinte un écart-type au sein duquel devra être fixé le montant de l'indemnité. Si elle demeure perfectible – et en certains points contestable –, cette méthode permet néanmoins une plus grande cohérence de la jurisprudence. Il en va de même au Canada, où la méthode employée se fonde, quant à elle, sur une série de critères progressivement consacrés par voie prétorienne.

1007. Afin d'éviter les incohérences liées aux variations inhérentes à la discrétion dont disposent les juridictions dans l'évaluation du préjudice, la jurisprudence canadienne guide l'appréciation par le biais de deux critères structurels, qu'il serait possible de dissocier en fonction de leur aspect objectif ou subjectif. Le premier est relatif à la gravité de la pratique ou de la mesure du responsable, variable selon la nature, la durée et l'intention de l'acte (critère objectif). La nature de l'acte constitue un critère de gradation de la gravité selon qu'il s'agit d'un commentaire à caractère discriminatoire ou d'un licenciement. La durée est un autre facteur déterminant qui permet de distinguer selon que le commentaire est occasionnel ou s'inscrit dans le cadre d'un harcèlement prolongé. Elle est utile, à un tout autre niveau, pour dissocier un licenciement qui intervient après trente ans d'ancienneté ou une semaine d'activité. L'aspect délibéré³⁸⁴⁵ ou négligent du comportement du responsable doit en outre être considéré³⁸⁴⁶. Le second critère structurel est relatif aux effets que cette pratique ou mesure engendre, ressentis par la victime en fonction des circonstances particulières du cas d'espèce mais également de ses émotions (critère subjectif)³⁸⁴⁷. Il appartient alors au juge d'apprécier les facteurs suivants : le sentiment d'humiliation, les blessures émotionnelles, le manque de respect, la

³⁸⁴² *Vento v. Chief Constable of West Yorkshire Police (No. 2)*, [2003] IRLR 102, [2002] EWCA Civ 1871.

³⁸⁴³ *Da'Bell v. NSPCC*, [2010] IRLR 19, [2009] UKEAT 0227-09-2809.

³⁸⁴⁴ DOYLE, B. (President of the Employment Tribunals – England & Wales) et SIMON, S. (President of the Employment Tribunals – Scotland), *Presidential Guidance. Employment Tribunal Awards for Injury to Feelings and Psychiatric Injury Following De Souza vs Vinci Construction (UK) Ltd* [2017] EWCA Civ 879, 2017, accessible en ligne, [URL : <https://www.judiciary.uk>].

³⁸⁴⁵ Soulignons que les éventuelles représailles sont susceptibles de faire l'objet d'une demande distincte d'indemnisation du préjudice moral. En ce sens, *Curling v. Victoria Tea Co Ltd*, 2000 HRTO 20870 (CanLII).

³⁸⁴⁶ Not. *Baptiste v. Napanee & District Rod & Gun Club*, 1993, 19 CHRR 246 (OBI).

³⁸⁴⁷ *V. Arunachalam v. Best Buy Canada*, 2010 HRTO 1880 (CanLII), par. 52-54.

mésestime engendrée, la perte de confiance, la particulière vulnérabilité de la victime, la « perte de dignité », ou encore « l'expérience de la victimisation »³⁸⁴⁸. Diverses situations doivent également être considérées en complément, à l'instar de la dimension publique ou privée de la discrimination, susceptibles de renforcer le sentiment d'humiliation³⁸⁴⁹. Affinant encore leur méthode d'appréciation du préjudice, les juridictions canadiennes ont parfois fixé des critères spécifiques en fonction de la nature de la discrimination. En cas de harcèlement sexuel, sept critères doivent par exemple être examinés : la nature du harcèlement (*e.g.* verbal, physique), le degré d'agressivité et de contact physique qu'il implique, la durée et la continuité du comportement, sa fréquence, l'âge de la victime, sa vulnérabilité ainsi que l'impact psychologique néfaste engendré par le comportement³⁸⁵⁰.

1008. Ces éclairages étrangers n'ont pas d'autre ambition, dans la présente étude, que de fournir une illustration des moyens par lesquels il serait envisageable de préciser les modalités d'évaluation du préjudice moral en cas de discrimination. Par contraste, ils permettent de constater les nombreuses carences qui affectent, en France, l'évaluation de ce préjudice et la justification des indemnités octroyées. Les réparations sont à la fois relativement faibles, dans leur montant, parfois incohérentes, et toujours insuffisamment motivées. Sans nul doute, de nombreux progrès sont encore possibles en la matière. Il ne s'agit toutefois pas de plaider en faveur d'indemnités toujours plus élevées, pas plus qu'il n'est question d'ériger en modèle ce que certains auteurs ont conçu sous l'angle d'« une certaine dérive, "à l'américaine" »³⁸⁵¹. Plus simplement, il s'agit de questionner ce qui constitue une juste réparation.

1009. En complément des réparations financières et de l'éventuelle réparation en nature du préjudice de la victime, le développement de mesures « d'intérêt public » ou de redressement systémique pourrait surtout être recherché. Cette perspective exigerait un déploiement audacieux des pouvoirs du juge, notamment d'injonction, aux fins de sanction de la discrimination.

³⁸⁴⁸ V. *Sanford v. Koop*, *op. cit.*, par. 35 ou encore *ADGA Group Consultants Inc. v. Lane*, *op. cit.*, par. 154.

³⁸⁴⁹ En ce sens, *Abouchar v. Toronto (Metro) School Board (No 4)*, 1999, 35 CHRR 175 (OBI).

³⁸⁵⁰ *Torres v. Royalty Kitchenware Ltd.*, 1982, 3 CHRR 858, par. 775.

³⁸⁵¹ DESCHAMPS, P., in BORRILLO, D. (dir.), *La HALDE : actions, limites, enjeux*, table ronde « Le traitement des plaintes », *op. cit.*, p. 40.

II. Dépasser le caractère rétrospectif de la sanction par le développement de mesures d'intérêt public ou de redressement systémique

1010. Des mesures dites « d'intérêt public », ou « mesures de redressement systémique »³⁸⁵², ont parfois été conçues en complément pour parfaire la sanction³⁸⁵³. Elles reposent sur une volonté de servir la réalisation du droit en limitant le risque de reproduction de la pratique ou de la mesure sanctionnée dans le cas d'espèce. Elles dépassent manifestement l'objectif de réparation intégrale du préjudice individuel de la victime. Pour contribuer à l'éradication systémique des pratiques discriminatoires, ces mesures ont pour effet de doubler le versant punitif et rétrospectif de la sanction (*punitive backward-looking remedies*) d'une dimension préventive et prospective (*transformative forward-looking remedies*)³⁸⁵⁴. Elles conduisent notamment le juge à intervenir non plus seulement dans les relations entre la victime et le responsable (*e.g.* aménagement des relations contractuelles) mais également entre le responsable et les tiers³⁸⁵⁵. Le développement de ces mesures est essentiellement marqué à l'étranger, dans des pays de *Common Law* qui ont développé un système de traitement contentieux spécialisé en matière de discrimination (A). L'initiative s'avère, de ce fait, relativement contingente de la tradition juridique et de l'expertise juridictionnelle. Sans faire l'objet d'une reconnaissance en France, il est néanmoins possible de forcer le rapprochement de ces mesures de redressement systémique avec certaines pratiques extrajudiciaires. En prolongement, et dans l'optique d'une optimisation de la réalisation du droit de la non-discrimination, il convient de s'interroger sur leur possible mise en œuvre dans le cadre national (B).

A. Les mesures d'intérêt public, une innovation anglo-saxonne

1011. Le prononcé de ces mesures de redressement systémique à l'étranger trouve généralement son fondement juridique dans une habilitation législative expresse, intégrée à la loi de consolidation antidiscriminatoire. Celle-ci permet de favoriser l'émergence d'une culture juridictionnelle des *public*

³⁸⁵² Les termes sont utilisés comme synonymes bien que la notion de « mesures d'intérêt public » corresponde davantage aux « *public interest remedies* » envisagés à l'étranger. La notion de « mesures de redressement systémique » constitue, selon nous, un équivalent plus évocateur.

³⁸⁵³ Sur ces mesures, v. DAY, S., BRODSKY, G. et KELLY, F., « The Authority of Human Rights Tribunals to Grant Systemic Remedies », *Canadian Journal of Human Rights*, vol. 6, n° 1, 2017, p. 1-47.

³⁸⁵⁴ *Ibidem*.

³⁸⁵⁵ V. IORDACHE, R. et IONESCU, I., « Discrimination and its Sanctions – Symbolic vs. Effective Remedies in European Anti-Discrimination Law », *op. cit.*, p. 18-19. Au-delà de la réparation du préjudice et de la sanction du responsable, les auteurs insistent sur « *A third and much more interesting category of remedies from the perspective of effectiveness is the one of forward-looking remedies which indicate commitment to tackling the pervasive effects of discrimination these are systemic non-pecuniary remedies or substantive remedies which entail both a proactive, constructive approach and a punitive one. [...] they create the conditions to prevent further discrimination, to educate and to raise awareness* ». Pour une promotion de la sanction comme modalité de transformation des pratiques institutionnelles, v. encore SHEPPARD, C., « Equality Rights and Institutional Change: Insights from Canada and the United States », *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 15, n° 1, 1998, p. 165-167.

interest remedies (1). Fortes de ces habilitations, les juridictions développent une expertise qui les conduit à ordonner, en complément de la réparation intégrale du préjudice, différentes mesures propres à prévenir la réitération de pratiques ou mesures similaires à celle sanctionnée en l'espèce (2).

1) L'usage juridictionnel des mesures d'intérêt public à l'étranger

1012. D'ores et déjà instructif en matière de consolidation du droit de la non-discrimination ou d'évaluation des dommages-intérêts, le cas du Royaume-Uni se révèle là encore particulièrement intéressant. Il reflète une tendance partagée par la Nouvelle-Zélande, l'Australie et le Canada³⁸⁵⁶, qui consiste à ancrer dans la loi de consolidation l'habilitation des juridictions à prononcer des mesures d'intérêt public. L'article 124 de l'*Equality Act* mentionnait ainsi la faculté pour les tribunaux du travail (*employment tribunals*) de prononcer « *a recommendation that within a specified period the respondent takes specified steps for the purpose of obviating or reducing the adverse effect of any matter to which the proceedings relate— (a) on the complainant; (b) on any other person* ». En étendant le pouvoir de recommandation-injonction au bénéfice de toute personne, et non seulement de la victime, l'intérêt de cette habilitation est de permettre d'envisager dans le dispositif des remèdes systémiques (e.g. analyse et modification des pratiques, audit, formation) afin d'éviter que de nouvelles pratiques discriminatoires ne se reproduisent à l'avenir³⁸⁵⁷. Les notes explicatives (*Explanatory notes*) de l'*Equality Act* précisent en ce sens que « *where a tribunal makes a recommendation it does not have to be aimed only at reducing the negative impact on the individual claimant(s) of the respondent's actions which gave rise to the successful claim, but can be aimed at reducing that impact on the wider workforce* »³⁸⁵⁸. Ces notes explicatives, qui font office de lignes directrices en vue de l'interprétation de la législation, soulignaient en continuité quelques exemples de mesures d'intérêt public : l'introduction au sein de l'établissement du responsable d'une politique d'accès à l'égalité, le développement d'une politique anti-harcèlement et la mise en place d'une procédure efficace afin de veiller à son respect, la mise

³⁸⁵⁶ Le choix de ces pays pour illustrer le prononcé de mesures d'intérêt public reflète le prolongement de l'attention qui leur a été accordée, dès le début de cette étude, en raison du développement de processus de consolidation. L'analyse approfondie des textes législatifs et pratiques judiciaires au sein de ces ordres juridiques nous a, par la suite, permis d'identifier certaines caractéristiques marquantes, parmi lesquelles figurent les mesures d'intérêt public. Ces caractéristiques nous ont été utiles pour penser de manière critique les qualités du droit français, les pratiques des acteurs, et pour esquisser quelques perspectives. Les développements ci-dessous évoqueront successivement le cas : du Royaume-Uni, où les mesures d'intérêt public ont été brièvement développées entre 2010 et 2015 ; de la Nouvelle-Zélande et de l'Australie, où ces mesures persistent et bénéficient d'un ancrage plus pérenne ; du Canada, enfin, qui a fait l'objet d'une analyse plus approfondie en raison du projet initial d'étude de droit comparé, et où ces mesures sont également communément prononcées.

³⁸⁵⁷ V. ici *Equality Act 2010. Explanatory notes*, revised edition, The Stationery Office Limited, August 2010, accessible en ligne [URL : <http://www.legislation.gov.uk>], § 406, p. 91.

³⁸⁵⁸ *Idem*, § 404, p. 91.

en place d'une commission d'examen dédiée aux questions d'égalité et de harcèlement, la formation et la sensibilisation du personnel, ou encore la publication des critères de sélection utilisés en matière de recrutement et de promotion³⁸⁵⁹. L'ambition est clairement affichée. Il s'agit d'opérer une transformation des pratiques en vue de la réalisation du droit de la non-discrimination, au-delà de la seule résolution du cas d'espèce. Cette initiative fut pourtant rapidement remise en cause par le gouvernement britannique, ce qui s'est traduit par un recul des protections antidiscriminatoires.

1013. Cinq ans seulement après son entrée en vigueur en 2010, l'article 124 de l'*Equality Act* fut modifié par le *Deregulation Act*. Les recommandations des tribunaux du travail ne peuvent depuis viser que la réduction des effets défavorables sur le requérant, et non plus sur toute personne³⁸⁶⁰. Lors de la consultation préalable à la modification de l'article 124, le gouvernement britannique a considéré trois arguments essentiels. Premièrement, ces transformations institutionnelles devaient plutôt, selon lui, relever de l'appréciation discrétionnaire des employeurs et non des tribunaux. Il s'agissait donc d'une ingérence. Deuxièmement, ces recommandations à finalité transformative n'étaient, en pratique, toujours selon le gouvernement, que des conseils « évidents et non techniques », de « simples recommandations de bon sens », des « actions correctives de base »³⁸⁶¹, telles que la modification des pratiques des ressources humaines et la formation du personnel. Dit autrement, le bon sens des responsables de discrimination devait suffire à tirer les conséquences pratiques de la décision de condamnation, sans que des injonctions complémentaires et relatives à l'organisation interne de l'entreprise soient indispensables. Troisièmement, si l'enjeu auquel répondaient ces recommandations était effectivement essentiel, elles étaient en revanche, elles, inopportunes. Une logique d'autorégulation des employeurs par la promotion de bonnes pratiques et les instruments de *soft law*, déjà maîtres en matière de promotion de la diversité, devait leur être préférée³⁸⁶². Ce recul peut en transparence être envisagé comme une conséquence du *neo-liberal backlash* qui affecte fréquemment les dispositions antidiscriminatoires, bien au-delà du seul cas britannique³⁸⁶³. En dépit d'une initiative prometteuse, le Royaume-Uni a donc renoncé à construire – en partie – la réponse juridictionnelle sur le prononcé de mesures d'intérêt public.

³⁸⁵⁹ V. *Idem*, § 406, p. 91-92.

³⁸⁶⁰ *Deregulation Act* 2015 (c. 20), ss. 2(1)(a), 115(7) ; S.I. 2015/994, art. 11(a).

³⁸⁶¹ GOVERNMENT EQUALITIES OFFICE, *Equality Act 2010: Employment Tribunals' Power to Make Wider Recommendations in Discrimination Cases and Obtaining Information Procedure. Government Response to the Consultation*, Government Equalities Office, October 2012, p. 8 et 20.

³⁸⁶² *Idem*, p. 20.

³⁸⁶³ Sur cette question, v. not. les travaux de Abigail B. Bakan et Audrey Kobayashi : BAKAN, A. B. et KOBAYASHI, A., « Affirmative Action and Employment Equity: Policy, Ideology, and Backlash in Canadian Context », *Studies in political Economy*, vol. 79, 2007, p. 145-166 et BAKAN, A. B. et KOBAYASHI, A., « Backlash Against Employment Equity: The British Columbia Experience », *Atlantis*, vol. 29.1, 2004, p. 61-70.

1014. D'autres législations ont maintenu cette faculté d'injonction pour les juridictions. Tel est le cas de la Nouvelle-Zélande qui prévoit, à l'article 92I du *Human Rights Act* de 1993, que le *Human Rights Review Tribunal* peut prononcer « *an order restraining the defendant from continuing or repeating the breach, or from engaging in, or causing or permitting others to engage in, conduct of the same kind as that constituting the breach, or conduct of any similar kind specified in the order* ». Cette disposition permet d'ordonner, entre autres, la modification du règlement intérieur ou la révision des processus de recrutement et de promotion. Le tribunal peut en outre prononcer « *an order that the defendant undertake any specified training or any other programme, or implement any specified policy or programme, in order to assist or enable the defendant to comply with the provisions of this Act* ». Des mesures préventives de formation, d'établissement de politiques antidiscriminatoires, ou de sensibilisation, peuvent ainsi être établies en sus des mesures correctrices. Afin d'écartier tout doute sur la latitude dont dispose le tribunal pour rechercher la réalisation du *Human Rights Act*, celui-ci dispose enfin qu'il est possible d'ordonner « *any other relief the Tribunal thinks fit* ». Force est de reconnaître que cette habilitation du législateur offre au tribunal spécialisé, chargé du contentieux de la non-discrimination, un fondement extrêmement solide afin de s'engager dans la voie des mesures d'intérêt public qui visent la transformation des pratiques et la mise en place d'outils de prévention, en concertation avec les responsables.

1015. Les législations australiennes ne sont pas en reste, notamment au regard de l'article 108 du *New South Wales Anti-Discrimination Act* de 1977. Ce dernier permet de rendre « *an order enjoining the respondent from continuing or repeating any conduct rendered unlawful by this Act or the regulations* », ou encore « *[an order] to develop and implement a program or policy aimed at eliminating unlawful discrimination* ». Le législateur de Sydney, désireux d'écartier toute ambiguïté sur l'objet de ces injonctions, a également précisé que, « *an order of the Tribunal may extend to conduct of the respondent that affects persons other than the complainant or complainants if the Tribunal, having regard to the circumstances of the case, considers that such an extension is appropriate* ». Il s'agit en conséquence de saisir l'occasion du litige pour servir une approche préventive ainsi qu'une intervention, non plus seulement dans les relations entre la victime et le responsable, mais également entre le responsable et les tiers. L'initiative du législateur de Brisbane peut, elle aussi, être soulignée. L'article 209 du *Queensland Anti-Discrimination Act* dispose que, parmi les prérogatives du tribunal, figure la faculté de prononcer « *an order requiring the respondent to do specified things to redress loss or damage suffered by the complainant and another person because of the contravention* » ainsi que « *an order requiring the respondent to implement programs to eliminate unlawful discrimination* ».

1016. Sans grande surprise, le Canada s’aligne sur les positions législatives ci-dessus (e.g. législation fédérale³⁸⁶⁴ et législations provinciales, en Colombie-Britannique³⁸⁶⁵, au Manitoba³⁸⁶⁶, en Ontario). L’article 45.2(1), 3°, du Code des droits de la personne de l’Ontario dispose à ce titre que le tribunal peut rendre « une ordonnance enjoignant à toute partie à la requête de prendre les mesures qui, selon le tribunal, s’imposent pour favoriser l’observation de la présente loi ». Des injonctions spécifiques peuvent ainsi être formulées afin de s’assurer de l’observation future du droit de la non-discrimination³⁸⁶⁷. Parmi les manifestations concrètes se trouvent les mêmes procédés qu’en Australie, Nouvelle-Zélande ou au Royaume-Uni (de 2010 à 2015) : changement des pratiques internes, audit externe en vue de l’analyse des pratiques et du développement de politiques antidiscriminatoires, formation et sensibilisation du personnel³⁸⁶⁸. Les juridictions ont explicitement souligné la nécessité d’une interprétation large et libérale des dispositions relatives aux sanctions des violations du Code, indépendamment de toute faute du responsable³⁸⁶⁹. Cela, afin de favoriser la réalisation de l’objet de la législation³⁸⁷⁰ et de défendre l’intérêt public au moyen de solutions fonctionnelles³⁸⁷¹. Ces solutions fonctionnelles peuvent être prononcées consécutivement à une suggestion du responsable lui-même³⁸⁷², sur demande de la victime³⁸⁷³ ou sur décision discrétionnaire du tribunal, habilité par l’article 45.2(2), b), à ordonner une mesure d’intérêt public

³⁸⁶⁴ Art. 53(2) de la loi canadienne sur les droits de la personne : « À l’issue de l’instruction, le membre instructeur qui juge la plainte fondée, peut, sous réserve de l’article 54, ordonner, selon les circonstances, à la personne trouvée coupable d’un acte discriminatoire : a) de mettre fin à l’acte et de prendre, en consultation avec la Commission relativement à leurs objectifs généraux, des mesures de redressement ou des mesures destinées à prévenir des actes semblables, notamment : (i) d’adopter un programme, un plan ou un arrangement visés au paragraphe 16(1), (ii) de présenter une demande d’approbation et de mettre en œuvre un programme prévus à l’article 17 ».

³⁸⁶⁵ Art. 37(2) du *British Columbia Human Rights Code* : « If the member or panel determines that the complaint is justified, the member or panel [...] (c) may order the person that contravened this Code to do one or both of the following: (i) take steps, specified in the order, to ameliorate the effects of the discriminatory practice; (ii) adopt and implement an employment equity program or other special program to ameliorate the conditions of disadvantaged individuals or groups if the evidence at the hearing indicates the person has engaged in a pattern or practice that contravenes this Code ».

³⁸⁶⁶ Art. 43(2) du *Manitoba Human Rights Code* : « Where, under subsection (1), the adjudicator decides that a party to the adjudication has contravened this Code, the adjudicator may order the party to do one or more of the following: (a) do or refrain from doing anything in order to secure compliance with this Code, to rectify any circumstance caused by the contravention, or to make just amends for the contravention; [...] (e) adopt and implement an affirmative action program or other special program of the type referred to in clause 11(b), if the evidence at the hearing has disclosed that the party engaged in a pattern or practice of contravening this Code ».

³⁸⁶⁷ Telle est précisément la définition des *public interest remedies* formulée par l’*Applicant’s Guide* du tribunal ontarien des droits de la personne (tel que cite in PINTO, A., *Report of the Ontario Human Rights Review*, op. cit., p. 74-75).

³⁸⁶⁸ Sur ce point, v. encore *ibidem*.

³⁸⁶⁹ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 RCS 789 : « It is sometimes necessary to change practices or procedures that are incompatible with human rights legislation even where there is no fault within the meaning of the law of civil liability. Affirmative or negative obligations may be imposed to correct situations that are incompatible with human rights legislation ».

³⁸⁷⁰ V. not. *Cameron v. Nel-Gor Castle Nursing Home*, 1984, 5 CHRR 2170 (OBI) ; *Rand v. Sealy Eastern Ltd., Upholstery Division*, 1982, 3 CHRR 938 (OBI) ; *Mark v. Porcupine General Hospital*, 1984, 6 CHRR 2538 (OBI) : « The remedy provisions of human rights legislation should be construed liberally to achieve the purposes and policies of the legislation ».

³⁸⁷¹ *Forrester v. Peel (Regional Municipality) Police Services Board*, 2006 HRTO 13 (CanLII), § 426 : « The law is settled that an administrative agency’s overriding concern is to protect the interests of the public over the interests of the immediate parties ».

³⁸⁷² *Idem*, not. § 17.

³⁸⁷³ PINTO, A., *Report of the Ontario Human Rights Review*, op. cit., p. 74-75 : « A public interest remedy may be requested by an applicant in the application form itself. Section 10 of the form directs an applicant to set out the remedies he or she is asking for, which includes separate sections for monetary compensation, non-monetary remedy, and a remedy for future compliance (or public interest remedy) ».

de sa propre initiative. Au-delà de l'initiative ponctuelle du tribunal, une volonté stratégique de généralisation de ce type de mesures dans le contentieux de la non-discrimination émerge de certaines recommandations.

1017. L'évaluation conduite par Andrew Pinto, rendue publique dans un rapport en 2012, révèle que dans 60 % des cas de violations du Code, le tribunal ontarien des droits de la personne ordonne *a minima* une mesure qualifiée « d'intérêt public »³⁸⁷⁴. Dans 30 % de ces cas, elle consiste simplement en une action de sensibilisation ou de formation du personnel. Il s'agit, pour le reste, d'audit, analyse et modification des pratiques, ou de développement de politiques internes antidiscriminatoires³⁸⁷⁵. Il appartient dans tous les cas au tribunal de motiver son ordonnance en expliquant sa nécessité et sa proportionnalité, eu égard à ses conséquences sur les tiers³⁸⁷⁶. Plusieurs facteurs peuvent alors être pris en compte selon Andrew Pinto, tels que la nature du cas d'espèce, la relation des parties, leurs modalités de représentation, la sollicitation ou non d'une mesure d'intérêt public³⁸⁷⁷. Poussant la réflexion plus avant, l'auteur, chargé de procéder à l'évaluation quantitative et qualitative de la réforme ontarienne, fait part dans son rapport de ses inquiétudes quant à l'absence de motivation des cas dans lesquels une violation du Code est avérée et aucune mesure d'intérêt public n'est pour autant prononcée³⁸⁷⁸. Il envisage en conséquence la nécessité d'une obligation, pour le tribunal des droits de la personne, de systématiquement justifier l'inopportunité de mobiliser ces mesures correctrices ou préventives. De telle sorte que « *it would ensure that the public interest component of the remedy was specifically addressed in the Tribunal's reasons* »³⁸⁷⁹. Si elle n'a pas été suivie à ce jour par le législateur ontarien, cette recommandation est loin d'être anodine et sa traduction opérerait une systématisation de l'approche prospective du dispositif de la décision³⁸⁸⁰.

2) La déclinaison plurielle des mesures d'intérêt public

1018. Parmi les diverses initiatives identifiables en matière de sensibilisation ou de formation ordonnée en réponse au constat d'une violation de la législation antidiscriminatoire, certaines

³⁸⁷⁴ *Idem*, p. 76.

³⁸⁷⁵ *Ibidem*.

³⁸⁷⁶ *Metcalf v. Papa Joe's Pizza & Chicken Inc.*, 2007, 59 CCEL (3rd) 98 : « *The tribunal must justify its use of public interest orders and show it took into account the significant consequences of these orders on third parties* ».

³⁸⁷⁷ PINTO, A., *Report of the Ontario Human Rights Review*, *op. cit.*, p. 76.

³⁸⁷⁸ *Ibidem* : « *I am concerned about the lack of Tribunal reasons in cases where discrimination is found, but public interest remedies are not awarded. For the cases (40%) where discrimination was found but where the Tribunal did not order any public interest remedies, in only one case did the Tribunal provide reasons as to why no public interest remedy was ordered* ».

³⁸⁷⁹ *Ibidem*.

³⁸⁸⁰ De manière plus nuancée, v. DAY, S., BRODSKY, G. et KELLY, F., « *The Authority of Human Rights Tribunals to Grant Systemic Remedies* », *op. cit.*, p. 41 : « *the question of whether such an order is appropriate should be asked in all cases that raise systemic concerns* ».

tendances méritent d'être mises en exergue. Il est d'abord possible d'insister sur le fait que, dans de très nombreux cas, l'obligation de formation vise spécifiquement certains postes clefs, et notamment les managers chargés des ressources humaines lorsque la discrimination concerne le domaine de l'emploi. Plusieurs fonctions sont parfois ciblées. Dans un cas d'espèce mêlant défaut d'aménagement raisonnable et commentaires discriminatoires sur le fondement du handicap, le tribunal du travail britannique a ainsi ordonné que les personnes chargées de conseiller les directeurs des ressources humaines suivent, d'une part, une formation relative aux discriminations fondées sur le handicap, notamment en matière de santé mentale ; que l'ensemble des directeurs des ressources humaines suivent, d'autre part, une formation antidiscriminatoire³⁸⁸¹.

1019. Outre les managers et conseillers, l'obligation de formation peut également être étendue aux propriétaires de l'établissement au sein duquel la discrimination a été commise³⁸⁸². Elle s'étend non seulement au domaine de l'emploi mais également en matière d'accès ou de fourniture de biens et services, d'accès à la formation, ou encore d'accès au logement. Les modalités de la formation, ordonnée dans un délai déterminé et aux frais du responsable, sont susceptibles de varier. Les tribunaux peuvent préciser que le formateur devra être un expert en droit de la non-discrimination³⁸⁸³. Ils peuvent exiger que ce formateur soit accrédité par l'organisme de promotion de l'égalité, homologue du Défenseur des droits³⁸⁸⁴. Dans d'autres cas, les tribunaux enjoignent au responsable de consulter l'organisme de promotion de l'égalité afin de développer l'outil pédagogique qui servira de support à la formation³⁸⁸⁵ ou, plus simplement, en vue de l'approbation du support réalisé³⁸⁸⁶. Des modules de formation en ligne développés par les Commissions canadiennes des droits de la personne ont plus récemment été mobilisés dans le cadre de mesures d'intérêt public³⁸⁸⁷. La mesure de formation peut être complétée par diverses mesures de publicité ou d'affichage de documents de sensibilisation, potentiellement fournis par l'organisme de promotion de l'égalité³⁸⁸⁸.

1020. Il existe enfin, en fonction des besoins, des variations concernant la périodicité des formations ordonnées. Certaines formations sont ordonnées de manière cyclique, par exemple

³⁸⁸¹ *Crisp v. Iceland Foods Ltd*, [2012] EqLR 618.

³⁸⁸² E.g. *Arias v. Desai*, 2003 HRTO 1 (CanLII).

³⁸⁸³ E.g. *ibidem* et *Baylis-Flannery v. DeWilde (Tri Community Physiotherapy)*, *loc. cit.*

³⁸⁸⁴ E.g. *Arias v. Desai*, 2003 HRTO 1 (CanLII).

³⁸⁸⁵ E.g. *Abluvalia v. Metropolitan Toronto Board of Commissioners of Police*, 1983, 4 CHRR 177 (OBI).

³⁸⁸⁶ E.g. *Forrester v. Peel (Regional Municipality) Police Services Board*, 2006 HRTO 13 (CanLII).

³⁸⁸⁷ E.g. *Sharpe v. Cheuk*, 2015 HRTO 10 (CanLII), § 71 ; *Seck v. Mirzaei*, 2015 HRTO 101 (CanLII), § 49 ; *Bain v. River Poker Tour*, 2015 HRTO 734 (CanLII), § 53 ; *Kamis v. 1903397 Ontario Inc.*, 2015 HRTO 741 (CanLII), § 62 ; *Longbeed v. Little Buddies Preschool Centre*, 2015 HRTO 909 (CanLII), § 62 ; *Wraatten v. 2347656 Ontario Inc.*, 2015 HRTO 1041 (CanLII), § 124.

³⁸⁸⁸ E.g. *Pleasant v. Mainline Manufacturing & Installing Inc.*, 2005 HRTO 34 (CanLII) ou encore *Ontario Human Rights Commission v. Motsewetsbo*, *loc. cit.*

lorsqu'il est question d'organiser un séminaire annuel portant sur les modalités de départ à la retraite à la suite de pratiques discriminatoires répétées et fondées sur l'âge³⁸⁸⁹. D'autres formations peuvent, à l'inverse, être uniques, par exemple lorsqu'il s'agit de former le personnel de l'établissement à la suite de l'élaboration d'une politique antidiscriminatoire nouvellement introduite³⁸⁹⁰.

1021. Un changement des politiques et pratiques internes à l'établissement peut en effet être ordonné, de manière isolée ou en complément de l'organisation de formation. Comme pour la mise en place de formations, ces mesures sont susceptibles de s'appliquer à tous domaines et tous motifs, qu'elles répondent au constat d'une discrimination dans l'emploi fondée sur le sexe ou à un profilage racial, imputable aux services de police³⁸⁹¹ ou à un centre commercial³⁸⁹². Cette perspective comprend généralement trois volets qu'une succession d'exemples permet de préciser.

1022. Le premier est relatif à la cessation de la discrimination par la modification de la pratique en cause. Le tribunal peut ici ordonner au responsable de modifier son système de diffusion d'offres d'emploi, son système de publicité³⁸⁹³, ainsi que les critères utilisés en vue de statuer sur l'attribution d'un bien ou d'un service³⁸⁹⁴. Il peut surtout recommander la mise en œuvre d'une politique interne antidiscriminatoire qui vise la transformation des pratiques du personnel de l'établissement au sein duquel la discrimination a eu lieu³⁸⁹⁵. L'élaboration incombe fréquemment à un consultant externe,

³⁸⁸⁹ E.g. *McKee v. Hayes-Dana Inc.*, 1992, 17 CHRR 79 (OBI).

³⁸⁹⁰ E.g. *Nassiab v. Peel*, *loc. cit.*

³⁸⁹¹ Pour illustration, v. *idem*, § 212 : « The Tribunal orders: (1) Peel shall develop a specific directive, separate and apart from its Race Relations and Anti-Discrimination Directive, prohibiting racial profiling under the Human Rights Code. The definition should be clear that if race plays any irrelevant part in the police decision (to stop/detain/investigate and/or the manner of the investigation), the action is prohibited. (2) Peel shall prepare training materials on racial profiling for new recruits, current officers, and supervisors. I leave it to the discretion of Peel to determine whether the materials should be the same for each group or should be tailored more specially to the needs of each group. The training materials shall include a discussion of the Anti-Racial Profiling Directive, above, the social science literature on racial profiling, and the current caselaw. Preferably, although this is not required by my order, there should be a video or mock fact situation, followed by a discussion of the indicia of inappropriate profiling. If the existing video currently in use for the new supervisor training module discussed earlier is deemed by the consultant (see below) to be appropriate that video may be used. (3) Peel shall hire an external consultant (not an employee of Peel) with expertise in racial profiling to assist in the preparation of the above Directive and training materials ».

³⁸⁹² Pour illustration, v. *Radek v. Henderson Development (Canada and Securiguard Services (No. 3))*, 2005 BCHRT 302 : « Pursuant to s. 37(2)(c), the following systemic remedies are ordered against Henderson: (i) Henderson is to ensure that the site post orders, or other directions with respect to access to and appropriate behaviour within International Village, in place for any security service provider it retains are non-discriminatory. In particular, they must be clear that persons entering or seeking to enter the mall are not to be discriminated against on the basis of any ground prohibited in the Code; (ii) Henderson must require that all security personnel employed by any security service provider at the International Village, including any on-site supervisors or managers, as well as any Henderson management responsible for day-to-day operations at the mall, receive appropriate anti-discrimination training, such training to include both anti-racism and disability awareness components. Henderson must also ensure that all security personnel employed by any security service provider at International Village, including any on-site supervisors or managers, as well as any Henderson management responsible for day-to-day operations at the mall, are made aware of the public right of way through the mall; (iii) Henderson must ensure that there is an appropriate procedure in place for receiving and responding to complaints the public may make about the practices and conduct of security personnel employed by any security service provider at International Village ».

³⁸⁹³ E.g. *Blainey v. Ontario Hockey Assn. (No 2)*, 1988, 9 CHRR 4972 (OBI).

³⁸⁹⁴ E.g. *Shelter Corp. v. Ontario Human Rights Commission*, 2001, ONSCDC 28414 (CanLII).

³⁸⁹⁵ E.g. *Dawson v. Vancouver Police Board (No. 2)*, 2015 BCHRT 54 (CanLII) (transsexualisme et service de police) ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Anwar*, 2015 QCTDP 6 (CanLII) (service de taxi et handicap) ; *Manu v. Centum Fundamental Financial Inc.*, 2015 HRTO 725 (CanLII) (entreprise et harcèlement sexuel) ; *Brar and others*

reconnu pour son expertise et rémunéré par le responsable³⁸⁹⁶. Cette politique interne antidiscriminatoire doit parfois être transmise au tribunal³⁸⁹⁷ ou à l'organisme de promotion de l'égalité³⁸⁹⁸, pour vérification et approbation avant sa mise en œuvre.

1023. Plus largement, le deuxième volet est relatif à l'analyse de certaines pratiques internes à l'établissement, qu'elles soient réputées avoir contribué ou non à la discrimination du cas d'espèce. Il peut ainsi être ordonné au responsable d'entreprendre un audit de ses politiques de recrutement, de promotion, ou de toute autre pratique en collaboration avec l'organisme de promotion de l'égalité³⁸⁹⁹. Il ne s'agit plus simplement d'arracher la racine de la discrimination en cause mais, de manière proactive, d'en rechercher d'autres.

1024. Quant au troisième volet, il repose sur le suivi des pratiques du responsable à l'issue du jugement. Ce dernier peut notamment être tenu, pendant une période allant de deux à cinq ans, de transmettre à l'organisme de promotion de l'égalité les noms et coordonnées de chaque candidate éconduite et de chaque salariée quittant l'entreprise afin de s'assurer de l'absence de harcèlement sexuel³⁹⁰⁰. Il peut aussi être tenu d'informer l'organisme de promotion de l'égalité, pendant un an, de toute annonce imminente concernant un emploi à pourvoir au sein de l'établissement afin de s'assurer de l'absence de caractère discriminatoire de l'annonce³⁹⁰¹. Il peut encore lui être imposé de transmettre à ce même organisme, pendant un an, toute donnée statistique et information qu'il jugera utile pour procéder à un audit des pratiques du responsable³⁹⁰².

1025. Au Canada, en continuité de ces mesures de transformation organisationnelle, lorsque la juridiction se trouve face à un cas de discrimination systémique, la mise en place de programmes d'accès à l'égalité en emploi peut être ordonnée, de manière exceptionnelle. Les juridictions canadiennes ont en effet admis de manière constante que la prévention de la discrimination

v. B.C. Veterinary Medical Association and Osborne, 2015 BCHRT 151 (CanLII) (association professionnelle et origine) ; *Angeles Toledo v. Mexitaco*, 2015 HRTO 1464 (CanLII) ; *Baylis-Flannery v. DeWilde*, *op. cit.*, § 186 ; *Ontario Human Rights Commission v. Motsevetsho*, *op. cit.*, § 225 ; etc.

³⁸⁹⁶ *E.g. Sweet v. 1 790 907 Ontario Inc. o/a Kanda Sushi*, 2015 HRTO 433 (CanLII), § 84 (restauration et handicap) ; *Tombs v. 1 303 939 Ontario Ltd. (Holiday Inn Express)*, 2015 HRTO 842 (CanLII) (accommodement raisonnable et handicap), § 136.

³⁸⁹⁷ *E.g. Bielecky v. Young*, 1992, 20 CHRR 215 (OBI).

³⁸⁹⁸ *E.g. Abouchar v. Toronto (Metro) School Bd., No 4*, *loc. cit.* ; *Baylis-Flannery v. DeWilde*, *op. cit.*, § 193 ; *Curling v. Victoria Tea Co Ltd.*, 2000 ON HRT 20870 (CanLII).

³⁸⁹⁹ *E.g. A. v. Quality Inn*, 1993, 20 CHRR 230 (OBI) ; *Morgoch v. Ottawa (City)*, 1989, 11 CHRR 80 (OBI) ; *Suchit v. Sisters of St. Joseph's*, 1983, 4 CHRR 1329 (OBI).

³⁹⁰⁰ *E.g. Ontario Human Rights Commission v. Motsevetsho*, *op. cit.*, § 225 ; *Baylis-Flannery v. DeWilde*, *op. cit.*, § 193 ; *Curling v. Victoria Tea Co Ltd.*, *loc. cit.*

³⁹⁰¹ *E.g. Boyd v. Mar-Su Interior Decorators Ltd.*, 1978, (February 22, 1978), n° 88 (OBI).

³⁹⁰² *E.g. Niedzwiecki v. Finance System*, 1982, 3 CHRR 1004 (OBI) ; *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 RCS 1114.

systémique exige des mesures à caractère systémique³⁹⁰³. S'ils reprennent certaines techniques évoquées *supra*, les programmes d'accès à l'égalité vont bien au-delà, notamment en ce qu'ils fixent des objectifs chiffrés. Lorsqu'ils s'inscrivent dans le secteur de l'emploi, ils sont susceptibles d'enjoindre au responsable de revisiter les procédures de recrutement³⁹⁰⁴, d'écarter les critères injustifiés de recrutement qui soutiennent l'exclusion disproportionnée d'un groupe³⁹⁰⁵, de réformer le cadre institutionnel afin d'investir des pouvoirs de contrôle et de suivi³⁹⁰⁶ et, surtout, de fixer un taux d'embauche prioritaire sous réserve de qualités et aptitudes essentielles³⁹⁰⁷. Ces programmes poursuivent, selon la Cour suprême, trois objectifs essentiels. Il s'agit d'abord de contrer les effets cumulatifs de la discrimination systémique et de limiter le risque de discrimination supplémentaire. Il est ensuite question de faire obstacle aux attitudes stéréotypées en permettant aux personnes exclues de prouver leurs capacités. L'émergence d'une « masse critique » est enfin recherchée car elle est conçue, à terme, comme facteur autonomisé de réduction des iniquités dans l'emploi³⁹⁰⁸. En somme, « l'objectif n'est pas d'indemniser les victimes du passé ni même d'ouvrir de nouveaux horizons à des individus particuliers qui, par le passé, se sont vu refuser inéquitablement un emploi ou une promotion [...] [mais] de faire en sorte qu'à l'avenir les postulants et les travailleurs du groupe touché n'aient pas à faire face aux mêmes barrières insidieuses »³⁹⁰⁹. Si elle peut sembler trop proactive de prime abord, l'imposition de ce type de mesures préventives – et contraignantes – se justifie outre-Atlantique par la probabilité de la réitération de ces discriminations. Cette probabilité découle du constat de la dimension systémique qui perpétue les effets discriminatoires, et ce, en dépit de la reconnaissance et de la sanction juridictionnelle d'un cas d'espèce. Ces

³⁹⁰³ E.g. *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (ministre de la Justice)*, *op. cit.*, § 253 (« Étant donné que le juge Smith a conclu à l'existence de "problèmes systémiques graves" dans l'application de la loi – conclusion à laquelle je souscris entièrement –, la réparation principalement déclaratoire à laquelle s'en remet le juge Binnie est tout simplement insuffisante. Des problèmes systémiques commandent des solutions systémiques », ou encore *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gaz métropolitain inc.*, *op. cit.*, par. 495 (« Les caractéristiques de la discrimination systémique appellent des réparations à la mesure de ses causes multiples et tout à fait particulières »).

³⁹⁰⁴ E.g. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gaz métropolitain inc.*, *op. cit.*, par. 495 : « de s'assurer que les tests d'embauche et les outils de sélection soient soumis à une validation critériée [...] ; d'adopter les mesures nécessaires pour que les responsables de la conception et de l'administration des entrevues et des tests pratiques aient des instructions claires et précises visant à traiter les candidates [...] sans discrimination fondée sur le sexe ; de modifier le système d'entrevue afin d'en retirer les questions ayant un effet discriminatoire [...] ; de modifier l'examen théorique afin d'en retirer les questions, tirées du test Bennett, ayant un effet discriminatoire ».

³⁹⁰⁵ E.g. *ibidem* : « le tribunal ordonne aux parties défenderesses [...] de cesser d'exiger que les candidates et les candidats [...] détiennent préalablement un permis de conduire classe 3 ; de cesser d'exiger que les candidates [...] possèdent une expérience préalable dans un emploi non traditionnel ; d'adapter aux caractéristiques physiques des femmes les tests de sélection, les outils et les méthodes de travail [...] tout en permettant l'exécution sûre et efficace du travail effectué de différentes manières dans un tel poste ».

³⁹⁰⁶ E.g. *ibidem* : « le tribunal ordonne aux parties défenderesses [...] de mettre sur pied un comité pour contrer le harcèlement sexuel et sexiste au travail qui comporte une représentation de femmes Préposées réseau/Stagiaires réseau ainsi que de la direction de l'entreprise ».

³⁹⁰⁷ E.g. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gaz métropolitain inc.*, *op. cit.*, par. 163 : « le tribunal ordonne aux parties défenderesses [...] d'embaucher prioritairement les femmes ayant les qualités et aptitudes essentielles requises pour exercer le travail en cause avec un taux de nomination préférentielle établi à 40 % ».

³⁹⁰⁸ *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, *op. cit.*, p. 1143-1144.

³⁹⁰⁹ *Ibidem*.

« mesures préventives innovatrices et imaginatives » cherchent donc à « rompre le cercle vicieux de la discrimination systémique » qui prend sa source « non dans une volonté délibérée de défavoriser mais dans les attitudes, préjugés, manières de penser, et habitudes qui ont pu s’installer au cours de plusieurs générations »³⁹¹⁰.

1026. Considérant le défaut d’appréhension de la discrimination systémique et le recours précautionneux aux actions positives en France, les programmes d’accès à l’égalité en emploi semblent hors de portée des juridictions françaises. Hors cadre juridictionnel, de tels programmes demeurent néanmoins envisageables à condition d’être volontairement établis et soutenus par un suivi qui offre certains gages d’expertise (*e.g.* Défenseur des droits). Quant aux autres mesures d’intérêt public (*i.e.* sensibilisation, formation, modification des pratiques, élaboration de politique antidiscriminatoire), les obstacles ne semblent pas si flagrants pour peu qu’elles disposent d’un fondement législatif et s’appuient sur des prérogatives d’injonction. En complément de la réparation du préjudice, le prononcé de ces mesures préventives et prospectives pourrait alors être mis au service de la réalisation du droit³⁹¹¹.

B. La perspective d’un développement en France de mesures de redressement systémique

1027. Mis à part le prononcé de programmes d’accès à l’égalité en emploi, les remèdes systémiques ci-dessus envisagés ne sont pas complètement inexistantes en France³⁹¹². Ils sont ponctuellement mobilisés dans le cadre du traitement spécialisé et extrajudictionnel des plaintes ou réclamations fondées sur une allégation de discrimination (1). S’ils venaient à percer les sphères du contentieux, soutenus par l’audace et l’expertise des juridictions, voire légitimés par une habilitation du législateur, le potentiel du dispositif de la décision pourrait être maximisé. Il contribuerait plus largement, dans cette hypothèse, à la réalisation du droit de la non-discrimination, au-delà de la simple résolution du cas d’espèce (2).

³⁹¹⁰ *Idem*, p. 1116, 1140 et 1143.

³⁹¹¹ L’objectif assumé des mesures d’intérêt public est en effet la réalisation du droit antidiscriminatoire (« *achieve compliance with the Code with respect to his future practices, and the future practices of any current or future business or businesses that he may own* » ; v. *Ontario Human Rights Commission v. Motsewetsbo*, *op. cit.*, § 225), notamment en raison de la protection des futures victimes potentielles (« *public interest remedies are necessary to protect current and future employees* » ; v. *Arias v. Desai*, *loc. cit.*, *Pleasant v. Mainline Manufacturing & Installing Inc.*, *op. cit.*, § 252 ou encore *Baylis-Flannery v. DeWilde*, *op. cit.*, § 185).

³⁹¹² Pour quelques autres exemples en Europe, plus modestes que ceux susmentionnés, v. IORDACHE, R. et IONESCU, I., « Discrimination and its Sanctions – Symbolic vs. Effective Remedies in European Anti-Discrimination Law », *op. cit.*, p. 19-20.

1) Un usage actuel mais insuffisant des mesures de redressement systémique

1028. Comme mentionné ci-dessus, la spécificité des mesures de redressement systémique repose sur leur forte dimension prospective, caractérisée par une approche préventive et une volonté d'intervenir non plus seulement dans les relations entre la victime et le responsable mais entre le responsable et les tiers. Certaines peines complémentaires véhiculent un esprit similaire en droit pénal. Cela ne surprendra guère dans la mesure où l'intérêt public y trouve une place centrale en raison de la prise en compte de l'atteinte portée à la société par le crime ou le délit. Le Code pénal prévoit ainsi diverses peines complémentaires applicables en cas de discrimination. La plupart ont une vocation punitive, aggravant simplement la sanction du responsable³⁹¹³. Mais d'autres mesures ont moins vocation à accentuer l'aspect punitif qu'à le compléter par une dimension préventive. Tel est le cas de l'obligation de suivre un stage de citoyenneté³⁹¹⁴ ou d'assurer l'affichage ou la diffusion par tout moyen de la décision³⁹¹⁵. Lorsque la juridiction enjoint au responsable d'assurer la publicité ou la diffusion du jugement rendu auprès des usagers, clients ou salariés, il s'agit – au nom de l'efficacité de la sanction – de reconnaître au public un intérêt à la cause, en l'occurrence l'intérêt d'être informé. Cela n'est pas sans conséquence tant cette information rend possible – voire contribue à – une modification des relations entre les tiers et le responsable, qu'il s'agisse d'une relation de clientèle, d'une relation professionnelle ou locative. La mesure est à la fois dirigée à l'attention des tiers et envisagée afin de limiter la reproduction d'infraction similaire. La dimension rétrospective et punitive que véhicule classiquement le dispositif de la décision se trouve ici dépassée. Quant aux stages de citoyenneté, ils sont l'objet de la circulaire du 4 décembre 2015 qui les érige en « mode de réponse pénale pouvant être particulièrement adapté à la commission d'infractions à caractère raciste »³⁹¹⁶. S'il est possible de déplorer avec la CNCDH l'utilisation trop

³⁹¹³ *E.g.* interdiction d'éligibilité, d'exercice des fonctions juridictionnelles ou de représentation, fermeture d'établissement, exclusion des marchés publics, confiscation de biens (art. 225-19 du Code pénal relatif aux peines complémentaires pour les personnes physiques), déchéance des droits civils, civiques et de famille, interdiction d'exercer une fonction publique (art. 432-17 du Code pénal relatif aux peines complémentaires pour les personnes dépositaires de l'autorité publique ayant agi dans l'exercice de leurs fonctions), dissolution, interdiction d'exercer certaines activités professionnelles ou sociales, placement sous surveillance (art. 131-39 du Code pénal auquel renvoie l'art. 225-4 du Code pénal relatif aux peines complémentaires pour les personnes morales).

³⁹¹⁴ Art. 225-19 du Code pénal.

³⁹¹⁵ Art. 225-19, 432-17 CP, et 131-39 du Code pénal.

³⁹¹⁶ Circulaire du 4 décembre 2015 relative au développement d'une thématique consacrée au racisme et aux discriminations dans les stages de citoyenneté, NOR : JUSD1530025C. Cette réponse pénale peut se manifester au stade postsentenciel, en tant que peine complémentaire, en tant que peine principale alternative à l'emprisonnement, ou en tant qu'obligation dans le cadre d'un sursis avec mise à l'épreuve, d'une contrainte pénale ou de l'aménagement de peine. Surtout, elle se manifeste essentiellement comme alternative aux poursuites au stade présentenciel, en vue du classement sans suite ou de la composition pénale (respectivement art. 41-1, 2° et 41-2, 13° du CPP). Soulignons en outre que l'accord préalable de l'auteur des faits litigieux est nécessaire au prononcé juridictionnel d'un stage de citoyenneté (v. art. 131-5-1, al. 2, du Code pénal).

marginal de ces stages de citoyenneté³⁹¹⁷, leur mobilisation peut être saluée lorsqu'elle complète la sanction principale sans s'y substituer (*i.e.* alternatives aux poursuites) et la teinte d'une coloration pédagogique. La conception punitive et rétrospective de la sanction se trouve alors doublée d'une conception préventive et prospective.

1029. Une telle orientation, complémentaire aux sanctions plus classiques, se retrouve avec davantage de force dans les recommandations du Défenseur des droits, essentiellement sous deux formes : la correction des causes de la discrimination (*e.g.* changement de politique interne, de pratique de recrutement ou de sélection, modification du règlement intérieur) et la sensibilisation des acteurs³⁹¹⁸.

1030. Sans nécessairement examiner l'ensemble des recommandations rendues par le Défenseur des droits, la seule analyse des décisions relatives aux discriminations fondées sur les convictions religieuses suffit à mettre en exergue le recours à des mesures tournées vers l'avenir. Celles-ci invitent à corriger la cause de la discrimination ou à procéder à un travail de sensibilisation. Concernant la correction de la source de la discrimination³⁹¹⁹, en cas de refus discriminatoire de location d'une salle municipale, l'autorité constitutionnelle indépendante a recommandé une modification et une rationalisation de la procédure d'attribution des salles (*e.g.* critères d'attribution prédéfinis, accessibilité et transparence de la procédure)³⁹²⁰. En cas de refus discriminatoire d'autorisation d'absence pour motif confessionnel, le Défenseur des droits a encore suggéré un changement des pratiques et un examen systématiquement individualisé – et non général et impersonnel – des demandes pour déterminer si le bon fonctionnement du service serait mis en péril³⁹²¹. En cas de refus d'accès à une formation pôle emploi en raison du régime alimentaire (halal), il a recommandé de modifier les critères de sélection des candidats autorisés à poursuivre cette formation³⁹²². Et lorsque le régime alimentaire n'était pas en cause mais qu'était avérée une

³⁹¹⁷ CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Année 2015, op. cit.*, p. 156 : « S'agissant des stages de citoyenneté (article 41-1, 2° du code de procédure pénale), la CNCDH ne peut que regretter qu'il y soit recouru de manière extrêmement marginale : à l'échelle nationale 12 mesures de ce type sont ordonnées par an en matière de contentieux raciste et discriminatoire sur la période 2012-2014. Cela représente 1 % des procédures alternatives ». V. encore ESSOUMA MVOLA, G., *La politique criminelle de lutte contre les discriminations à l'embauche, op. cit.*, p. 154-155.

³⁹¹⁸ Sur le prononcé de *public interest remedies* et le rôle des *Equality Commissions*, v. ALLEN, D., « Strategic Enforcement of Anti-Discrimination Law: A New Role for Australia's Equality Commissions », *op. cit.*, p. 119-121.

³⁹¹⁹ Pour d'autres illustrations, essentiellement issues de délibérations de la HALDE, v. SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi, op. cit.*, p. 620-621.

³⁹²⁰ DÉFENSEUR DES DROITS, Décision n° MLD-2013-6 du 28 février 2013.

³⁹²¹ DÉFENSEUR DES DROITS, Décision n° MLD-2014-061 du 29 juillet 2014.

³⁹²² DÉFENSEUR DES DROITS, Décision n° LCD-2011-53.

exclusion d'un centre de formation³⁹²³ ou d'un espace de loisir³⁹²⁴ du fait du port du hijab³⁹²⁵, la modification des règlements intérieurs fut recommandée. Cette orientation permet de dépasser la simple réparation intégrale du préjudice par la cessation du comportement discriminatoire et l'indemnisation des préjudices engendrés. Elle est incontestablement utile à l'éradication de la discrimination. Laisser perdurer les causes des discriminations avérées par défaut d'injonction proactive pourrait en ce sens s'apparenter à une négligence dommageable. Cette démarche corrective peut en outre se manifester par la mise en place d'action de sensibilisation ou de formation.

1031. En cas de discrimination avérée, le Défenseur des droits inclut parfois dans ses recommandations des actions de sensibilisation ou de formation à des fins préventives³⁹²⁶. À la suite d'un refus d'admission dans une formation privée en raison du port du hijab, outre la modification du règlement intérieur sur lequel prenait appui le refus, le Défenseur des droits a préconisé qu'une action d'information et de sensibilisation du personnel de l'établissement soit conduite en vue d'un changement des pratiques³⁹²⁷. Dans ce cas particulier, la démarche avait été suggérée par le mis en cause lui-même. L'autorité constitutionnelle indépendante ne fit que confirmer sa nécessité. Dans d'autres affaires, l'action de sensibilisation fut néanmoins recommandée à l'initiative du Défenseur des droits. Tel fut le cas d'une décision qui préconisait la sensibilisation des personnels préposés à la surveillance des épreuves, en réaction à un contrôle antifraude disproportionné qui avait spécifiquement ciblé les étudiantes voilées au sein d'une université³⁹²⁸. Toujours dans le cadre universitaire, et en réponse à un refus d'embauche postérieur à un entretien lors duquel des questions discriminatoires avaient été soulevées, l'université fut priée de rappeler à ses agents l'état du droit et de les sensibiliser au développement de « bonnes pratiques à adopter en la matière »³⁹²⁹. Une décision similaire fut rendue dans un cas de harcèlement au sein de l'armée³⁹³⁰. À la suite d'un refus discriminatoire de location d'une salle paroissiale à une personne privée, le Défenseur des droits recommanda de même au mis en cause de donner des consignes claires à l'ensemble des bénévoles qui procèdent à l'enregistrement des réservations, afin

³⁹²³ DÉFENSEUR DES DROITS, Décision n° MLD-2016-032 du 12 juillet 2016. V. encore DÉFENSEUR DES DROITS, Décision n° MLD-2013-7 du 5 mars 2013.

³⁹²⁴ DÉFENSEUR DES DROITS, Décision n° MLD-2015-102 du 13 mai 2015.

³⁹²⁵ Sur le fondement des règlements intérieurs exigeant tantôt une tenue correcte et l'absence de pratique religieuse, tantôt des motifs d'ordre sécuritaire.

³⁹²⁶ Pour d'autres illustrations concernant la pratique antérieure de la HALDE, v. SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, *op. cit.*, p. 623.

³⁹²⁷ DÉFENSEUR DES DROITS, Décision n° MLD-2015-216 du 10 septembre 2015.

³⁹²⁸ DÉFENSEUR DES DROITS, Décision n° MLD-MSP-2016-299 du 16 décembre 2016.

³⁹²⁹ DÉFENSEUR DES DROITS, Décision n° MLD-2016-053 du 22 février 2016.

³⁹³⁰ DÉFENSEUR DES DROITS, Décision n° MLD-2016-168 du 13 juillet 2016.

que ceux-ci ne mobilisent pas de critère discriminatoire aux fins de sélection entre les candidats³⁹³¹. De manière plus franche encore, mais plus rare, il arrive que l'institution réclame non plus la simple sensibilisation du personnel mais la mise en place de véritables formations. Ce fut le cas dans une affaire de harcèlement de six gendarmes mobiles ayant débouché sur la demande de mise en place de « séances de formation sur la lutte contre les discriminations dans l'administration qui seraient délivrées à la Direction générale de la gendarmerie nationale conjointement par l'Inspection générale de la gendarmerie nationale et le Défenseur des droits »³⁹³².

1032. À l'instar des modifications, exécutions forcées et incitations encadrées à la conclusion du contrat³⁹³³, ces initiatives peuvent s'apparenter à des ingérences dans le pouvoir décisionnel du responsable³⁹³⁴. Elles semblent pour autant répondre à la nécessité d'un changement de paradigme qu'impliquent, d'une part, l'efficacité perfectible de l'approche répressive et, d'autre part, l'impératif croissant d'une appréhension systémique des discriminations pour une transformation des comportements. Les juridictions possèdent dans ce processus un rôle de premier plan, à supposer qu'elles soient en mesure d'assumer une démarche proactive, volontairement ou par incitation et habilitation du législateur.

2) L'hypothèse du développement contentieux des mesures de redressement systémique

1033. Complètement ignoré en France jusqu'alors dans le cadre contentieux, le prononcé de mesures de redressement systémique a néanmoins trouvé un récent écho au sein de la doctrine en raison de l'émergence de l'action collective en cessation de manquement. Analysant le potentiel – encore inexploité – du décret du 6 mai 2017 relatif à l'action de groupe, Marie Mercat-Bruns insistait en effet sur son article 1, portant création de l'article 826-6 du CPC. Cet article mentionne la possible désignation par le juge d'un tiers « aux fins de mise en œuvre des mesures destinées à faire cesser le manquement »³⁹³⁵. L'indétermination des « mesures destinées à faire cesser le manquement » et la simple mention d'un tiers suffisent à ouvrir l'hypothèse d'une désignation d'un expert aux fins de mise en œuvre de mesures correctrices, préventives et prospectives. Celles-ci

³⁹³¹ DÉFENSEUR DES DROITS, Décision n° MLD-2015-209 du 8 septembre 2015.

³⁹³² DÉFENSEUR DES DROITS, Décision n° MLD-2012-53 du 26 mars 2012.

³⁹³³ Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, I, A, 1).

³⁹³⁴ *E.g.* pouvoir de direction de l'employeur, libre disposition du bien du propriétaire, liberté contractuelle du cocontractant, détermination du fonctionnement du service public...

³⁹³⁵ MERCAT-BRUNS, M., « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ? », *op. cit.*, § 43. V. aussi MERCAT-BRUNS, M., « Systemic Discrimination: Rethinking the Tools of Gender Equality », *op. cit.*, p. 16-17.

pourraient être rapprochées de ce qui est qualifié de *public interest remedies* dans quelques systèmes juridiques anglo-saxons. Comme le souligne opportunément l'auteure, le prononcé à cette occasion d'« actions concrètes de lutte contre les inégalités de nature systémique » dépend évidemment de la « marge de manœuvre » que s'octroieront les juges ainsi que de leur « état d'esprit »³⁹³⁶. L'hypothèse demeure néanmoins ouverte dans l'attente du résultat de la première action de groupe. Avec Marie Mercat-Bruns, il serait alors possible de poursuivre le raisonnement en envisageant diverses mesures transformatives susceptibles d'être mises en œuvre dans ce cadre. Elle envisage à cet égard la mise en place d'*autotestings*, de dispositifs externes de signalement, le développement du *gendermainstreaming*³⁹³⁷ ou encore l'établissement de plateformes d'information afin de favoriser la transparence concernant les ouvertures de postes, les possibilités de promotion, l'accès aux formations, les niveaux de salaires, etc. Même le prononcé d'actions positives est envisagé afin de « compenser le phénomène de plafond de verre »³⁹³⁸.

1034. Ces pistes de réflexion, avancées par Marie Mercat-Bruns, peuvent être soutenues en raison de leur important potentiel au regard de l'impératif de réalisation du droit. Plus encore, elles mériteraient d'être prolongées. L'impératif de cessation du manquement n'a, en dehors des actions de groupe, qu'une considération limitée dans le contentieux de la non-discrimination. Lorsque le cheminement contentieux arrive à son terme, le comportement individuellement mis en cause par le recours a cessé dans nombre d'affaires traitées et concluantes. Soit car le responsable y a mis un terme au cours de la procédure. Soit, plus fréquemment, car le recours consistait à obtenir réparation d'un préjudice engendré par un comportement passé, achevé avant même la saisine de la juridiction de premier degré. Si les remèdes systémiques peuvent contribuer à la cessation du manquement contesté et être mobilisés à cette fin dans le cadre de l'action collective en cessation, leur potentiel ne se limite cependant pas à la poursuite de cette seule finalité. Portés par une appréciation holistique et anticipatrice, ils peuvent encore déboucher sur le prononcé de mesures destinées à réduire le risque d'une réitération d'un fait similaire, au-delà de la cessation du manquement et en complément de la réparation individuelle. Ce changement de paradigme, certes considérable, semble progressivement trouver sa place dans le cadre des recommandations extrajuridictionnelles du Défenseur des droits. Sous réserve de basculer vers une telle conception,

³⁹³⁶ *Ibidem*.

³⁹³⁷ Le *gendermainstreaming* se réfère à « la (ré)organisation, l'amélioration, l'évolution et l'évaluation des processus de prise de décision, aux fins d'incorporer la perspective de l'égalité entre les femmes et les hommes dans tous les domaines et à tous les niveaux, par les acteurs généralement impliqués dans la mise en place des politiques » (CONSEIL DE L'EUROPE, *L'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes. Cadre conceptuel, méthodologie et présentation des « bonnes pratiques »*, Strasbourg, Direction des droits de l'homme, 2004, p. 13).

³⁹³⁸ MERCAT-BRUNS, M., « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ? », *op. cit.*, § 44. V. aussi en un sens proche, MOIZARD, N., « Les discriminations indirectes : la mission complexe des partenaires sociaux dans l'entreprise », *Dr. Soc.*, 2020, p. 320 et s.

le prononcé de mesures de redressement systémique pourrait en continuité trouver sa place au sein des prétoires et irriguer le contentieux de la non-discrimination, y compris lorsque le comportement initialement mis en cause a cessé à l'encontre du requérant.

1035. Poursuivre cette piste de réflexion implique de s'attacher à l'une de ses principales objections, à savoir les limites du principe de réparation intégrale du préjudice. Des suggestions de sanctions alternatives portées par certains parlementaires ont bien émergé ponctuellement (*e.g.* dommages-intérêts punitifs, amende civile alimentant un fonds d'aide aux recours collectifs). Elles ont précisément été balayées au cours des débats préparatoires au nom de ce principe cardinal de réparation intégrale du préjudice³⁹³⁹. Celui-ci implique de réparer le préjudice, tout le préjudice, mais rien que le préjudice. Cet argument serait probablement mobilisé dans une optique analogue pour s'opposer à une éventuelle habilitation législative des juridictions à prononcer des mesures de redressement systémique. Le surcoût économique pour le défendeur, qui s'ajouterait à la réparation par équivalent du préjudice, matériel et moral, apparaît à cet égard problématique. Contrairement aux dommages-intérêts punitifs, qui suscitent une vive opposition de la part des instances de l'Union européenne³⁹⁴⁰, les remèdes systémiques pourraient toutefois trouver au sein des directives un ancrage de nature à affaiblir l'argument susmentionné.

1036. Les articles 5 et 7 des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE invitent les États à « adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à l'un des motifs » de discrimination³⁹⁴¹. Cette formule fonde la mise en œuvre de mesures préférentielles et actions positives au nom de la « pleine égalité »³⁹⁴². Elle pourrait néanmoins être lue en combinaison avec les articles 15 et 17 des mêmes directives qui demandent aux États de prendre « toute mesure nécessaire pour assurer l'application » des sanctions en cas de violation de l'interdiction de discrimination. De cette lecture croisée pourraient découler les habilitations des juridictions à prononcer des mesures de redressement systémique fondées sur un pouvoir d'injonction. L'esprit d'une telle lecture extensive peut être rapproché de la décision *Feryn* de la CJUE qui considère que,

³⁹³⁹ V. not. Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi « égalité et citoyenneté » à l'Assemblée nationale, jeudi 16 juin 2016, séance de 15 h, compte rendu n° 17, à propos de l'amendement CS1072 : « la création d'un tel fonds placerait les victimes dans une situation défavorable, puisqu'une part de l'indemnité qui leur est accordée serait prélevée, ce qui se traduirait par une diminution de la réparation » ; « Notre droit fondamental repose sur le principe de la réparation intégrale du préjudice ».

³⁹⁴⁰ V. COMMISSION EUROPÉENNE, Recommandation du 11 juin 2013 (2013/396/UE), *op. cit.*, § 31 : « La réparation accordée aux personnes physiques ou morales ayant subi un préjudice en raison d'un préjudice de masse ne devrait pas excéder la réparation qui aurait été accordée si la partie demanderesse avait fait valoir ses droits dans le cadre d'une action individuelle. En particulier, il y a lieu de proscrire les dommages et intérêts à caractère punitif, qui consistent à accorder à la partie demanderesse une réparation excédant le dommage subi ».

³⁹⁴¹ V. aussi art. 3 de la directive 2006/54/CE.

³⁹⁴² Sur l'affiliation des mesures préférentielles et actions positives à l'égalité concrète, matérielle et réelle, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, II, A et C.

pour être effectives, proportionnées et dissuasives, les sanctions peuvent « consister dans le constat de la discrimination [...], assorti du degré de publicité adéquat, le coût de celle-ci étant alors à la charge de la partie défenderesse. Elles peuvent également consister dans l'injonction faite à l'employeur, selon les règles posées par le droit national, de cesser la pratique discriminatoire constatée, assortie, le cas échéant, d'une astreinte »³⁹⁴³. Morgan Sweeney s'interrogeait sur cette formule : « est-ce là le commencement d'une articulation entre condamnation pour discrimination et action positive »³⁹⁴⁴ ? À l'injonction de cessation évoquée par la CJUE pourrait être adjointe l'injonction de remèdes systémiques. Alors, le rôle des juridictions ne se limiterait plus au contrôle et à la sanction de l'acte discriminatoire mais, conformément à une approche structurelle, il consisterait également à « contrôler les *process* [...] qui peuvent faciliter (ou inhiber) la discrimination »³⁹⁴⁵.

1037. Cet office de contrôle des procédés et méthodes du mis en cause – employeur, bailleur, prestataire de services ou autres – impliquerait notamment un suivi de la mise en œuvre des mesures prononcées. C'est ce que laissent transparaître certains des exemples étrangers envisagés précédemment (*e.g.* transmettre à l'organisme de promotion de l'égalité, pendant un an, toute donnée statistique et information qu'il jugera utiles pour procéder à un audit des pratiques du responsable³⁹⁴⁶ ; informer l'organisme de promotion de l'égalité, pendant un an, de toute annonce imminente concernant un emploi à pourvoir au sein de l'établissement afin de s'assurer de l'absence de caractère discriminatoire de l'annonce³⁹⁴⁷). Marie Mercat-Bruns relevait à cet égard que « des solutions procédurales qui exigent des échanges suivis dans le temps après l'action en justice, entre les juges, le milieu de travail concerné et des ONG »³⁹⁴⁸ doivent être trouvées. En dehors des actions collectives en cessation, plus que le secteur associatif, c'est avant tout le suivi postsentenciel du Défenseur des droits qui semble le plus à même d'assurer la mise en œuvre des éventuelles mesures de redressement systémique prononcées par les juridictions. Le chemin est encore long, sans doute, avant que les acteurs du procès et le législateur français ne puissent envisager et pleinement s'approprier de telles sanctions en dehors du contentieux pénal. Leurs dimensions systémique et prospective s'écartent de l'horizon traditionnel que constitue le principe de réparation intégrale du

³⁹⁴³ CJUE, 2^e ch., 10 juillet 2008, *Feryn*, aff. C-54/07, pt. 39.

³⁹⁴⁴ SWEENEY, M., *L'égalité en droit social*, *op. cit.*, p. 360.

³⁹⁴⁵ STURM, S., « Second Generation Employment Discrimination: A Structural Approach », Vol. 101, *Columbia Law Review*, 2001, p. 458-460, tel que cité in MERCAT-BRUNS, M., « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ? », *op. cit.*, § 45.

³⁹⁴⁶ *E.g. Niedzwiecki v. Finance System*, 1982, 3 CHRR 1004 (OBI) ; *Canadian National Railway v. Canada*, [1987] 1 RCS 1114.

³⁹⁴⁷ *E.g. Boyd v. Mar-Su Interior Decorators Ltd.*, 1978, (February 22, 1978), n° 88 (OBI).

³⁹⁴⁸ MERCAT-BRUNS, M., « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ? », *op. cit.*, § 44-45.

préjudice. Face à ces réserves, résonnent néanmoins les mots de Rudolf von Jhering : « est-ce réparer la lésion qu'on a faite à mon sentiment du droit, que de ne m'accorder après de longs débats, que ce qui m'appartenait dès le principe ? »³⁹⁴⁹.

1038. **Conclusion du chapitre 2.** Le processus de revendication du droit à la non-discrimination s'achève avec l'exécution de la sanction. Pour arriver à son prononcé, le plein déploiement des pouvoirs du juge s'avère capital. De l'usage de son pouvoir d'interprétation dépend sa faculté à sanctionner des situations susceptibles d'être considérées *a priori* comme marginales. La signification normative qu'il confère aux énoncés juridiques peut, notamment, permettre l'appréhension de traitements défavorables fondés sur des caractéristiques autres que les motifs consacrés et dont la prise en compte engendre des effets équivalents. La sanction de certains types de discrimination (*e.g.* par association, intersectionnelle) repose également sur la latitude d'interprétation du juge. À ces deux niveaux (*i.e.* motifs et types de discrimination), l'audace des juridictions françaises, quoique réelle, se révèle néanmoins mesurée. Il en va de même lorsque le juge est amené à mettre en œuvre son pouvoir de sanction à l'encontre des pratiques et mesures discriminatoires. La comparaison avec les dispositifs adoptés à l'étranger met en évidence la tendance des juridictions françaises – hors droit pénal – à limiter la sanction à la seule réparation intégrale du préjudice, qui plus est de manière perfectible, sans envisager d'injonctions propres à permettre le dépassement de cette approche classique. La réalisation du droit de la non-discrimination peut, à terme, être considérée comme imparfaite, eu égard à la satisfaction relative dont est créditée la revendication, pourtant concluante, du droit à la non-discrimination.

³⁹⁴⁹ JHERING, E., *Le combat pour le droit*, *op. cit.*, p. 44.

CONCLUSION DU TITRE 2

1039. Si la réalisation du droit repose sur l'efficacité des mécanismes de résolution des litiges, alors, une ultime explication à l'ineffectivité du droit de la non-discrimination peut être suggérée, en complément des carences liées à sa conception et à l'accessibilité des juridictions.

1040. Sans agencer les différents modes de résolution des litiges de manière cohérente et complémentaire, le législateur a opté pour la création d'une médiation spécialisée, désarticulée de la voie juridictionnelle, qui présente moins de garanties que les médiations de droit commun et dont les motifs de déclenchement questionnent à certains égards. Quant à la voie contentieuse, empruntée de manière privilégiée ou en dépit d'une tentative préalable de médiation, de nombreux obstacles persistent. Les difficultés probatoires freinent d'abord l'émergence du litige. Le seuil de la preuve à franchir manque de clarté pour le requérant, qui rencontre surtout une difficulté d'accès aux éléments probants, fréquemment détenus – parfois exclusivement – par le mis en cause. La compensation de cette inégalité de position par la sollicitation et la mobilisation des prérogatives d'instruction du juge est loin d'être systématique. La dépendance à l'égard des éléments de preuve persiste en conséquence et altère le plein potentiel de certains modes de preuve, à l'instar de la preuve statistique, dont l'utilité est fonction de la quantité et de la qualité des données recueillies. La complexité du maniement de ce dernier mode de preuve répond par ailleurs à la lourdeur de l'organisation des tests de situations, qui peinent à être généralisés. L'émergence du litige est encore freinée par l'hésitation du juge lorsqu'il fait face à des situations qui présentent des signes de marginalité. L'exclusion peut frapper certains types nouveaux de discrimination qui peinent à être pleinement et systématiquement saisis (*e.g.* discrimination par association, multiple, y compris intersectionnelle). Les protections antidiscriminatoires semblent alors en deçà des protections conférées dans d'autres ordres juridiques en raison d'une audace contenue lors de l'interprétation des énoncés. Cette pusillanimité peut encore se manifester par le défaut d'interprétation extensive des motifs (*e.g.* situations couvertes au titre de la protection du handicap). Et même lorsque ces obstacles parviennent à être dépassés, la résolution du litige peut finalement être – non plus freinée mais – relativisée au stade de la sanction, en raison d'une réparation limitée du préjudice matériel (*e.g.* perte de chance et perte de revenus restrictivement conçues), d'un aménagement limité des relations contractuelles, ou encore d'une évaluation plutôt faible – et en certains points peu rigoureuse – du préjudice moral.

1041. Pour combler ces diverses carences, quelques ajustements pourraient éventuellement intervenir pour parfaire le programme de réalisation du droit de la non-discrimination. Une

réarticulation de la médiation – nécessaire – avec la sphère juridictionnelle pourrait, par exemple, procéder du recours privilégié à la médiation conventionnelle ou à la médiation et à la conciliation judiciaires. Le requérant pourrait, le cas échéant, être assisté par le Défenseur des droits (*e.g.* aide juridique spécialisée) au cours de ces procédures de droit commun. En cas de résolution contentieuse, ce soutien institutionnel s'avère également déterminant pour préparer le dossier et recueillir les éléments de preuve (*e.g.* mobilisation des pouvoirs d'enquête). Précisément, l'accès aux éléments probants, facilité au contentieux par la sollicitation et le prononcé de mesures d'instruction *in futurum*, voire sur requête, serait encore renforcé par la consécration d'une valeur probante au silence que le mis en cause est susceptible de leur opposer. À défaut de satisfaction du seuil de la preuve par ce biais, il ne devrait pas être attendu du requérant qu'il satisfasse la démonstration de la réalité de la caractéristique qui lui est prêtée, le caractère exclusif de son influence dans la production du traitement défavorable, ou encore l'intentionnalité de ce traitement. C'est sur ce point l'appréciation des juridictions qui conditionne l'émergence du litige. La généralisation d'une appréciation globale et circonstancielle des éléments de preuve participe aussi de cette dynamique. Quelques législateurs étrangers ont opportunément choisi d'écartier toute ambiguïté sur ces éléments d'appréciation par l'adoption de dispositions expresses qui guident le travail d'interprétation des juridictions³⁹⁵⁰. De manière proche, et en réaction au constat d'organismes onusiens qui estiment que les politiques nationales « pèchent par la non-reconnaissance de la discrimination multiple et [intersectionnelle] ou de la discrimination par association »³⁹⁵¹, certains parlements étrangers sont explicitement intervenus – tout aussi opportunément – pour soutenir l'appréhension audacieuse des nouveaux types de discrimination³⁹⁵². La lettre des lois de consolidation sécurise de la sorte l'amplification des

³⁹⁵⁰ Par exemple, en Australie, art. 20 du *Northern Territory Anti-Discrimination Act* : « (3) For discrimination to take place, it is not necessary that: (a) the attribute is the sole or dominant ground for the less favourable treatment; or (b) the person who discriminates regards the treatment as less favourable ». En complément, v. encore art. 8 du *Queensland Anti-Discrimination Act* ou art. 7, 2) du *Victoria Equal Opportunity Act* : « Discrimination on the basis of an attribute includes direct and indirect discrimination on the basis of (a) a characteristic that a person with any of the attributes generally has; or (b) a characteristic that is often imputed to a person with any of the attributes; or (c) an attribute that a person is presumed to have, or to have had at any time, by the person discriminating; or (d) an attribute that a person had, even if the person did not have it at the time of the discrimination ».

³⁹⁵¹ CDPH, Observation générale n° 6 sur l'égalité et la non-discrimination, CRPD/C/GC/6, 26 avril 2018, § 3.

³⁹⁵² Par exemple, au Canada, v. art. 9(4) du *Newfoundland and Labrador Human Rights Act* : « (4) Where this Act protects an individual from discrimination on the basis of a prohibited ground of discrimination, it also protects the individual from discrimination on the basis of (a) 2 or more prohibited grounds of discrimination or the effect of a combination of prohibited grounds; and (b) the individuals association or relationship, whether actual or presumed, with an individual or class of individuals identified by a prohibited ground of discrimination ». V. encore art. 3.1. de la Loi canadienne sur les droits de la personne : « Il est entendu que les actes discriminatoires comprennent les actes fondés sur un ou plusieurs motifs de distinction illicite ou l'effet combiné de plusieurs motifs ». Au Royaume-Uni, v. art. 14, (1) et (3) de l'*Equality Act* : (1) « A person (A) discriminates against another (B) if, because of a combination of two relevant protected characteristics, A treats B less favourably than A treats or would treat a person who does not share either of those characteristics » ; (3) « B need not show that A's treatment of B is direct discrimination because of each of the characteristics in the combination (taken separately) ». Sur la consécration à titre indicatif des différents types de discrimination, sous une qualification unifiée, et au sein d'une loi de consolidation, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, II, A, 2).

protections antidiscriminatoires. Il en va de même lorsqu'il s'agit de favoriser les interprétations constructives et extensives des motifs de discrimination par la précision, au sein de ces instruments juridiques et à titre indicatif, des situations couvertes par telle ou telle caractéristique³⁹⁵³. Resterait enfin à parfaire, le cas échéant, l'efficacité de la sanction dans sa dimension classique de réparation intégrale du préjudice (*e.g.* en nature, par l'aménagement des relations contractuelles et la modification du contrat, par son exécution forcée, par sa conclusion encadrée ; par équivalent, par la réévaluation du préjudice subi, matériel et moral). Une dimension plus proactive de la sanction, fondée sur l'injonction, pourrait même être considérée en complément (*e.g.* mesures de redressement systémique).

³⁹⁵³ Nous renvoyons à nouveau à l'art. 4 du *Victoria Equal Opportunity Act* (*e.g.* « *disability means: (a) total or partial loss of a bodily function; or (b) the presence in the body of organisms that may cause disease; or (c) total or partial loss of a part of the body; or (d) malfunction of a part of the body, including – (i) a mental or psychological disease or disorder; (ii) a condition or disorder that results in a person learning more slowly than people who do not have that condition or disorder; or (e) malformation or disfigurement of a part of the body – and includes a disability that may exist in the future (including because of a genetic predisposition to that disability) and, to avoid doubt, behaviour that is a symptom or manifestation of a disability* ») et à l'art. 4 du *Northern Territory Anti-Discrimination Act*, entre autres. Sur la réduction d'une liste de motifs en droit interne, toujours limitative, et insérée dans une loi de consolidation, par la seule mention des caractéristiques « matricielles », et sous condition de précision indicative des situations principalement incluses par ces caractéristiques afin de ne pas engendrer d'affaiblissement des protections antidiscriminatoires, v. not. la conclusion de Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, I, B, 1).

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

1042. L'analyse permet en définitive d'insister sur de multiples difficultés techniques susceptibles de freiner ou obstruer la satisfaction des victimes qui optent pour la revendication du droit à la non-discrimination. Du déclenchement de l'action à la sanction de la pratique ou mesure discriminatoire, la quête de réalisation du droit dépend des conditions juridiques qui l'encadrent, qu'il s'agisse au demeurant des règles de procédure applicables ou de la mise en œuvre des pouvoirs des juridictions. Les qualités du droit peuvent, de ce point de vue, être envisagées en tant que facteurs qui expliquent – partiellement – l'ineffectivité du droit de la non-discrimination. L'inadéquation des mécanismes de revendication du droit, leur manque d'efficacité, voire l'absence de conception de certains outils face aux pierres d'achoppement rencontrées par les requérants, jouent un rôle dans la difficulté constatée à obtenir satisfaction face à une violation de l'interdiction de la discrimination. Or, en ce qu'il organise un vaste contrôle de certaines inégalités apparentes de traitement, le droit de la non-discrimination repose pleinement sur le bon déroulement du processus de revendication du droit. En réaction, de nouveaux ajustements du traitement contentieux pourraient être justifiés, considérés pour partie dans cette étude, qui visent à favoriser la réalisation du droit par le déclenchement et la conduite de l'action autant que par l'émergence et la résolution du litige.

1043. Comme évoqué en introduction, la fonction du droit de la non-discrimination conduit à décharger considérablement le processus de réalisation sur la victime. C'est cette dernière qui doit procéder, d'une part, à un acte de qualification juridique de la situation vécue et, d'autre part, à un acte de mobilisation de la norme en vue de la réparation. Le droit n'est toutefois pas étranger à ce processus. Il assoit son emprise en amont et en aval. Les autorités normatives, législateurs et autorités d'application du droit, sont ainsi susceptibles de servir la réalisation, d'abord en soignant la conception de l'outil placé entre les mains des acteurs, puis en perfectionnant les modalités juridiques de traitement de l'acte de revendication.

CONCLUSION GÉNÉRALE

« Les associations de lutte contre les discriminations témoignent assez souvent, à l'instar de l'ensemble des mouvements sociaux, d'une confiance excessive placée dans le droit, ce qui les conduit à privilégier l'"issue juridique", en croyant que tous les problèmes peuvent être résolus par la magie d'un texte [...] : ce faisant, on retrouve paradoxalement la vision enchantée du droit, dont témoignait la croyance en la force agissante du principe de non-discrimination. À l'encontre de cette "illusion juridique", il convient de rappeler que les discriminations sont d'abord un fait social, indissociable de la logique du fonctionnement social et qu'on ne saurait prétendre éradiquer par la seule force du droit. Il n'est dès lors pas surprenant de constater qu'en dépit de leur ambition croissante, les politiques de lutte contre les discriminations sont impuissantes à venir à bout de discriminations »³⁹⁵⁴

1044. Le droit de la non-discrimination n'a-t-il pour seul destin que celui d'épouser fatalement les traits d'un escalier de Penrose, où les marches s'accumulent, se succèdent, sans offrir à ceux qui les empruntent une issue autre qu'un retour au point de départ ? À première vue, on peut être saisi d'une sensation de vertige à l'idée d'envisager la modification de la législation en vigueur comme réponse à l'ineffectivité du droit. D'ores et déjà façonné de strates législatives successives, le droit de la non-discrimination serait bien mal servi par de nouvelles accumulations, ajoutées pour combler les failles des premières, dans l'espoir d'apporter une réponse – cette fois décisive – à l'ineffectivité de ses principales normes (*i.e.* l'interdiction de la discrimination et le droit à la non-discrimination). Partant, cette étude doit-elle être réduite à une énième manifestation « d'une confiance excessive placée dans le droit » pour résoudre les problèmes identifiés « par la magie d'un texte » ? Cet écueil nous semble avoir été évité. D'abord, car il s'agit moins d'ajouter de nouvelles couches au droit de la non-discrimination pour mieux masquer – temporairement – la vétusté fonctionnelle des premières que de repenser son architecture globale. Ensuite, car l'analyse critique des qualités du droit, conduite dans cette optique à la lueur de l'impératif de réalisation, dénote une conception ontologique radicalement opposée à ce que serait un droit qui se réalise par son caractère impératif. Opter pour un questionnement du droit – et de sa possible réforme – au regard de l'ineffectivité de l'interdiction de la discrimination implique en effet de nécessairement rejeter en prémisse l'idée d'un droit conçu comme prophétie autoréalisatrice, y compris lorsque celle-ci est soutenue par un appareil de contrainte. Enfin, car cette étude repose davantage sur une conception instrumentale du droit, conçu comme *ressource*³⁹⁵⁵. Sa réalisation est en conséquence moins perçue

³⁹⁵⁴ CHEVALLIER, J., « Lutte contre les discriminations et Etat-providence », *op. cit.*, p. 53-54.

³⁹⁵⁵ COMMAILLE, J., *À quoi nous sert le droit ?*, *op. cit.*, p. 65-78. Jacques Commaille évoque notamment cette conception d'un « droit ressource », « conçu d'abord en fonction des attentes, des représentations et des pratiques de ceux qui l'utilisent ou s'y soumettent » (p. 75) et qui peut conduire à « une rationalisation ou [une] adaptation rationnelle du droit aux évolutions du social » (p. 19).

comme le produit de sa force que celui de son adéquation avec les besoins des acteurs amenés à le mobiliser.

1045. Peut-on néanmoins objecter que l'optique de réalisation du droit *par* le droit serait vaine considérant que les discriminations sont « [indissociables] de la logique du fonctionnement social et qu'on ne saurait prétendre [les] éradiquer par la seule force du droit » ? L'objection serait sans doute fondée si la démarche était conçue comme suffisante. Or, l'ambition de cette étude est nécessairement limitée, restreinte à *ce que peut le droit*, et non étendue à ce que font les victimes qui choisissent ou non d'y recourir. Le point de vue juridique, ici adopté, n'est donc qu'accessoire au point de vue sociologique qui le complète pour penser la réalisation. L'objection susmentionnée serait encore fondée si la démarche n'accordait aucun égard aux difficultés rencontrées par ceux qui le mobilisent, en premier lieu les victimes ou, *a minima*, les personnes qui s'estiment discriminées. Cet écueil nous semble également avoir été évité. Le droit de la non-discrimination repose tout entier sur sa réception et sur sa revendication devant un tiers habilité à opérer un contrôle de justification du traitement contesté. Cette essence suffit à rappeler à l'ordre toute tendance à l'omission de son caractère inerte. En tant qu'outil, son utilité est fonction de celui qui s'en saisit, de la finalité qu'il lui assigne et de la manière dont il le manie. Toujours est-il que le droit de la non-discrimination possède des qualités qui lui sont propres, et que la finalité qu'on lui assigne ou le maniement que l'on souhaite en faire peuvent être plus ou moins bien servis par les propriétés qui le structurent. Si l'outil sert mal sa fonction, nous soutenons qu'une analyse de ses qualités peut contribuer à avancer des pistes explicatives partielles à cet échec. De manière prosaïque, cette étude se borne sous cet angle à renouveler le constat de Roscoe Pound et de Huck Finn qui considèrent que, pour piocher, il est préférable d'utiliser une pioche³⁹⁵⁶. En d'autres termes, face à des politiques publiques qui « sont impuissantes à venir à bout de discriminations », « en dépit de leur ambition croissante », notre proposition consiste à insister sur le fait que, avant d'acter un éventuel constat d'échec, il serait possible de questionner l'adéquation de l'outil par lequel le droit contribue au

³⁹⁵⁶ « *When Tom Sawyer and Huck Finn had determined to rescue Jim by digging under the cabin where he was confined, it seemed to the uninformed lay mind of Huck Finn that some old picks the boys had found were the proper implements to use. But Tom knew better. From reading he knew what was the right course in such cases, and he called for case-knives. "It don't make no difference," said Tom, "how foolish it is, it's the right way and it's the regular way. And there ain't no other way that ever I heard of, and I've read all the books that gives any information about these things. They always dig out with a caseknife."* So, in deference to the books and the proprieties, the boys set to work with case-knives. But after they had dug till nearly midnight and they were tired and their hands were blistered, and they had made little progress, a light came to Tom's legal mind. He dropped his knife and, turning to Huck, said firmly, "Gimme a case-knife." Let Huck tell the rest: "He had his own by him, but I handed him mine. He slung it down and says, 'Gimme a case-knife.' I didn't know just what to do but then I thought. I scratched around amongst the old tools and got a pickaxe and give it to him, and he took it and went to work and never said a word [...]" Tom had made over again one of the earliest discoveries of the law. When tradition prescribed case-knives for tasks for which pickaxes were better adapted, it seemed better to our forefathers, after a little vain struggle with case-knives, to adhere to principle but use the pickaxe. They granted that law ought not to change. Changes in law were full of danger. But, on the other hand, it was highly inconvenient to use case-knives ». C'est en ces termes que Roscoe Pound débutait son article « Law in Books and Law in Action », *op. cit.*, p. 10.

*combat*³⁹⁵⁷ contre les discriminations. Certaines qualités du droit de la non-discrimination peuvent être rapprochées des multiples *facteurs juridiques de réalisation du droit* identifiés par la doctrine (*e.g.* propriétés légistiques, cohérence du cadre normatif, capacité à favoriser l'accessibilité des autorités d'application du droit, efficacité des mécanismes de règlement des litiges). Prendre le droit de la non-discrimination au sérieux implique alors de cibler les malfaçons susceptibles d'affecter la contribution de ces qualités à la réalisation du droit et, le cas échéant, d'envisager leur recomposition afin de servir au mieux cet objectif.

1046. De ce point de vue, l'analyse des propriétés légistiques des normes antidiscriminatoires permet de souligner la combativité toute relative qui préside à l'impulsion des réformes, à l'élaboration des énoncés juridiques ou à la détermination des significations normatives qui leur sont conférées. Ces qualités organiques initiales, qui bâtissent les fondements précaires du droit de la non-discrimination, se répercutent en partie sur ses qualités formelles. Les multiples imprécisions sémantiques qui le caractérisent, son inaccessibilité et son inintelligibilité contribuent à le rendre excessivement complexe. Ces caractéristiques semblent inopportunes pour un droit en partie destiné à la protection des marginaux et des plus vulnérables par la normalisation de leurs caractéristiques³⁹⁵⁸. Elles sont surtout problématiques considérant que la réalisation de ce droit est particulièrement dépendante de sa réception. Le langage hésitant du droit de la non-discrimination devient ensuite incohérent lorsque sont envisagées les modalités de justification des traitements défavorables déferés au contrôle du juge. Les protections variables établies en fonction d'une catégorisation opérée entre types de discrimination (*i.e.* directe et indirecte) dérivent de calques théoriques qui correspondent mal à la réalité des situations (« *Legislation which attempts to require cases to be fitted to rules instead of rules to cases will fare no better than judicial decisions which attempt the same feat* »³⁹⁵⁹). Le maniement de la qualification juridique n'est guère facilité de ce fait. Les oppositions récurrentes opérées entre égalité et non-discrimination reproduisent à un niveau doctrinal et judiciaire ce phénomène de complexification, peu utile, et de distanciation des objets juridiques à partir de distinctions conceptuelles faillibles. En ce qu'elles contribuent à freiner l'application du droit de la non-discrimination devant les juges, elles gagneraient à être dissipées. En essayant de remédier à

³⁹⁵⁷ CHEVALLIER, J., « Lutte contre les discriminations et Etat-providence », *op. cit.*, p. 40 : ce « combat » du droit correspond selon Jacques Chevallier à une « conception active (il ne s'agit plus de poser un principe mais de lutter pour sa réalisation), en utilisant le vecteur juridique (le droit n'étant plus seulement un terrain d'application mais un moyen de réalisation de l'exigence de non-discrimination) ».

³⁹⁵⁸ La normalisation procède tant du refus de l'exclusion explicitement fondée sur ladite caractéristique (*i.e.* discrimination directe) que du questionnement des effets de la règle « en apparence neutre » (*i.e.* discrimination indirecte).

³⁹⁵⁹ POUND, R., « Law in Books and Law in Action », *op. cit.*, p. 34.

ces carences, c'est par la clarté dans la conception du droit de la non-discrimination que la réalisation pourrait être renforcée.

1047. L'égard accordé à l'accessibilité des juridictions révèle en continuité la qualité perfectible des modalités juridiques de déclenchement de l'action contentieuse. Certaines voies sont relativement étroites, voire obstruées, à l'instar de la voie pénale, quand d'autres, plus prometteuses, pèchent par manque d'accompagnement et de soutien de la victime. Les optiques offertes en l'état par le droit en vue de l'organisation collective de l'action, elles-mêmes limitées, ne permettent pas de combler pleinement l'isolement des requérants. La conduite de l'action en est d'autant plus compromise lorsque le droit n'apporte pas de réponses suffisantes aux conditions matérielles, financières, temporelles, ou à la crainte de représailles qu'un lien de subordination entre les parties est susceptible d'engendrer. Ce sont alors les phénomènes de non-recours au droit et de banalisation des violations de l'interdiction de la discrimination qui en sortent grandis. À d'autres niveaux, les spécificités du traitement contentieux des discriminations ont, à l'inverse, engendré une conception sur mesure de l'outil juridique. En raison de son adéquation aux situations régies, l'ajustement du régime probatoire a ainsi fait preuve de son utilité centrale dans l'accomplissement de la fonction du droit antidiscriminatoire. L'émergence du litige repose encore sur le rôle normatif des juridictions lorsqu'elles sont amenées à statuer sur une allégation de discrimination. Leur propension à interpréter les énoncés, de telle sorte qu'ils permettent d'appréhender des situations qui pourraient apparaître à la marge des cas visés par les textes, s'avère déterminante. L'audace limitée qui caractérise l'activité des magistrats à cet égard, peu encouragés il est vrai par le législateur, se retrouve lorsqu'est envisagée la mise en œuvre de leurs pouvoirs de sanction une fois la discrimination établie. Pour autant, de la capacité à ériger ces facteurs en qualités du droit, mises au service de sa revendication, semble également dépendre, à terme, la réalisation du droit de la non-discrimination.

1048. En réaction, les suggestions avancées dans cette étude n'aspirent qu'à défricher des voies inexplorées ou insuffisamment empruntées. Quant à la démarche globale de la thèse, qui s'attache à une considération des facteurs juridiques de réalisation, *pris dans leur ensemble*, elle ne peut évidemment suffire pour résoudre l'ineffectivité du droit. Tout au plus possède-t-elle pour ambition de formaliser à cette fin un cadre de pensée, partiel, réduit à la sphère d'action des autorités normatives. Mais parce que ces dernières demeurent incapables de produire, seules, l'observance des normes édictées, leur emprise ne saurait excéder la détermination des chances de réalisation du droit.

BIBLIOGRAPHIE

I/ - OUVRAGES GÉNÉRAUX :

A/ - Dictionnaires :

- ALLAND, A. et RIALS, S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003
- ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., GAUDIN, H., MARGUÉNAUD, J-P., RIALS, S. et SUDRE, F. (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008
- ARNAUD, A-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993
- CHAGNOLLAUD, D. et DRAGO, G. (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2006
- CORNU, G. et al., *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1987
- MESURE, S. et SAVIDAN, P. (dir.), *Le dictionnaire des sciences humaines*, Paris, PUF, 2006
- REID, H., *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2^{ème} éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1996
- SAVIDAN, P. (dir.), *Dictionnaire des inégalités et de la justice sociale*, Paris, PUF, 2018
- THARAUD, D. et BOYER-CAPELLE, C. (dir.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, (à paraître) 2020

B/ - Traités et manuels :

- ARDANT, P. et MATHIEU, B., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 21^e éd., Paris, LGDJ, 2009
- BERGEL, J.-L., *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2012
- CARBONNIER, J., *Droit civil. Introduction*, 27^e éd., Paris, PUF, 2002
- CHAPUS, R., *Droits du contentieux administratif*, 13^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2008
- COSTA, D., *Contentieux administratif*, 2^e éd., Paris, LexisNexis, 2014
- DUPRÉ DE BOULOIS, X., *Droits et libertés fondamentaux*, Paris, PUF, 2010
- FAVOREU, L. et al., *Droits des libertés fondamentales*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2015
- FRIER, P-L. et PETTI, J., *Droit administratif*, 11^e éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017
- GOHIN, O. et POULET, F., *Contentieux administratif*, 9^{ème} éd., Paris, LexisNexis, 2017
- HENNETTE-VAUCHEZ, S. et ROMAN, D., *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2017
- JEULAND, E., *Droit processuel général*, 3^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2014
- LOMBARD, M., DUMONT, G. et SIRINELLI, J., *Droit administratif*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2017
- MILLARD, É., *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006

RENUCCI, J-F., *Droit européen des droits de l'Homme. Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, 7^e éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017

SEILLER, B., *Droit administratif. 1. Les sources et le juge*, 7^e éd., Paris, Flammarion, 2018

SEILLER, B., *Droit administratif. 2. L'action administrative*, 7^e éd., Paris, Flammarion, 2018

VIALA, A., *Philosophie du droit*, Paris, Ellipse, 2010

TROPER, M., *La philosophie du droit*, 3^{ème} éd., Paris, PUF, 2010

TROPER, M. et HAMON, F., *Droit constitutionnel*, 37^e éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2016

II/ - OUVRAGES SPÉCIAUX :

AMSELEK, P., *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1964

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Paris, Vrin, 2007

AUSTIN, J. L., *Quand dire c'est faire*, Paris, Seuil, 1970

BARRAUD, B., *La recherche juridique. Sciences et pensées du droit*, Paris, L'Harmattan, 2016

BOBBIO, N., *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret et C. Agostini, Paris, LGDJ, 1998

CALVÈS, G., *La Discrimination positive*, Paris, PUF, 2004

CARCASSONNE, G., *La Constitution*, 11^{ème} éd., Paris, Seuil, 2013

CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2016

CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Théorie générale des droits fondamentaux. Perspective analytique*, Paris, Dalloz, 2019

CHAPPE, V-A., *L'égalité au travail : justice et mobilisation contre les discriminations*, Paris, Presses des Mines, 2019

CHEVALIER, J., *L'État post-moderne*, 3^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2008

CLUZEL-MÉTAYER, L. et MERCAT-BRUNS, M., *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Paris, La Documentation française, 2011

COMMAILLE, J., *À quoi nous sert le droit ?*, Paris, Gallimard, 2015

DE BÉCHILLON, D., *Qu'est-ce que la règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997

DEMERS, V., *Le contrôle des fumeurs. Une étude d'effectivité du droit*, Montréal, Thémis, 1996

DE TOCQUEVILLE, A., *De la démocratie en Amérique*, Paris, Flammarion, 1981

DUBOUCHET, P., *Pour une théorie générale du droit. Essai sur les rapports du normatif et du logico-grammatical*, Lyon, L'Hermès, 1993

EDEL, F., *L'interdiction de la discrimination par la Convention européenne des droits de l'homme*, dossiers sur les droits de l'homme n° 22, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2010

FLÜCKIGER, A., *(Re)faire la loi. Traité de légistique à l'ère du droit souple*, Berne, Stämpfli Editions, 2019

FONTAINE, L., *Qu'est-ce qu'un "grand" juriste ? Essai sur les juristes et la pensée politique moderne*, Paris, Lextenso, 2012

- FORRAY, V. et PIMONT, S., *Décrire le droit... et le transformer. Essai sur la déécriture du droit*, Paris, Dalloz, 2017
- GILLIAUX, P., *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, 2012
- GUILLALOT, E. et PRÉVERT, A. (dir.), *La discrimination : un objet indicible ?*, Paris, L'Harmattan, 2013
- GUILLAUME-HOFNUNG, M., *La médiation*, Paris, PUF, 1995
- HART, H., *Le concept de droit*, 2^{ème} éd., trad. M. Van de Kerchove, Bruxelles, Publication des facultés universitaires de Saint-Louis, 2005
- HENNETTE-VAUCHEZ, S. et VALENTIN, V., *L'affaire Baby Loup ou la nouvelle laïcité*, Paris, Issy-les-Moulineaux, 2014
- JESTAZ, P. et JAMIN, C., *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004
- JHERING, R., *Le combat pour le droit*, trad. A. F. Meydiou, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel Éditeurs, 1875
- KALINOWSKI, G., *La logique des normes*, Paris, PUF, 1972
- KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, (1960), 2^{ème} éd. Paris, LGDJ, 1999
- KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, 2nd éd., trad. C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962
- KELSEN, H., *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1997
- LAFOURCADE, M., *Les Droits de l'homme*, Paris, PUF, 2018
- LAMARCHE, L., *Le régime québécois de protection et de promotion des droits de la personne*, Cowansville, Yvon Blais, 1996
- LOCHAK, D., *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, 2010
- MADER, L., *L'évaluation législative. Pour une étude empirique des effets de la législation*, Lausanne, Payot, 1985
- MALIGNER, B., *Les fonctions du Médiateur*, Paris, PUF, 1979
- MEDARD, R., *La République face au droit des minorités. Lire l'ordre juridique français à partir de la théorie libérale de Will Kymlicka*, Paris, L'Harmattan, 2015
- MINÉ, M., *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, Bruxelles, Larcier, 2016
- MONTESQUIEU (DE SECONDAT, C-L.), *De l'esprit des lois*, Paris, Garnier, 1777
- MORIN, A., *Le droit à l'égalité au Canada*, 2^{ème} éd., Montréal, LexisNexis, 2012
- MOTULSKY, H., *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, rééd. 1948, Paris, Dalloz, 2002
- OLIVECRONA, K., *De la loi et de l'État. Une contribution de l'école scandinave à la théorie réaliste du droit*, trad. P. Jonason, Paris, Dalloz, 2011
- OPPETIT, B., *Essai sur la codification*, Paris, PUF, 1998
- OST, F. et VAN DE KERCHOVE, M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002
- OST, F. et VAN DE KERCHOVE, M., *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987

- PELLISSIER, G., *Le Principe d'égalité en droit public*, Paris, LGDJ, 1996
- PERRIN, J-F., *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Librairie Droz, 1979
- PREVERT, A., *La lutte contre les discriminations. Genèse et usages d'une politique publique*, Paris, L'Harmattan, 2014
- ROSS, A., *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. É. Millard, E. et E. Matzner, présenté et annoté par É. Millard, Paris, LGDJ, 2004
- SCHWEITZER, L., *Les discriminations en France*, Paris, Robert Laffont, 2009
- SEN, A., *L'idée de justice*, Paris, Flammarion, 2009
- TROPER, M., CHAMPEIL-DESPLATS, V. et GRZEGORCZYK, C., *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ, 2005
- VILLEY, M., *Les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1983
- WEBER, M., *Économie et société*, Paris, Plon, 1995

III/ - THÈSES :

A/ - Thèse publiées :

- BRILLAT, M., *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, Paris, Institut universitaire Varenne, 2015
- BUI-XUAN, O., *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Économica, 2004
- CALVÈS, G. *L'Affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis. Le problème de la discrimination « positive »*, Paris, LGDJ, 1998
- CAPORAL, S., *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française (1789-1799)*, Aix-en-Provence, PUAM, 1995
- DE BÉCHILLON, D., *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Économica, 1996
- DESPRÈS, I., *Les mesures d'instruction in futurum*, Dalloz, 2004
- DUBOUT, É., *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, 2006
- HEITZMANN-PATIN, M., *Les normes de concrétisation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2020
- JOUANJAN, O., *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Économica, 1992
- LEROY, Y., *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, Paris, LGDJ, 2011
- MALHIÈRE, F., *La brièveté des décisions de justice*, Paris, Dalloz, 2013
- MARTIN, D., *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006
- MÉLIN-SOUCRAMANIEN, F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Aix-en-Provence, PUAM, 1997

NANCHI, A., *Vers un statut des minorités en droit constitutionnel français*, Clermont-Ferrand, Presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont, 2006

PICHARD, M., *Le droit à. Étude de législation française*, Paris, Économica, 2006

PORTA, J., *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Paris, Fondation Varenne, 2007

ROULHAC, C., *L'opposabilité des droits et libertés*, Paris, Institut universitaire Varenne, 2018

ROBIN-OLIVIER, S., *Le principe d'égalité en droit communautaire. Étude à partir des libertés économiques*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999

RRAPI, P., *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2012

SERENO, S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, Aix-en-Provence, PUAM, 2017

B/ - Thèses dactylographiées :

BENICHO, S., *Le droit à la non-discrimination « raciale ». Instruments juridiques et politiques publiques*, dactyl., Université Paris Ouest Nanterre – La Défense, 2011

BENREDOUANE, J., *La renonciation en droit de l'aide sociale. Recherche sur l'effectivité des droits sociaux*, dactyl., Université Bourgogne Franche-Comté, 2018

BETAÏLE, J., *Les conditions juridiques d'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, dactyl., Université de Limoges, 2013

BROTTE, J., *Du principe de non-discrimination au principe d'égalité en droit communautaire*, dactyl., Université Jean Moulin Lyon 3, 2007

BRUS, F., *Le principe du dispositif et le procès civil*, dactyl., Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2014

CARAYON, L., *La catégorisation des corps. Étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, dactyl., Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne, 2016

CHAPPE, V-A., *L'égalité en procès : sociologie politique du recours au droit contre les discriminations au travail*, dactyl., École normale supérieure de Cachan, 2013

CHARRUAU, J., *La notion de non-discrimination en droit public français*, dactyl., Université d'Angers, 2017

COHENDET, M-A., *L'Épreuve de la cohabitation (mars 1986 – mai 1988)*, t. 2, dactyl., Université Jean Moulin – Lyon III, 1991

DEMERS, V., *Analyse critique de la notion d'effectivité du droit et illustration empirique d'une norme juridique*, dactyl., Université de Montréal, 1994

DE TONNAC, A., *L'action positive face au principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union européenne*, dactyl., Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2019

EBERHARD, M., *L'idée républicaine de la discrimination raciste en France*, dactyl., Université de Paris 7 Denis Diderot, 2006

EDEL, F., *Le Principe d'égalité dans la Convention européenne des droits de l'homme. Contribution à une théorie générale du principe d'égalité*, dactyl., Université de Strasbourg, 2003

ESSOUMA MVOLA, G., *La politique criminelle de lutte contre les discriminations à l'embauche*, dactyl., Université de Strasbourg, 2013

- FONDIMARE, E., *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, dactyl., Université Paris Nanterre, 2018
- JABBOUR, R. E., *La discrimination à raison de l'apparence physique (lookisme) en droit du travail français et américain. Approche comparatiste*, dactyl., Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2013
- JOLY, L., *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, dactyl., Université Paris Ouest Nanterre la Défense, 2013
- KOMBILA-IBOUANGA, H., *L'interaction des principes de proportionnalité et de non-discrimination dans le système juridique de l'Union européenne*, dactyl., Université Paris Est Créteil, 2013
- LÖHRER, D., *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé. L'exemple de l'ombudsman spécialisé portugais, espagnol et français*, dactyl., Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2013
- MANIGOT, V., *La discrimination en entreprise, réflexions sur un risque*, dactyl., Université Paris 2 Panthéon Assas, 2011
- MOUREY, L., *Le rôle du droit pénal dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations*, dactyl., Université de Strasbourg, 2012
- PEYRONNET, M., *La diversité : étude en droit du travail*, dactyl., Université de Bordeaux, 2018
- RICHARD, V., *Le droit et l'effectivité : contribution à l'étude d'une notion*, thèse dactyl., Université Paris 2 – Panthéon Assas, 2003
- SAISEAU, J., *Les collectivités territoriales face au risque de discrimination*, dactyl., Université de Bordeaux, 2018
- SWEENEY, M., *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, dactyl., Université Paris Ouest Nanterre la Défense, 2010
- TEORAN, M., *L'obligation pour l'administration d'assurer l'effectivité des normes juridiques*, dactyl., Université Paris-Sud, 2007
- THARAUD, D., *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, dactyl. Université de Limoges, 2006
- VARNEK, A., *Le juge des requêtes, juge du provisoire*, dactyl., Université de Strasbourg, 2013
- ZEVOUNOU, L., *Le concept de concurrence en droit*, thèse dactylographiée, Université Paris Ouest Nanterre la Défense, 2010

IV/ - TRAVAUX COLLECTIFS :

A/ - Ouvrages collectifs :

- ALBERTINI, P. (dir.), *La qualité de la loi. Expériences française et européenne*, Paris, Mare et Martin, 2015
- AMSELEK, P. (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994
- AUVERGNON, P. (dir.), *L'effectivité du droit du travail. À quelles conditions ?*, 2^{ème} éd., Pessac, Presses universitaires de Bordeaux, 2008
- BARREAU DU QUÉBEC, *Les 25 ans de la Charte québécoise*, Cowansville, Yvon Blais, 2000
- BAUDOT, P-Y. et REVILLARD, A. (dir.), *L'État des droits*, Paris, Presses de Sciences Po, 2015

- BEIGNIER, B. (dir.), *La codification*, Paris, Dalloz, 1994
- BORRILLO, D. (dir.), *HALDE : actions, limites et enjeux*, Paris, La Documentation française, 2007
- BORRILLO, D. (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte, 2003
- BRIBOSIA, E., et HENNEBEL, H. (dir.), *Classer les droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004
- CHAMPEIL-DESPLATS, V. et LOCHAK, D. (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de Paris 10, 2008
- CHAZEL, F. et COMMAILLE, J. (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991
- COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE DU QUÉBEC, *Après 25 ans, la Charte québécoise des droits et libertés. Volume 1 – Bilan et recommandations*, Québec, Bibliothèque nationale du Québec, 2003
- COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE DU QUÉBEC, *Après 25 ans, la Charte québécoise des droits et libertés. Volume 2 – Études*, Québec, Bibliothèque nationale du Québec, 2003
- COULON, J.-M. et FRISON-ROCHE, A.-M. (dir.), *Le temps dans la procédure*, Paris, Dalloz, 1996
- DE DECCKER, P. et FABERON, J.-Y. (dir.), *L'État pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, 2003
- DONIER, V. et LAPÉROU-SCHENEIDER, B., (dir.), *L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013
- DRAGO, R. (dir.), *La confection de la loi*, Paris, PUF, 2005
- DUBOUT, É. et TOUZÉ, S. (dir.), *Refonder les droits de l'homme : des critiques aux pratiques*, Paris, Pedone, 2019
- FATIN-ROUGE STÉFANINI, M., GAY, L. et VIDAL-NAQUET, A. (dir.), *L'efficacité de la norme juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2012
- FINES, F., GAUTHIER, C. et GAUTIER, M. (dir.), *La non-discrimination entre les Européens*, Paris, Pedone, 2012
- FLÜCKIGER, A. et GUY-ESCABERT, C. (dir.), *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer. Le rôle des guides de légistique*, Zürich – Bâle, Schulthess, 2008
- HAMMJE, P., JANICOT, L. et NADAL, S. (dir.), *L'efficacité de l'acte normatif, nouvelle norme, nouvelles normativités*, Paris, Lextenso, 2013
- KOUBI, G. et GUGLIELMI, G. J. (dir.), *L'Égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, 2000
- LAJOIE, A., MACDONALD, R.-A., JANDA, R. et ROCHER, G. (dir.), *Théorie et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Thémis, 2004
- LOCHAK, D. (dir.), *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989
- LUCHAIRE, F. et CONAC, G. (dir.), *La constitution de la République française*, 2^{ème} éd., Paris, Economica, 1987
- JOUANJAN, O. (dir.), *Théories réalistes du droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2000
- MALLET-BRICOUT, B. (dir.), *La sanction*, Paris, L'Harmattan, 2007

- MEKKI, M. CADIET, L. ET GRIMALDI, C. (dir.), *La preuve : regards croisés*, Paris, Dalloz, 2015
- MORAND, C-A. (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence, PUAM, 1997
- NADEAU, A-R. (dir.), *La Charte québécoise : origine, enjeux et perspectives*, numéro thématique de la revue du Barreau du Québec, Montréal, Yvons Blais, 2006
- PERELMAN, C., (dir.), *L'Égalité*, vol. VIII, Bruxelles, Bruylant, 1982
- POTVIN-SOLIS, L. (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010
- ROCHER, G. (dir.), *Théorie et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Thémis, 2004
- SUDRE, F. et SURREL, H. (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008
- TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Les notions d'égalité et de non-discrimination en droit interne et en droit international*, tome. XIV, Paris, Dalloz, 1965

B/ - Rapports de recherche collective :

- BARCIK, B., BOGALSKA-MARTIN, E., NAVARRO, O. et PRÉVERT, A., *Parcours institutionnels de victimes de discrimination*, PACTE, rapport subventionné par l'Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances, 2012
- BEAUCHEMIN, C., HAMEL, C. et SIMON, P. (dir.), *Trajectoires et origines. Enquête sur la diversité des populations en France*, Paris, INED éditions, 2015
- BOSSU, B. (dir.), *Les discriminations dans les relations de travail devant les cours d'appel. La réalisation contentieuse d'un droit fondamental*, Centre de recherche Droits et Perspectives du Droit de l'Université de Lille 2, rapport réalisé avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, 2014
- CADIEY, L., JEAN, J-P., PAULIAT, H., BINET-GROSCLAUDE, A. et FOULQUIER, C. (dir.), *Mieux administrer la justice en interne et dans les pays du Conseil de l'Europe pour mieux juger (MAJICE)*, Centre de recherche sur la justice et le progrès, Équipe poitevine de recherche et d'encadrement doctorale en sciences criminelles, Observatoire des mutations institutionnelles et juridiques, 2012
- CEDIEY, E. et FORONI, F., *Les discriminations à raison de "l'origine" dans les embauches en France. Une enquête nationale par test de discrimination selon la méthode du Bureau international du travail*, Genève, Bureau international du travail, 2007
- CHAREYRON, S., L'HORTY, Y. et PETIT, P., *Les refus de soins discriminatoires : tests multicritères et représentatifs dans trois spécificités médicales*, rapport remis au Défenseur des droits, [en ligne], 2019
- CHAREYRON, S., L'HORTY, Y., MBAYE, S. et PETIT, P., *Mesurer l'impact d'un courrier d'alerte sur les discriminations selon l'origine*, rapport remis au Défenseur des droits, [en ligne], 2019
- CHICHA, M-T. et CHAREST, É., *Le Québec et les programmes d'accès à l'égalité : un rendez-vous manqué ? Analyse critique des programmes d'accès à l'égalité depuis 1985*, Montréal, Centre d'études ethniques des universités montréalaises, 2013
- CIMAMONTI, S. et PERRIER, J-B., *Les enjeux de la déjudiciarisation*, Laboratoire de droit privé et de sciences criminelles d'Aix-Marseille Université, rapport réalisé avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, 2018

DHUNE, F. et SAGNARD-HADDAOUI, N., *Les discriminations raciales à l'emploi. Une synthèse problématique des travaux*, Montpellier, Institut social et coopératif de recherche appliquée, 2006

GROUPE D'ÉTUDE CONTRE LES DISCRIMINATIONS (GED), *Une forme méconnue de discrimination : les emplois fermés aux étrangers (secteur privé, entreprises publiques, fonction publique)*, note n° 1, Paris, La Documentation française, 2000

GROUPE D'ÉTUDE ET DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS (GELD), *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, note n° 2 du Conseil d'orientation du GELD, Paris, La Documentation française, 2000

GROUPE D'ÉTUDE ET DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS (GELD), *Les discriminations raciales et ethniques dans l'accès au logement social*, note de synthèse n° 3 du GIP GELD, Paris, la Documentation française, 2001

GRÜNDLER, T. (dir.), *Aménagements raisonnables et non-discrimination*, rapport de recherche financé par l'Alliance de recherche sur les discriminations, 2016

GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, rapport de la Fédération interdisciplinaire de Nanterre en droit, réalisé avec le soutien de la Mission de recherche droit et justice, 2016

ICARD, P. et LAIDIÉ, Y. (dir.), *Le principe de non-discrimination : l'analyse des discours*, CREDESPO, Université de Bourgogne, rapport réalisé avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, juin 2016

LARRIBAU-TERNEYRE, V. et LECOURT, A. (dir.), *Réflexion sur la notion et le régime de la médiation au sein des modes amiables de résolution des différends à partir des expériences de médiation dans les ressorts des Cours d'appel d'Aquitaine (Agen, Bordeaux/Pau), de Paris et de Lyon*, Centre de recherche et d'analyse juridiques et Centre Max Weber, rapport réalisé avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, 2017

MERCAT-BRUNS, M. et PERELMAN, J. (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination : perspectives pluridisciplinaires et comparées*, rapport de l'École de droit de Sciences po, réalisé avec le soutien de la Mission de recherche droit et justice, 2016

SERVERIN, E., et GUIOMARD, F. (dir.), *Des revendications des salariés en matière de discrimination et d'égalité. Les enseignements d'un échantillon d'arrêts extrait de la base JURICA (2007-2010)*, rapport réalisé avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, 2013

C/ - Mélanges :

Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak, Paris, LGDJ, 2007

Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Paris, Dalloz, 2007

Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, Paris, Dalloz, 2007

Le temps et le droit. Hommage au Professeur Closet-Marchal, Bruxelles, Bruylant, 2013

Mélanges en l'honneur de Pierre Avril : la République, Paris, Montchrestien, 2001

Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Paris, Dalloz, 1985

V/ - ENCYCLOPÉDIES :

AUBIN, A., « Fonction publique : contentieux du recrutement », *Répertoire de contentieux administratif*, juin 2014

BARTHÉLEMY, J., « Aide juridictionnelle », *Répertoire de contentieux administratif*, septembre 2007 (actualisation : janvier 2014)

BRUN, P., « Responsabilité du fait personnel » *Répertoire de droit civil*, mai 2015 (actualisation : février 2019)

CERF-HOLLENDER, A., « Droit pénal du travail », *Répertoire de droit du travail*, octobre 2018

CHOPIN, F., « Défenseur des droits », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, janvier 2015 (actualisation : février 2017)

DANTI-JUAN, M., « Discriminations », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, septembre 2014 (actualisation : septembre 2017)

DE MONSEMBERNARD, M., « Référé d'urgence : le référé conservatoire », *Répertoire de contentieux administratif*, février 2020

DOUCHY-OUDOT, M. et JOLY-HURARD, J., « Médiation et conciliation », *Répertoire de procédure civile*, mars 2013 (actualisation : juillet 2019)

FERRAND, F., « Preuve », *Répertoire de procédure civile*, décembre 2013 (actualisation : mars 2019)

GILTARD, D. et DE MONSEMBERNARD, M., « Référé constat et référé instruction », *Répertoire de contentieux administratif*, février 2020

GROSSHOLZ, C., « Évaluation du préjudice – Délimiter le préjudice réparable », *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, février 2018 (actualisation : mars 2020)

GUINCHARD, S., « Procès équitable », *Répertoire de procédure civile*, mars 2017 (actualisation : mai 2019)

HAÏM, V., « Frais de justice », *Répertoire de contentieux administratif*, septembre 2014

ILOPOULOU-PENOT, A., « Conv. EDH, art. 14 : Non-discrimination », *Répertoire de droit européen*, octobre 2018

JEANDIDIER, W., « Infractions économiques », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, octobre 2016 (actualisation : avril 2019)

LANQUETIN, M-T., « Discrimination » *Répertoire de droit du travail*, janvier 2010 (actualisation : avril 2019)

LASSERRE, V., « Loi et règlement », *Répertoire de droit civil*, juillet 2015 (actualisation : janvier 2016)

MICHEL, J. et DELVIGNE, J-P., « Occupations domaniales » *Répertoire de contentieux administratif*, mars 2010 (actualisation octobre 2014)

PACTEAU, B., « Preuve », *Répertoire de contentieux administratif*, janvier 2016

RICHER, L., « Arbitrage et conciliation », *Répertoire de contentieux administratif*, mars 2001 (actualisation : avril 2017)

USUNIER, L., « Action en justice », *Répertoire de droit international*, juin 2014 (actualisation : avril 2017)

VI/ - ARTICLES³⁹⁶⁰ :

A/ - Articles de doctrine (ouvrages collectifs, rapports, mélanges) :

AST, F., « De l'(in)application de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme par la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité », in SUDRE, F. et SURREL, H. (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 375-427

AUTIN, J.-L., « Les discriminations compensatoires, entre principe d'égalité et droit à la différence. Une contradiction de normes ? », in DE DECCKER, P. et FABERON, J.-Y. (dir.), *L'État pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 107-118

AUVERGNON, P., « Une approche comparative de la question de l'effectivité du droit du travail », in AUVERGNON, P. (dir.), *L'effectivité du droit du travail. À quelles conditions ?*, 2^{ème} éd., Pessac, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p. 9-34

BACHAND, R., « Pour une théorie critique en droit international », in BACHAND, R. (dir.), *Théories critiques et droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2013

BAZEK, M., « L'ambition de la doctrine », in *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, Paris, LGDJ, 2007, p. 365-367

BENICHO, S., « L'effectivité du principe de non-discrimination "raciale" : concurrence ou complémentarité du juge et de la Halde ? », in CHAMPEIL-DESPLATS, V. et LOCHAK, D. (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de Paris 10, 2008, p. 193-228

BENOIT-ROHMER, F. « L'égalité dans la typologie des droits », in BRIBOSIA, E., et HENNEBEL, H. (dir.), *Classer les droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004

BETAILLE, J., « Le concept d'effectivité-action », in MÍGUEZ MACHO, L. et ALMEIDA CERREDA, M. (coord.), *Los retos actuales del derecho administrativo en el Estado autonómico: estudios en homenaje al profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor*, Andavira, Fundación Democracia y Gobierno Local, vol. 2, 2017, p. 367-383

BIOY, X., « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », in TUSSEAU, G. (dir.), *Les notions juridiques*, Paris, Économica, 2009, p. 21-53

BIOY, X., « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », in SUDRE, F. et SURREL, H. (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 51-84

BOURDIEU, P., « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », in CHAZEL, F. et COMMAILLE, J. (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 95-99

CALVÈS, G., « Non-discrimination et égalité : de la fusion à la séparation ? », in FINES, F., GAUTHIER, C. et GAUTIER, M. (dir.), *La non-discrimination entre les Européens*, Paris, Pedone, 2012, p. 7-22

CALVÈS, G., « Le principe de non-discrimination : un principe vide », in POTVIN-SOLIS, L. (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 47-53

³⁹⁶⁰ Note de l'auteur : quelques paginations d'articles n'ont pu être indiquées en raison de la fermeture des bibliothèques universitaires de mars à mai 2020. Les références seront complétées dès que possible.

- CALVÈS, G., « Répression des discriminations : l'adieu aux armes », in *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, Paris, LGDJ, 2007, p. 45-49
- CARLES, I., « Le Défenseur des droits et les acteurs juridictionnels de la lutte contre les discriminations : quelle complémentarité possible ? », in GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, rapport de la Fédération interdisciplinaire de Nanterre en droit, 2016, annexes, p. 362-385
- CHAMPEIL-DESPLATS, V., « De quelques obstacles conceptuels à la reconnaissance des discriminations », in GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, rapport de la Fédération interdisciplinaire de Nanterre en droit, 2016, annexes, p. 44-60
- CHAMPEIL-DESPLATS, V. et MILLARD, É., « Efficacité et énoncé de la norme », in HAMMJE, P., JANICOT, L. et NADAL, S. (dir.), *L'efficacité de l'acte normatif, nouvelle norme, nouvelles normativités*, Paris, Lextenso, 2013, p. 63-73
- CHAMPEIL-DESPLATS, V., « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in CHAMPEIL-DESPLATS, V. et LOCHAK, D. (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de Paris 10, 2008, p. 11-30
- CHAPPE, N., OBIDZINSKI, M. et GIRAUD, R., « Analyse économique de l'accès au juge », in DONNIER, V. et LAPÉROU-SCHENEIDER, B. (dir.), *L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 379-395
- CHAPPE, V.-A. et QUERNEZ, E., « La lutte contre les discriminations, entre droit imposé et droit négocié. Analyse des interactions au sein des permanences locales de la Halde », in BAUDOT, P.-Y. et REVILLARD, A. (dir.), *L'État des droits*, Paris, Presses de Sciences Po, 2015, p. 119-148
- CHAPPE, V.-A., « Entre traitement juridique et action politique : la position contrainte de la HALDE dans la lutte contre les discriminations », in GUILLALOT, E. et PRÉVERT, A. (dir.), *La discrimination : un objet indicible ?*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 81-101
- CHEVALLIER, J., « L'apport et le statut de la légistique », in ALBERTINI, P. (dir.), *La qualité de la loi. Expériences française et européenne*, Paris, Mare et Martin, 2015, p. 31-51
- CHEVALLIER, J., « État de droit versus État des droits ? », in BAUDOT, P.-Y. et REVILLARD, A. (dir.), *L'État des droits*, Paris, Presses de Sciences Po, 2015, p. 245-255
- CHEVALLIER, J., « Juriste engagé(e) », in *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, Paris, LGDJ, 2007, p. 305-309
- CHEVALLIER, J., « Lutte contre les discriminations et État-providence », in BORRILLO, D. (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte, 2003, p. 38-54
- COHENDET, M.-A., « Légitimité, effectivité et validité », in *La République. Mélanges Pierre Avril*, Paris, LGDJ, 2001, p. 201-234
- COSTA, J.-P., « Le droit à un tribunal selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec ?*, Cowansville, Yvon Blais, 2008
- DAL, G.-A. et DE BAERDEMAEKER, R., « Le temps de la diligence », in *Le temps et le droit. Hommage au Professeur Closet-Marchal*, Bruxelles, Bruylant, 2013

- DELARUE, J-M., « Les limbes textuels ou la fabrication des textes normatifs par l'administration centrale », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, p. 219-257.
- DELLEY, J-D. et FLÜECKIGER, A., « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », in DRAGO, R. (dir.), *La confection de la loi*, Paris, PUF, 2005, p. 83-96
- DELZANGLES, B., « Effectivité, efficacité et efficience dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in CHAMPEIL-DESPLATS, V. et LOCHAK, D. (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de Paris 10, 2008, p. 41-58
- DE MONTALIVET, P., « La "juridicisation" de la légistique. À propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », in DRAGO, R. (dir.), *La confection de la loi*, PUF, 2005
- DOMENACH, J., « Le Conseil d'État et le contrôle des discriminations. Entre les doutes et la réalité de la prise en compte des discriminations », in GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, rapport de la Fédération interdisciplinaire de Nanterre en droit, 2016, annexes, p. 327-346
- DRAGONE, S., « La codification communautaire : technique et procédure », in MORAND, C-A. (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence, PUAM, 1997
- DUBOUT, É., « L'influence du droit européen sur la preuve en matière de non-discrimination », in POTVIN-SOLIS, L. (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 61-82
- DUMORTIER, T., « L'appréhension juridictionnelle des discriminations dans la fonction publique », in GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, rapport de la Fédération interdisciplinaire de Nanterre en droit, 2016, annexes, p. 349-361
- FERCOT, C. et PICHARD, M., « La lutte contre les discriminations dans le discours législatif. Étude légistique », in GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, rapport de la Fédération interdisciplinaire de Nanterre en droit, 2016, annexes, p. 136-176
- GESLIN, A., « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », in SERGUES, B. (dir.), *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2016, p. 79-131
- GRÜNDLER, T., « Effectivité, efficacité, efficience. L'exemple du droit à la santé », in CHAMPEIL-DESPLATS, V. et LOCHAK, D. (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de Paris 10, 2008, p. 31-40
- GUASTINI, R., « Alf Ross : une théorie du droit et de la science juridique », in AMSELEK, P. (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 249-264
- GUINCHARD, S., « Les solutions d'organisation procédurale », in COULON, J-M. et FRISON-ROCHE, A-M. (dir.), *Le temps dans la procédure*, Paris, Dalloz, 1996
- HOFFSCHIR, N. et ORIF, V., « Les stratégies relatives à l'établissement de la discrimination », in GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, rapport de la Fédération interdisciplinaire de Nanterre en droit, 2016, annexes, p. 242-261

HERVÁS HERMIDA, C., « L'action du ministère public dans la lutte contre les discriminations. Étude comparée France-Espagne », in GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, rapport de la Fédération interdisciplinaire de Nanterre en droit, 2016, annexes, p. 282-312

HEUSCHLING, L., « Effectivité, efficacité, efficience et qualité », in FATIN-ROUGE STÉFANINI, M., GAY, L. et VIDAL-NAQUET, A. (dir.), *L'efficacité de la norme juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 27-59

JEAMMAUD, A., « Le concept d'effectivité du droit », in AUVERGNON, P. (dir.), *L'effectivité du droit du travail. À quelles conditions ?*, 2^{ème} éd., Pessac, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p. 35-56

KELSEN, H., « Une Théorie "réaliste" et la Théorie pure du droit. Remarques sur *On Law and Justice* », (1959), trad. G. Sommeregger et É. Millard, in JOUANJAN, O. (dir.), *Théories réalistes du droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2000, p. 15-42

KOUBI, G., « Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ? », in KOUBI, G. et GUGLIELMI, G. J. (dir.), *L'Égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, p. 69-89

LANGLAIS, C., « Le communautarisme dans le contentieux des droits de l'homme. De la pertinence des critiques à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme », in DUBOUT, É. et TOUZÉ, S. (dir.), *Refonder les droits de l'homme : des critiques aux pratiques*, Paris, Pedone, 2019, p. 181-197

LASCOUMES, P., « Conclusion : l'effectivité, indicateur de la place du droit dans les rapports sociaux », in CHAMPEIL-DESPLATS, V. et LOCHAK, D. (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de Paris 10, 2008, p. 263-266

LATRAVERSE, S., « France : le jeu des acteurs », in MERCAT-BRUNS, M. et OPPENHEIMER, D. B. (dir.), *Comparative Perspective on the Enforcement and the Effectiveness of Antidiscrimination Law*, Cham, Springer, 2018, p. 189-214

LE BEL, L., « L'accès à la justice et son impact sur le droit à l'égalité réelle », in TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec ?*, Cowansville, Yvon Blais, 2008

LEJEUNE, A., « Mobilisations du droit, dans ou hors des tribunaux ? La lutte contre les discriminations au travail en Suède et en Belgique », in BAUDOT, P.-Y. et REVILLARD, A. (dir.), *L'État des droits*, Paris, Presses de Sciences Po, 2015, p. 61-88

LOCHAK, D., « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité », in AMSELEK, P. (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 293-309

LÖHRER, D., « L'accès à la juridiction constitutionnelle par l'intermédiaire de l'ombudsman ibérique », in DONNIER, V. et LAPÉROU-SCHENEIDER, B. (dir.), *L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 887-911

MARGUÉNAUD, J.-P., « Conclusions », in SUDRE, F. et SURREL, H. (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 449-472

MARINESE, V., « Légistique et effectivité », in CHAMPEIL-DESPLATS, V. et LOCHAK, D. (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de Paris 10, 2008, p. 89-118

MARTIN, D., « Sur la discrimination et la hiérarchie entre les discriminations dans le droit de l'Union : pérégrinations autour d'un concept mystérieux », in POTVIN-SOLIS, L. (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 253-283

- MEDARD INGHILTERRA, R., « L'intelligibilité par l'harmonisation des définitions de la lutte contre les discriminations en droit interne », in GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, rapport de la Fédération interdisciplinaire de Nanterre en droit, 2016, annexes, p. 177-202
- MEDARD INGHILTERRA, R., « Les écueils du contentieux antidiscriminatoire au prisme de la jurisprudence canadienne », in GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, rapport de la Fédération interdisciplinaire de Nanterre en droit, 2016, annexes, p. 3-42
- MEKKI, M., « Regard substantiel sur le "risque de preuve". Essai sur la notion de charge probatoire », in MEKKI, M. CADIET, L. ET GRIMALDI, C. (dir.), *La preuve : regards croisés*, Paris, Dalloz, 2015, p. 7-26
- MENDUINA GORDÓN, E., « La discrimination dans le logement privé », in GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, rapport de la Fédération interdisciplinaire de Nanterre en droit, 2016, annexes, p. 408-425
- MILLARD, É., « Les limites des guides de légistiques : l'exemple du droit français », in FLÜCKIGER, A. et GUY-ESCABERT, C. (dir.), *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer. Le rôle des guides de légistique*, Zürich – Bâle, Schulthess, 2008, p. 117-128
- MILLARD, É., « Deux lectures critiques d'Alf Ross », in JOUANJAN, O. (dir.), *Théories réalistes du droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2000, p. 9-14
- OPPETT, B., « De la codification », in BEIGNIER, B. (dir.), *La codification*, Paris, Dalloz, 1994, p. 7-18
- PERELMAN, C., « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », in PERELMAN, C., (dir.), *L'Égalité*, vol. VIII, Bruxelles, Bruylant, 1982
- PETITTI, C., « L'avocat face au droit européen à la non-discrimination : sa place, et quelques outils pour l'exercice professionnel », in SUDRE, F. et SURREL, H. (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 429-447
- PLATON, S., « Les spécificités du principe de non-discrimination dans le droit de l'Union européenne », in FAVREAU, B. (dir.), *La Charte des droits fondamentaux après le traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 125-163
- QUERNEZ, E., « La fabrique de la lutte contre les discriminations », in GUILLALOT, E. et PRÉVERT, A. (dir.), *La discrimination : un objet indicible ?*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 103-128
- RANGEON, F., « Réflexions sur l'effectivité du droit », in LOCHAK, D. (dir.), *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 126-149
- RIVERO, J. « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz, 1985, p. 675-685
- RIVERO, J., « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Les notions d'égalité et de non-discrimination en droit interne et en droit international*, tome. XIV, Paris, Dalloz, 1965
- ROBIN-OLIVIER, S., « L'émergence de la notion de discrimination indirecte : évolution ou révolution ? », in FINES, F., GAUTHIER, C. et GAUTIER, M. (dir.), *La non-discrimination entre les Européens*, Paris, Pedone, 2012, p. 23-36

ROCHER, G., « L'effectivité du droit », in LAJOIE, A., MACDONALD, R-A., JANDA, R. et ROCHER, G. (dir.), *Théorie et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Thémis, 2004

SEILLER, B., « Contribution à la résolution de quelques paradoxes de la formulation prétorienne du principe d'égalité », in *Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007, p. 979-1000

SIBONY, A-L., « Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en droit », in FATIN-ROUGE STÉFANINI, M., GAY, L. et VIDAL-NAQUET, A. (dir.), *L'efficacité de la norme juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 61-84

SUDRE, F., « Rapport introductif », in SUDRE, F. et SURREL, H. (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 17-48

SURREL, H., « L'appréciation contingente des justifications », in SUDRE, F. et SURREL, H. (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 119-158

SZYMCZAK, D., « Le principe "communautaire" de non-discrimination est-il compatible avec le droit de la Convention européenne des droits de l'homme ? », in FINES, F., GAUTHIER, C. et GAUTIER, M. (dir.), *La non-discrimination entre les Européens*, Paris, Pedone, 2012, p. 181-196

THIBIERGE, L. « Les sanctions des discriminations », in GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, rapport de la Fédération interdisciplinaire de Nanterre en droit, 2016, annexes, p. 216-224

TOUILLIER, M., « Réflexion sur l'opportunité d'étendre l'aménagement du fardeau probatoire en matière pénale », in GRÜNDLER, T. et THOUVENIN, J-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, rapport de la Fédération interdisciplinaire de Nanterre en droit, 2016, annexes, p. 263-280

TROPER, M., « Une théorie réaliste de l'interprétation », in JOUANJAN, O. (dir.), *Théories réalistes du droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2000, p. 51-68

TROPER, M., « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité », in AMSELEK, P. (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 310-325

VIRIOT-BARRIAL, D., « Discrimination et matière pénale en France », in MERCAT-BRUNS, M. et OPPENHEIMER, D. B. (dir.), *Comparative Perspective on the Enforcement and the Effectiveness of Antidiscrimination Law*, Cham, Springer, 2018, p. 215-238

B/ - Articles de doctrine, chroniques et études (revues) :

ABIKHZER, F., « Le délai raisonnable dans le contentieux administratif : un fruit parvenu à maturité ? », *AJDA*, 2005, p. 985 et s.

ADAM, P., « L'action de groupe discrimination. La prudente audace d'une réforme majeure », *Dr. Soc.*, 2017, p. 638 et s.

ALBERT, N., « L'évaluation de la perte de chance en droit administratif », *LPA*, n° 218, 2013, p. 29 et s.

ANCEL, N., « Contrôle d'identité : de l'aménagement de la charge de la preuve à la preuve partagée », *JCP*, n° 5, 2017, p. 199-203

- AMEGADJIE, F., « La compétence pénale de la HALDE, contours et enjeux », *AJ pénal*, 2008, p. 307 et s.
- AMRANI-MEKKI, S., « Le socle commun procédural de l'action de groupe de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle. À propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », *JCP*, n° 50, 2016, p. 2310-2314
- AMRANI-MEKKI, S., « L'action de groupe du 21^e siècle. Un modèle réduit et réducteur ? », *JCP*, n° 45, 2015, p. 2029-2031
- AMSELEK, P., « Les fonctions normatives ou catégories modales », *Philosophiques*, vol. 33, n° 2, 2006, p. 391-418
- AMSELEK, P., « La part de la science dans les activités des juristes », *D.*, 1997, p. 337 et s.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., « Délai raisonnable du procès, recours effectif ou déni de justice », *RFDA*, 2003, p. 85 et s.
- AUBERT-MONPEYSSSEN, T., « La notion de victime d'une discrimination et le droit communautaire », *JCP EA*, n° 15, étude 1383, 2009, p. 40-42
- AUBIN, C. et JOLY, B., « De l'égalité à la non-discrimination : le développement d'une politique européenne et ses effets sur l'approche française », *Dr. Soc.*, 2007, p. 1295 et s.
- AUTIN, J.-L., « Le statut du Défenseur des droits », *RFAP*, n° 139, 2011/3, p. 421-431
- AUVERGNON, P., « Contrôle étatique, effectivité et ineffectivité du droit du travail », *Dr. Soc.*, 1996, p. 598 et s.
- AZAR-BAUD, M. J., « Action civile et discriminations : l'apport de l'action de groupe », *Dr. Soc.*, 2020, p. 353 et s.
- AZAR-BAUD, M. J., « Variations autour du régime de l'action de groupe », *JCP EA*, n° 27, étude 1380, 2017, p. 37-42
- BADINTER, R., « Une longue marche "Du Conseil à la Cour constitutionnelle" », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008
- BARROIS DE SARIGNY, C., « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *Titre VII*, n° 4, 2020
- BELLEY, J.-G., « La loi du dépôt volontaire : une étude de sociologie juridique », *Les Cahiers de droit*, vol. 16, n° 1, 1975, p. 27-124
- BELLOUBET-FRIER, N., « Le principe d'égalité », *AJDA*, 1998, p. 152 et s.
- BELLOIR, P., « Les difficultés de preuve des motifs discriminatoires », *Gaz. Pal.*, n° 131, 2013
- BELORGEY, J.-M., « De quelques problèmes liés à la prohibition et à l'élimination des discriminations », *Dr. Soc.*, 2002, p. 683 et s.
- BENOÎT-ROHMER, F., « Chronique Union européenne et droits fondamentaux – Délai raisonnable (art. 47 de la Charte) », *RTD eur.*, 2016, p. 370 et s.
- BERENI, L. et CHAPPE, V.-A., « La discrimination, de la qualification juridique à l'outil sociologique », *Politix*, n° 94, 2011/2, p. 7-34
- BERGEAUD-WETTERWALD, A., « Du bon usage du principe de loyauté des preuves ? », *Dr. Pen.*, n° 4, étude 7, 2014

- BERTHOU, K., « La preuve des discriminations à raison de l'origine. Réflexions à partir de l'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 19 février 2010 », *RDT*, 2010, p. 635 et s.
- BERTHOU, K., « Différences de traitement : esquisse des "exigences professionnelles essentielles" après la loi du 27 mai 2008 », *Dr. Social*, 2009, p. 410 et s.
- BILGE, S. et ROY, O., « La discrimination intersectionnelle : la naissance et le développement d'un concept et les paradoxes de sa mise en application en droit antidiscriminatoire », *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 25, 2010, p. 52-74
- BLANCO, F., « L'action de groupe en reconnaissance de responsabilité devant le juge administratif », *AJDA*, 2016, p. 2256 et s.
- BLANKENBURG, E., « La recherche de l'efficacité de la loi. Réflexions sur l'étude de la mise en œuvre (Le concept d'"implementation") », *Droit et société*, n° 2, 1986, p. 59-75
- BONDUELLE, M., « La "réalité" est devenue une excuse (entretien avec Jacques Toubon) », *Délibérée*, 2018/1, p. 75-80
- BONNARD-PLANCKE, L. et VERKINDT, P-Y., « Égalité et diversité : quelles solutions ? », *Dr. Soc.*, 2006, p. 968 et s.
- BORÉ, L., « Qualité et intérêt à agir devant le juge administratif », *D.*, 1999, p. 69 et s.
- BORGETTO, M., « Égalité, différenciation et discrimination : ce que dit le droit », *Informations sociales*, n° 148, 2008/4, p. 8-17
- BORRILLO, D., « Les instruments juridiques français et européens dans la mise en place du principe d'égalité et de non-discrimination », *Revue française des affaires sociales*, n° 1, 2002/1, p. 109-129
- BORRILLO, D. et CHAPPE, V-A., « La Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité : un laboratoire juridique éphémère ? », *RFAP*, n° 139, 2011/3, p. 369-380
- BOSSU, B., « La responsabilité de l'employeur en cas de discrimination : le regard du travailiste », *Dr. Soc.*, 2020, p. 348 et s.
- BOSVIEUX-ONYEKWELU, C., « Le droit, science et pratique : état des lieux de l'épistémologie juridique en France », *Zitel*, n° 4, 2018/2, p. 231-261
- BOUDOT, M., « La doctrine de la doctrine de la doctrine... : une réflexion sur la suite des points de vue méta-...-juridiques », *RIEJ*, vol. 59, 2007/2, p. 35-47
- BOUDOU, G., « Autopsie de la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association », *RFDC*, n° 97, 2014/1, p. 5-120
- BOUJEKA, A., « La condition de durabilité dans la définition du handicap en droit de l'Union européenne », *D.*, 2017, p. 1101 et s.
- BOUJEKA, A., « Le handicap d'obésité en droit de l'Union européenne », *D.*, 2015, p. 475 et s.
- BOUJEKA, A., « La définition du handicap en droit international et en droit de l'Union européenne », *D.*, 2013, p. 1388 et s.
- BOULMIER, D., « Pot-pourri des acteurs de la justice sociale », *Dr. Soc.*, 2017, p. 584 et s.
- BOUSSAGEON, B., « La licéité de l'honoraire de résultat », *Gaz. Pal.*, n° 73, 2008, p. 11 et s.
- BRIBOSIA, E. et RORIVE, I., « Chronique – Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *Journal européen des droits de l'homme*, n° 2, 2013

- BROUSSOLLE, Y., « Les principales dispositions du décret n° 2017-888 du 6 mai 2017 relatif à l'action de groupe et à l'action en reconnaissance de droits », *LPA*, n° 209, 2017, p. 8 et s.
- BRUNET, P., « Alf Ross et la conception référentielle de la signification en droit », *Droit et société*, n° 50, 2002/1, p. 19-29
- BUGADA, A., « L'action de groupe en matière de discrimination dans les relations de travail », *JCP S*, n° 4, étude 1028, 2017, p. 20 et s.
- BUGNON, C., « *L'amicus curiae* : facteur de démocratisation du procès administratif », *AJDA*, 2011, p. 1608 et s.
- BUMILLER, K., « Victimes dans l'ombre de la loi. Une critique du modèle de la protection juridique », trad. Laure Bereni, Vincent-Arnaud Chappe, Séverine Lacalmonie et Francis Corson, *Politix*, n° 94, 2011/2, p. 131-152
- BURNIER, F. et PESQUIÉ, B., « Tests de discrimination et preuve pénale », *Horizons stratégiques*, n° 5, 2007/3, p. 60-67
- CAFARELLI, F., « La traduction juridique de la notion d'égalité réelle », *AJDA*, 2018, p. 86 et s.
- CALVÈS, G., « La Cour suprême des États-Unis et le démantèlement de l'affirmative action », *Titre VII*, n° 4, 2020
- CALVÈS, G., « Le critère "religion ou convictions", même sens et même portée à Luxembourg et à Strasbourg ? », *Dr. Soc.*, 2018, p. 323 et s.
- CALVÈS, G., « L'égalité. Entretien avec Gwénaële Calvès. Propos recueillis par Frédéric Dupin », *Le Philosophoire*, n° 37, 2012/1, p. 11-25
- CALVÈS, G., « "De manière générale..." : le Conseil d'État face au droit communautaire de la non-discrimination », *D.*, 2010, p. 553 et s.
- CALVÈS, G., « Deux décennies mouvementées pour les politiques françaises de discrimination positive en faveur des femmes (1988-2009) », *RDSS*, 2009, p. 991 et s.
- CALVÈS, G., « Sanctionner ou réguler. L'hésitation des politiques publiques de lutte contre les discriminations », *Informations sociales*, n° 148, 2008/4, p. 34-45
- CALVÈS, G., « Au service de la connaissance du droit : le *testing* », *Horizons stratégiques*, n° 5, 2007/3, p. 8-16
- CALVÈS, G., « Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », *Pouvoirs*, n° 111, 2004/4, p. 29-40
- CALVÈS, G., « "Il n'y a pas de race ici !". Le modèle français à l'épreuve de l'intégration européenne », *Critique internationale*, n° 17, 2002/4, p. 173-186
- CALVÈS, G. et ROMAN, D., « La discrimination à raison de la précarité sociale : progrès ou confusion ? », *RDT*, 2016, p. 526 et s.
- CANEDO-PARIS, M., « Le double apport de l'arrêt *Mme Perreux* : invocabilité des directives, charge de la preuve », *RFDA*, 2010, p. 126 et s.
- CARBONNIER, J., « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit », *Droits*, n° 11, 1989, p. 5 et s.
- CARBONNIER, J., « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *L'année sociologique*, vol. 9, 1957-1958, p. 3-17

- CARCASSONNE, G., « Penser la loi », *Pouvoirs*, n° 114, 2005/3, p. 39-52
- CARLES, I. et HERVÁS HERMIDA, C., « Entretien avec M. François Perrain, procureur de la République de Valenciennes », *RevDH*, n° 9, 2016
- CASADO, A., « Les actes discriminatoires : le double regard », *Dr. Soc.*, 2020, p. 304 et s
- CHAMPEIL-DESPLATS, V., « Le droit de la lutte contre les discriminations face aux cadres conceptuels de l'ordre juridique français », *RevDH*, n° 9, 2016
- CHAMPEIL-DESPLATS, V., « Penser l'efficacité de la norme », *Keio Hôgaku*, n° 29, 2014, p. 368-378
- CHAMPEIL-DESPLATS, V., « "La théorie générale de l'État est aussi une théorie des libertés fondamentales" », *Juspoliticum*, n° 8, 2012
- CHAMPEIL-DESPLATS, V., « Le Conseil constitutionnel, protecteur des droits et libertés ? », *CRDF*, n° 9, 2011, p. 11-22
- CHAMPEIL-DESPLATS, V., « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2007
- CHAPPE, V.-A. et KEYHANI, N., « La fabrique d'un collectif judiciaire. La mobilisation des cheminots marocains contre les discriminations à la SNCF », *Revue française de science politique*, vol. 68, 2018/1, p. 7-29
- CHAPPE, V.-A., GUILLAUME, C. et POCHIC, S., « Négocier sur les carrières syndicales pour lutter contre les discriminations. Une appropriation sélective et minimaliste du droit », *Travail et emploi*, n° 145, 2016/1, p. 121-146
- CHAPPE, V.-A., « Le droit au service de l'égalité ? Comparaison des sociologies du droit de la non-discrimination française et états-unienne », *Tracés*, n° 27, 2014/2, p. 107-122
- CHAPPE, V.-A., « La preuve par comparaison : méthode des panels et droit de la non-discrimination », *Sociologies pratiques*, n° 23, 2011/2, p. 45-55
- CHAPPE, V.-A., « Le cadrage juridique, une ressource politique ? La création de la HALDE comme solution au problème de l'effectivité des normes anti-discrimination (1998-2005) », *Politix*, n° 94, 2011/2, p. 107-130
- CHAPPE, V.-A., « La qualification juridique est-elle soluble dans le militantisme ? Tensions et paradoxes au sein de la permanence juridique d'une association antiraciste », *Droit et société*, 2010/3, n° 76, p. 543-567
- CHEVALIER, E., « La promotion d'une justice rapide remet-elle en cause le droit au recours effectif ? Le cas de la Cour de justice de l'Union européenne », *RTD eur.*, 2013, p. 710 et s.
- CHEVALIER, J., « Présentation » (dossier « Le Défenseur des droits »), *RFAP*, n° 139, 2011/3, p. 335-337
- CHEVALIER, J., « Le Défenseur des droits : unité ou diversité ? », *RFAP*, n° 139, 2011/3, p. 433-455
- CHISS, R., « Le contentieux de la discrimination et de la rupture d'égalité : réflexions sur l'inégalité des armes », *JCP S.*, n° 36, 2010
- CHOLET, D., « La médiation judiciaire en procédure civile », *Gaz. Pal.*, n° 358, 2013
- CHOPIN, F., « La lutte contre les discriminations au travail dans le code du travail et le code pénal : quelle cohérence ? », *Dr. Soc.*, 2020, p. 360 et s.

- CLAUDIO, A., « La maîtrise du temps en droit processuel », *Jurisdoctoria*, n° 3, 2009, p. 21-42
- CLÉMENT, E., « L'action de groupe : un remède efficace contre les discriminations ? », *JCP S*, n° 38, 2017, p. 27 et s.
- CLUZEL-MÉTAYER, L., « Réflexions à propos de la saisine du Défenseur des droits », *RFAP*, n° 139, 2011/3, p. 447-460
- CLUZEL-MÉTAYER, L., « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *RFDA*, 2010, p. 309 et s.
- CONNIL, D., « De la nature et des finalités de l'*amicus curiae* », *AJDA*, 2015, p. 1545 et s.
- CORBEIL, C. et MARCHAND, I., « Penser l'intervention féministe à l'aune de l'approche intersectionnelle. Défis et enjeux », *Nouvelles pratiques sociales*, vol. 19, n° 1, 2006, p. 40-57
- COURCY, I., LABERGE, S., ERARD, C. et LOUVEAU, C., « Le sport comme espace de reproduction et de contestation des représentations stéréotypées de la féminité », *Recherches féministes*, Vol. 19, n° 2, 2006, p. 29-61
- COSTA, E., « La conciliation devant le juge administratif », *AJDA*, 2012, p. 1834 et s.
- COUTRON, L., « La réorientation du contentieux du délai raisonnable de jugement dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *RDP*, 2014, p. 1667 et s.
- CROCQ, J.-C., « Le pouvoir de sanction et de transaction du procureur de la République : chaînon manquant », *RSC*, 2015, p. 595-625
- CROZE, H., « Un droit commun de l'action de groupe ? », *Procédures*, n° 2, étude 4, 2017
- DANIS-FÂTOME, A., « Le dispositif propre à la charge de la preuve : frein ou outil de lutte contre les discriminations ? », *RevDH*, n° 9, 2016
- DAUGAREILH, I., « Les discriminations multiples. Une opportunité pour repenser le droit à la non-discrimination », *Hommes et migrations*, n° 1292, 2011, p. 34-46
- DE BÉCHILLON, D., « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.*, 2002, p. 973 et s.
- DE MONTALIVET, P., « L'intelligibilité des lois constitutionnelles », *RFDC*, n° 102, 2015/2, p. 321-334
- DE SAINT-SERNIN, J., « Le Défenseur des droits et le juge administratif : d'une coopération informative réciproque à un appui juridictionnel limité », *RFDA*, 2018, p. 332 et s.
- DETRAZ, S., « Les justifications des faits de discrimination en droit pénal. Réflexions sur l'article 225-3 du code pénal », *Dr. Soc.*, 2020, p. 315 et s.
- DETRAZ, S., « La cohérence des infractions de discrimination », *Gaz. Pal.*, n° 131, 2013
- DETRAZ, S., « La discrimination "par ricochet" : un aspect latent du délit de discrimination », *Dr. Pen.*, n° 6, étude 10, 2008
- DION, N., « L'esprit de la médiation », *Gaz. Pal.*, n° 358, 2013
- DONNAT, F. et CASAS, D., « Un requérant peut obtenir réparation, devant le juge administratif français, du préjudice né de la violation du droit à un délai raisonnable de jugement », *AJDA*, 2002, p. 596 et s.

- DONNEDIEU DE VABRES, J., « La protection des droits de l'homme par les juridictions administratives en France », *EDCE*, 1949, p. 30-49
- DOYTCHEVA, M., « Usages français de la notion de diversité : permanence et actualité d'un débat », *Sociologie*, vol. 1, 2010/4, p. 423-438
- DOYTCHEVA, M., « Lutter contre les discriminations en France. L'arrimage territorial. Diversité : ville école intégration », *CNDP*, 2008, p. 132-138
- DREYER, E., « Les discriminations indirectes, regard du pénaliste », *Dr. Soc.*, 2020, p. 328 et s.
- DREYFUS, B., « La médiation en droit public », *Gaz. Pal.*, n° 358, 2013
- DRUGEON, L., « Les pratiques de la médiation judiciaire », *Gaz. Pal.*, n° 358, 2013
- DUBOUT, É., « L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'homme : rénovation ou révolution ? », *RTDH*, 75/2008, p. 821 et s.
- DUFOUR, O., « Qui a peur du délai raisonnable en France ? », *Gaz. Pal.*, n° 12, 2016, p. 8 et s.
- DUMORTIER, T., « Les discriminations dans la fonction publique : une réponse juridictionnelle limitée », *AJDA*, 2017, p. 661 et s.
- DUNN, E., « Point de vue sur les spécificités des universitaires dans les Facultés de droit : comparaisons franco-anglaises », *RIEJ*, vol. 62, 2009/1, p. 33-90
- DUPRÉ DE BOULOIS, X., « Existe-t-il un droit des libertés ? », *RDLF*, chron. n° 4, 2017
- DUPRÉ DE BOULOIS, X., « Regard extérieur sur une jurisprudence en procès », *JCP*, n° 18, 2016, p. 937-942
- DUPRÉ DE BOULOIS, X., « Droits fondamentaux et présomption de préjudice », *RDLF*, chron. n° 10, 2012
- DUPRÉ DE BOULOIS, X., « Les droits fondamentaux des personnes morales – 1^{ère} partie », *RDLF*, chron. n° 15, 2011 ; « Les droits fondamentaux des personnes morales – 2^e partie », *RDLF*, chron. n° 17, 2011 ; « Les droits fondamentaux des personnes morales – 3^e partie », *RDLF*, chron. n° 1, 2012
- DUPRÉ DE BOULOIS, X., « Les notions de libertés et de droits fondamentaux en droit privé », *JCP*, n° 49, 2007, p. 11-19
- EDEL, F., « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination », *Droits*, n° 61, 2015/1, p. 117-142
- EDEL, F., « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *Droits*, n° 49, 2009/1, p. 213-242
- ENCINAS DE MUNAGORRI, R., « L'ouverture de la Cour de cassation aux *amici curiae* », *RTD civ.*, 2005, p. 88 et s.
- ENCINAS DE MUNAGORRI, R., « Quel statut pour l'expert ? », *RFAP*, n° 103, 2002/3, p. 379-389
- ENJOLRAS, L. « La protection du droit d'ester en justice des salariés contre leur employeur », *RDT*, 2016, p. 433 et s.
- FABRE-MAGNAN, M., « Totems et tabous en matière de discrimination », *Revue des contrats*, n° 4, 2010, p. 1433 et s.

- FASSIN, D., « L'invention française de la discrimination », *Revue française de science politique*, vol. 52, 2002/4, p. 403-423
- FERRAND, L., « La Halde : bilan et perspectives. Entretien avec Luc Ferrand, directeur des affaires juridiques de la Halde », *Rev. Proc.*, n° 11, dossier 3, 2007
- FERRÉ, N., « La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme », *Sociétés contemporaines*, n° 53, 2004/1, p. 33-55
- FLÜCKIGER, A., « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des loi », *Revue européenne des sciences sociales*, vol. 45, n° 138, 2007, p. 83-101
- FLÜCKIGER, A., « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2007
- FONDIMARE, E., « 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 ? », *RevDH*, n° 11, 2017
- FONDIMARE, E., « La difficile appréhension juridictionnelle des discriminations indirectes fondées sur le sexe », *RevDH*, n° 9, 2016
- FORTIS, E., « Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités », *AJ Pénal*, 2008, p. 303 et s.
- FONTAYNE, P., SARRAZIN, P. et FAMOSE, J-P., « Les pratiques sportives des adolescents : une différenciation selon le genre », *Staps*, 2001/2, p. 23-37
- FRISON-ROCHE, M-A. et BARANÈS, W., « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D.*, 2000, p. 361 et s.
- FRISON-ROCHE, M-A. et BARANÈS, W., « Le souci de l'effectivité du droit », *D.*, 1996, p. 301 et s.
- GAURIAU, B., « Les accords collectifs relatifs à la diversité », *Dr. Soc.*, 2008, p. 1060 et s.
- GAUDREAULT-DESBIENS, J-F., « De l'essai en droit ou du droit à l'essai dans la doctrine ? », *RIEJ*, vol. 65, 2010/2, p. 135-177
- GESLOT, C., « Égalité devant la loi sociale et discriminations positives », *AJDA*, 2006, p. 1961 et s.
- GHERARDI, É., « Réflexions sur la nature juridique des transactions pénales », *RFDA* 1999, p. 905 et s.
- GIL-ROBLÈS, A., « Défenseur du peuple espagnol et garanties constitutionnelles », *RFAP*, n° 139, 2011/3, p. 477-485
- GJIDARA-DECAIX, S., « Les règles de répartition des frais en procédure civile », *RIDC*, vol. 62, n° 2, 2010, p. 325-360
- GOMA, R., « De la responsabilité de l'État pour inobservation du délai raisonnable par la justice », *AJDA*, 2013, p. 564 et s.
- GOUBEAUX, G., « Il était une fois... la Doctrine », *RTD civ.*, 2004, p. 239 et s.
- GRAEFFLY, R., « Vers une unification des politiques publiques de lutte contre les discriminations », *AJDA*, 2005, p. 934 et s.
- GRATTON, L. et LECLERC, O., « Action en justice et mesures de rétorsion », *RDT*, 2014, p. 321 et s.
- GRÜNDLER, T., « Tous discriminés ? », *RDLF*, chron. n° 33, 2017

- GRUMBACH, T. et SERVERIN, E., « L'audience initiale devant le Conseil de prud'hommes : de sa phase de conciliation à sa phase juridictionnelle », *Dr. Ouvrier*, n° 735, 2009, p. 469-483
- GRUMBACH, T. et SERVERIN, E., « Rappels et illustrations de l'office du juge devant le bureau de conciliation prud'homale. Une véritable audience initiale », *RDT*, 2009, p. 53 et s.
- GUASTINI, R., « Lex Superior. Pour une théorie des hiérarchies normatives », *REVUS*, n° 21, 2013, p. 47-55
- GUASTINI, R., « Le "point de vue" de la science juridique », *RIEJ*, vol. 59, 2007/2, p. 49-58
- GUEGAN-LECUYER, A., « Les conditions de réparation de la perte de chance », *LPA*, n° 218, 2013, p. 15 et s.
- GUIRAUDON, V., « Construire une politique européenne de lutte contre les discriminations : l'histoire de la directive "race" », *Sociétés contemporaines*, n° 53, 2004, p. 11-32
- GUIOMAR, F., « La preuve des discriminations syndicales dans l'action de groupe », *RDT*, 2018, p. 866 et s.
- GUIOMAR, F., « L'action de groupe dans le projet de loi sur la justice du XXI^e siècle : un texte d'anesthésie ? », *RDT*, 2016, p. 52 et s.
- HACHEMI, A., « L'action de groupe devant la juridiction administrative », *RDP*, n° 5, 2017, p. 1203 et s.
- HENNETTE-VAUCHEZ, S., « Discrimination indirecte, genre et liberté religieuse : encore un rebondissement dans les affaires du voile », *AJDA*, 2012, p. 163 et s.
- HENNETTE-VAUCHEZ, S. et ROMAN, D., « Des usages stratégiques de l'argumentation juridique : retour sur la tierce intervention de REGINE à l'occasion de la décision du Conseil constitutionnel n° 2015-465 QPC, conférence des présidents d'université », *RevDH*, n° 12, 2017
- HERNU, R., « Le principe d'égalité et le principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la CJUE », *Titre VII*, n° 4, 2020
- HERRERA, C. M., « Concepts juridiques et contraintes de l'argumentation », *Droits*, n° 55, 2012/1, p. 3-22
- HOFFSCHIR, N. et ORIF, V., « La lutte contre les discriminations et les freins à la mise en œuvre des mesures d'instruction en droit du travail », *RevDH*, n° 9, 2016
- HOPF, H., « Harcèlement : le droit autrichien à l'aune des directives européennes », *SSL*, n° 1236, 14 novembre 2005
- HUGLO, C., « La médiation et le juge dans l'ordre administratif (1^{re} partie) », *LPA*, n° 81, 23 avril 1999, p. 4 et s.
- JEAMMAUD, A., « La part de la recherche dans l'enseignement du droit », *Jurisprudence. Revue critique*, 2010, p. 181-214
- JEAMMAUD, A. et SERVERIN, É., « Évaluer le droit », *D.*, 1992, p. 263 et s.
- JENNEQUIN, A., « L'intelligibilité de la norme dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *RFDA*, 2009, p. 913 et s.
- JESTAZ, P., « "Doctrines" VS sociologie. Le refus des juristes », *Droit et société*, n° 92, 2016/1, p. 139-157
- JESTAZ, P. et JAMIN, C., « L'entité doctrinale française », *D.*, 1997, p. 167 et s.

- JOBARD, F., « Mesurer les discriminations selon l'apparence : une analyse des contrôles d'identité à Paris », *Population*, vol. 67, 2012/3, p. 423-451
- JOBARD, F., « Police, justice et discriminations raciales », *Cahiers libres*, 2006, p. 211-229
- JOUANJAN, O., « Logiques de l'égalité », *Titre VII*, n° 4, 2020
- JOUANJAN, O., « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *Jus politicum*, n° 7, 2012
- JOUANJAN, O., « Réflexions sur le principe d'égalité devant la loi », *Droits*, n° 16, 1992, p. 131-139
- JOUHANNAUD, C., DU QUELLENNEC, A., PEREZ, M. et MINONZIO, J., « Le Défenseur des droits, un acteur clé dans la défense et la promotion des droits sociaux », *Informations sociales*, n° 178, 2013/4, p. 104-111
- JORDA, J., « Le délai raisonnable et le droit disciplinaire de la fonction publique », *AJDA*, 2002, p. 13 et s.
- JUNTER, A. et SÉNAC-SLAWINSKI, R., « La diversité : sans droit ni obligation », *Revue de l'OFCE*, n° 114, 2010/3, p. 167-195
- KALINOWSKI, G., « Un aperçu élémentaire des modalités déontiques », *Langages*, n° 43, 1976, p. 10-18
- KASSOUL, H., « Quelle sanction pour la violation du délai raisonnable de jugement ? », *Gaz. Pal.*, n° 264, 2015
- KOMBILA, H., « Les entraves à l'approche "intersectionnelle" canadienne de la discrimination », *RevDH*, n° 9, 2016
- KOUAM, S. P., « La définition du juriste et la redéfinition de la dogmatique juridique (à propos du syncrétisme méthodologique) », *Les Cahiers du droit*, vol. 55, n° 4, 2014, p. 877-922
- KRIEGK, J-F., « Le délai raisonnable en droit positif européen ou français », *LPA*, n° 5, 2012, p. 6 et s.
- KRIEGK, J-F., « Le délai raisonnable : office du juge et office de l'autorité publique », *LPA*, n° 127, 2003, p. 4 et s.
- LAMARCHE, L., « Les institutions de défense et de promotion des droits de la personne et du citoyen au Québec : un chais apparent », *RFAP*, n° 139, 2011/3, p. 487-498
- LAMARCHE, L. et POIRIER, F., « L'accès au Tribunal des droits de la personne : une fréquence modulée », *Revue du Barreau du Québec*, tome 57, n° 4, 1997, p. 785-912
- LAMY, B., « Chronique de droit pénal constitutionnel – France – Où l'on apprend que la transaction pénale n'est pas pénale... parce que l'intéressé consent », *RSC*, n° 3, 2015, p. 705-721
- LANQUETIN, M-T, « Lutte contre les discriminations dans l'emploi : panorama juridique européen », *Informations sociales*, n° 151, 2009/1, p. 52-59
- LANQUETIN, M-T, « Égalité, diversité et... discrimination multiple », *Travail, genre et société*, n° 21, 2009/1, p. 91-106
- LANQUETIN, M-T, « La double discrimination à raison du sexe et de la race ou de l'origine ethnique », *Migrations Études*, n° 126, 2004, p. 1-14
- LANQUETIN, M-T, « Un tournant en matière de preuve des discriminations », *Dr. Soc.*, 2000, p. 589 et s.

- LANQUETIN, M-T, « La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire », *Dr. Soc.*, 1995, p. 435 et s.
- LAPÉROU-SCHENEIDER, B., « À la recherche d'une cohérence de l'exercice par les associations d'exercer le droit reconnu à la partie civile », *Droit pénal*, n° 7-8, étude 13, 2016
- LARDEUX, G., « Le droit à la preuve : tentative de systématisation », *RTD civ.*, 2017, p. 1 et s.
- LASCOUMES, P. et SERVERIN, É., « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et société*, n° 2, 1986, p. 101-124
- LASSERRE CAPDEVILLE, J., « La preuve des discriminations : le regard du pénaliste », *Dr. Soc.*, 2020, p. 338 et s.
- LASSERRE CAPDEVILLE, J., « Le testing », *AJ pénal*, 2008, p. 310 et s.
- LASSERRE-KIESOW, V., « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXI^e siècle », *D.*, 2002, p. 1157 et s.
- LATRAVERSE, S., « La lutte contre les discriminations au travail par le Défenseur des droits », *Dr. Soc.*, 2020, p. 288 et s.
- LATRAVERSE, S., « Tradition française et politique européenne de lutte contre les discriminations », *Informations sociales*, n° 125, 2005/5, p. 94-102
- LAULOM, S., « Les recours judiciaires et extra-judiciaires contre les discriminations », *RDT*, 2015, p. 91 et s.
- LAULOM, S., « L'interdiction des discriminations », *SSL*, n° 1582, 2013
- LEBEN, C., « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP*, 1982, p. 295-361
- LEDUC, F., « La perte de chance : rapport de synthèse », *LPA*, n° 218, 2013, p. 51 et s.
- LE GARS, J-M., « La conciliation par le juge administratif », *AJDA*, 2008, p. 1468 et s.
- LEGRAND, A., « Ombudsmän nordiques et Défenseur des droits », *RFAP*, n° 139, 2011/3, p. 499-506
- LEJEUNE, A. et ORIANNE, J-F., « Choisir des cas exemplaires : la strategic litigation face aux discriminations », *Déviance et société*, vol. 38, 2014/1, p. 55-76
- LEMAIRE, F., « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *RFDA*, 2010, p. 301 et s.
- LEPAGE, A., « Les motifs discriminatoires : regard du pénaliste », *Dr. Soc.*, 2020, p. 298 et s
- LEROY, Y., « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, n° 79, 2011/3, p. 715-732
- LEVADE, A., « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, n° 111, 2004/4, p. 55-71
- LOCHAK, D., « La notion de discrimination », *Confluences méditerranée*, n° 48, 2004/1, p. 13-23
- LOCHAK, D., « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. Soc.*, n° 11, 1987, p. 778-790
- LÖHRER, D., « La fonction d'aide à l'accès au juge du Défenseur des droits », *RFDC*, n° 121, 2020, p. 189-221

- LOISEAU, G., « Les armes de la HALDE ne blessent pas le principe du procès équitable », *JCP S*, n° 24, 2010
- LOISEAU, G., « Petites leçons de droit social sur le profilage des discriminations », *Revue des contrats*, n° 4, 2010, p. 1436 et s.
- LOISEAU, G., « La Halde : quelle autorité ? », *Dr. Soc.*, 2009, p. 142 et s.
- LUCAZEAU, G., « Le délai raisonnable est-il bien raisonnable ? », *JCP*, n° 3, 2009, p. 21-26
- LUCHAIRE, F., « Un Janus constitutionnel : l'égalité », *RDP*, n° 102, 1986, p. 1229-1274
- MAGNON, X., « En quoi le positivisme – normativiste – est-il diabolique ? », *RTD Civ.*, 2009, p. 269 et s.
- MAILLARD-PINON, S., « La justification des discriminations dans l'emploi – Le regard du travailiste », *Dr. Soc.*, 2020, p. 310 et s.
- MALAURIE, P., « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs*, n° 114, 2005/3, p. 131-137
- MARGUÉNAUD, J-P. et MOULY, J., « Le Comité européen des droits sociaux, un laboratoire d'idées sociales méconnu », *RDP*, n° 3, 2011, p. 685 et s.
- MARGUÉNAUD, J-P. et MOULY, J., « Le respect d'un délai raisonnable : une exigence renforcée par la Cour européenne des droits de l'homme dans les litiges du travail », *D.*, 2001, p. 2787 et s.
- MARTIN, D. et LATRAVERSE, S., « Approche comparative du droit de la non-discrimination », *RDT*, 2008, p. 760 et s.
- MARTIN, P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? », *RIDC*, vol. 63, n° 3, 2011, p. 585-608
- MASSE-DESSEN, H. et COSTA, E., « La médiation devant les juridictions administratives aujourd'hui », *AJDA*, 2019, p. 2158 et s.
- MATHIEU, B., « La normativité de la loi : une exigence démocratique », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2007
- MATSOPOULOU, H., « La responsabilité pénale de l'employeur », *Dr. Soc.*, 2020, p. 343 et s.
- MAURICE, S., « Le contentieux administratif et les associations (1^{ère} partie) », *JA*, n° 166, 1997, p. 25 et s.
- MAYAUD, Y., « La HALDE, une trop "Haute" autorité ? Propos hétérodoxes sur un transfert de répression », *Dr. Soc.*, 2007, p. 930 et s.
- MAZEAUD, P., « 2, rue de Montpensier : un bilan », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008
- MAZOUZ, S., « Ni juridique, ni politique. L'anti-discrimination en pratique dans une commission pour la promotion de l'égalité des chances et de la citoyenneté », *Droit et société*, n° 86, 2014/1, p. 11-32
- MEDARD INGHILTERRA, R., « La discrimination, un concept polymorphe à étreindre », *Délibérée*, n° 7, 2019/2, p. 27-33
- MEDARD INGHILTERRA, R., « Fragmentation et défragmentation du droit antidiscriminatoire », *RevDH*, n° 15, 2019
- MEDARD INGHILTERRA, R., « Face à la fragmentation matérielle et formelle, plaider la consolidation du droit antidiscriminatoire en France », *Les Cahiers de la LCD*, n° 6, 2018/1, p. 37-55

- MEDARD INGHILTERRA, R., « Le droit à la non-discrimination fait peau neuve : brèves considérations sur les incidences de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *RDLF*, chron. n° 27, 2016
- MÉLIN-SOUCRAMANIEN, F., « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, 2010
- MÉLIN-SOUCRAMANIEN, F., « Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires », *RFDA* 1997, p. 906 et s.
- MERCAT-BRUNS, M., « Les différentes figures de la discrimination au travail : quelle cohérence ? », *RDT*, 2020, p. 25 et s.
- MERCAT-BRUNS, M., « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ? », *RevDH*, n° 14, 2018
- MERCAT-BRUNS, M., « Le droit de la non-discrimination, une nouvelle discipline en droit privé ? », *D.*, 2017, p. 224 et s.
- MERCAT-BRUNS, M., « Racisme au travail : les nouveaux modes de détection et les outils de prévention », *Dr. Soc.*, 2017, p. 361 et s.
- MERCAT-BRUNS, M., « Les discriminations multiples et l'identité au travail au croisement des questions d'égalité et de libertés », *RDT*, 2015, p. 28 et s.
- MERCAT-BRUNS, M., « L'identification de la discrimination systémique », *RDT*, 2015, p. 672 et s.
- MERCAT-BRUNS, M., « La personne au prisme des discriminations indirectes », *D.*, 2013, p. 2475 et s.
- MERCAT-BRUNS, M., « Égalité salariale, discriminations individuelles et systémiques. Un éclairage de la jurisprudence américaine », *Revue de l'OFCE*, n° 114, 2010/3, p. 95-112
- MERCAT-BRUNS, M., et BOUSSARD-VERRECCHIA, E., « Appartenance syndicale, sexe, âge et inégalité : vers une reconnaissance de la discrimination systémique ? », *RDT*, 2015, p. 660 et s.
- MEZAGUER, M., « L'appréciation du délai raisonnable de jugement par le Conseil d'État : la mise en lumière d'un principe structurant du droit administratif », *Dr. Adm.*, n° 7, étude 13, 2014
- MICHAUD, C., « La preuve des discriminations en droit du travail », *JCP S.*, n° 46, 2012
- MILANO, L., « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », *RDP*, n° 3, 2006, p. 637 et s.
- MILLARD, É., « Point de vue interne et science du droit : un point de vue empirique », *RIEJ*, vol. 59, 2007/2, p. 59-71
- MILLARD, É., « La hiérarchie des normes. Une critique sur un fondement empiriste », *REVUS*, n° 21, 2013, p. 163-199
- MINCKE, C., « Effets, effectivité, efficacité et efficience du droit : le pôle réaliste de la validité », *RIEJ*, n° 40, 1998, p. 115-151
- MODERNE, F., « Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif », *RFDA*, 1996, p. 43 et s.
- MOIZARD, N., « Les discriminations indirectes : la mission complexe des partenaires sociaux dans l'entreprise », *Dr. Soc.*, 2020, p. 320 et s.
- MOLFESSIS, N., « Simplification du droit et déclin de la loi », *RTD civ.*, 2004, p. 155 et s.

- MONCHATRE, S., « Petits arrangements avec la diversité. Le recrutement entre marché et mobilisation salariale », *Revue française de sociologie*, vol. 55, 2014/1, p. 41-72
- MOREAU, M-A., « Les justifications des discriminations », *Dr. Soc.*, 2002, p. 1112 et s.
- MOUCHETTE, J., « L'"autonomie budgétaire" du Défenseur des droits : complément ou obstacle à son indépendance ? », *RFAP*, n° 99, 2014/3, p. 557-580
- NICOLAS-VULLIERME, L., « Le "délai raisonnable" ou la mesure du temps », *LPA*, n° 1, 2005, p. 3 et s.
- NIEL, S., « Faut-il un plan anti-Halde ? », *Cahiers du DRH*, n° 135, 2007
- NIORÉ, V., « La HALDE, ni partie, ni témoins », *Gaz. Pal.*, n° 272, 2007, p. 2 et s.
- NOREAU, P., « L'épistémologie de la pensée juridique : de l'étrangeté... à la recherche de soi », *Les Cahiers du droit*, vol. 52, n° 3-4, 2011, p. 687-710
- ORIF, V., « L'élaboration dans la loi J21 d'un modèle général d'action de groupe : un essai à transformer », *Gaz. Pal.*, n° 5, 2017, p. 80 et s.
- OST, F., « Dogmatique juridique et science interdisciplinaire du droit », *Rechtstheorie*, vol. 17, n° 1, 1986, p. 89-110
- OUDOT, P., « La perte de chance : incertitude sur un préjudice incertain », *Gaz. Pal.*, n° 57, 2011, p. 8 et s
- PÉCAUT-RIVOLIER, L., « Les discriminations collectives en entreprise sont, pour l'essentiel, des discriminations systémiques », *LCS*, n° 259, 2014, p. 11 et s.
- PELLOUX, R., « Les nouveaux discours sur l'inégalité et le droit public français », *RDP*, 1982, p. 909-927
- PERRIER, J-B., « La transaction pénale et l'erreur du Conseil constitutionnel », *D.*, 2014, p. 2503 et s.
- PÉRU-PIROTTE, L., « La lutte contre les discriminations : loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 », *JCP S.*, n° 23, 2008
- PETTIT, F., « L'action de substitution, un cadeau promis à un avenir meilleur », *Dr. Soc.*, 2004, p. 262 et s.
- PETTIT, S. et COHEN, C., « La HALDE a-t-elle sa place devant les juridictions ? », *D.*, 2008, p. 1519 et s.
- PEULVÉ, C., « Médiation et conciliation – Des jumeaux... vrais ou faux ? », *Gaz. Pal.*, n° 179, 2011, p. 17 et s.
- PLANES, P., « L'action en justice des associations », *JA*, n° 388, 2008, p. 12 et s.
- PLUYETTE, G., « La médiation judiciaire », *Gaz. Pal.*, spéc., 1998, p. 702 et s.
- PIERRE-MAURICE, S., « Vers la fin des ordonnances sur requêtes préventives probatoires ? », *D.*, 2009, p. 143 et s.
- POINSOT, M., « Lutte contre le racisme, l'antisémitisme et les discriminations : actualité et collaboration avec le Musée national de l'histoire de l'immigration », *Hommes et Migrations*, n° 1324, 2019, p. 132-139
- PONCET, S., « La HALDE respecte-t-elle les garanties fondamentales de la personne mise en cause ? (1^{ère} partie) », *JSL*, n° 291, 2011

- PONCET, S., « La HALDE respecte-t-elle les garanties fondamentales de la personne mise en cause ? (2^e partie) », *JSL*, n° 292, 2011
- PORTA, J., « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2^e partie) », *RDT*, 2011, p. 354 et s.
- PORTA, J., « Discrimination, égalité et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination. 1^{ère} partie », *RDT*, 2011, p. 290 et s.
- QUARANTA, A., « L'emprise de la discrimination », *Juris Tourisme*, n° 170, 2014, p. 19 et s.
- RENAUDIE, O., « La genèse complexe du Défenseur des droits », *RFAP*, n° 139, 2011/3, p. 397-408
- REVILLARD, A., « Une expérience de médiation institutionnelle : le Médiateur de la République », *Informations sociales*, n° 170, 2012/2, p. 91-98
- REVILLARD, A., « La médiation institutionnelle : un foisonnement de dispositifs », *Informations sociales*, n° 170, 2012/2, p. 99-101
- RICHARD, D., « Action en justice – L'intervention des associations dans les procédures contentieuses : un rôle et des pièges de plus en plus importants au vu des jurisprudences les plus récentes », *JA*, n° 299, 2004, p. 9 et s.
- RODOPOULOS, I., « 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 ? », *RevDH*, n° 9, 2016
- ROMAN, D., « La discrimination fondée sur la condition sociale, une catégorie manquante du droit français », *D.*, 2013, p. 1911 et s.
- ROMAN, D., « Les enjeux juridiques du non-recours aux droits », *RDSS*, 2012, p. 603 et s.
- ROSENFELD, M., « L'égalité et la tension dialectique entre l'identité et la différence », *Constitutions*, 2010, p. 177 et s.
- ROULHAC, C., « La doctrine et les droits de l'homme : penser et/ou militer ? », *RDLF*, chron. 25, 2019
- ROUSSEL, S. et NICOLAS, C., « Discrimination : la preuve par statistique », *AJDA*, 2017, p. 2193 et s.
- ROUVIÈRE, F., « Le fondement du savoir juridique », *RTD civ.*, 2016, p. 279 et s.
- ROZEC, P. et MANIGOT, V., « L'intervention en justice de la HALDE : une égalité des armes en trompe l'œil ? », *JCP S*, n° 6, 2011
- ROZEC, P. et MANIGOT, V., « La place de la HALDE dans le paysage judiciaire », *JCP S*, n° 28, 2010
- SABARD, O., « L'évaluation de la perte de chance par le juge judiciaire », *LPA*, n° 218, 2013, p. 23 et s.
- SAGARDOYTHO, T., « Le droit pénal de la discrimination : un droit à construire », *AJ pénal*, 2008, p. 313 et s.
- SAÏD, K., « La loi du 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations : vers l'admission d'une justification des discriminations », *RDT*, 2008, p. 389 et s.
- SAMSON, M., « Les dommages punitifs en droit québécois : tradition, évolution et... révolution ? », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, n° 42, 2012, p. 159-201

SANTORINEOS, A-M., « L'accès à la justice en matière de droits de la personne : le difficile accès au Tribunal des droits de la personne », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, n° 14, 2012, p. 49-81

SAUVÉ, J-M., « État de droit et efficacité », *AJDA*, 1999, p. 119 et s.

SÉNAC, R., « La promotion de la diversité dans la fonction publique : de l'héritage républicain à une méritocratie néolibérale », *RFAP*, n° 153, 2015/1, p. 165-182

SENGHOR, R., « Les grands chantiers du Défenseur des droits », *RFAP*, n° 139, 2011/3, p. 507-515

SERENO, S., « La preuve des discriminations en droit du travail », *Dr. Soc.*, 2020, p. 332 et s.

SERENO, S., « Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi : un bilan en demi-teinte ou quand la volonté ne suffit pas... », *RDT*, 2019, p. 422 et s.

SERENO, S., « Les actions de groupe issues de la loi J21 : outil de modernisation de la justice (sociale) ? », *Gaz. Pal.*, n° 20, 2017, p. 86 et s.

SERVERIN, É., « Points de vue sur le droit et processus de production des connaissances », *RIEJ*, vol. 59, 2007/2, p. 73-91

SERVERIN, É., « Quels faits sociaux pour une science empirique du droit ? », *Droit et société*, n° 50, 2002/1, p. 59-69

SIMON, P. « Discriminations négatives – Pour une politique contre le délit de faciès », *Mouvements*, n° 44, 2006, p. 101-107

SIMONIAN-GINESTE, H., « Du Médiateur de la République au Défenseur des droits », *Revue Miroirs*, n° 2, 2015, p. 66-85

SINAMONTI, S., « Le développement de la transaction en matière pénale », *AJ pénal*, 2015, p. 460 et s.

SINTEZ, C., « La perte de chance, une notion en quête d'unité », *LPA*, n° 218, 2013, p. 9 et s.

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

SLAMA, S., « La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ? », *RevDH*, n° 9, 2016

SLAMA, S., « Les pouvoirs du Défenseur des droits : une cote mal taillée ? », *RFAP*, 2011/3, p. 461-476

STRICKLER, S., « Pour une nouvelle approche de la provision *ad litem* », *D.*, 2013, p. 2588 et s.

SUPIOT, A., « Ontologie et déontologie de la doctrine », *D.*, 2013, p. 1421 et s.

SURREL, H., « La sanction des discriminations par la Cour européenne des droits de l'homme », *Titre VII*, n° 4, 2020

SWEENEY, M., « Les critères discriminatoires – Vision du travailliste », *Dr. Soc.*, 2020, p. 293 et s.

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

TANDÉ, A., « La notion de discrimination dans les discours de l'action publique en France (1992-2005) », *Informations sociales*, n° 148, 2008/4, p. 20-31

TAQUET, F., « Les nouveaux moyens de lutte contre la discrimination », *Gaz. Pal.*, n° 61, 2002, p. 2 et s.

TEITGEN-COLLY, C., « La Commission nationale consultative des droits de l'homme et la création du Défenseur des droits », *RFAP*, n° 139, 2011/3, p. 409-420

THARAUD, D., « Pour une réforme des motifs de discrimination et peut-être un peu plus... », *Revue générale du droit*, 2019

THARAUD, D., « Étude critique du motif de discrimination résultant de la vulnérabilité économique », *RDLF*, chron. n° 5, 2017

TOUBON, J., « Lutter contre les discriminations et promouvoir l'égalité dans l'emploi public : l'action du Défenseur des droits », *RFAP*, 2015/1, p. 183-194

TROPER, M., « Argumentation et explication », *Droits*, n° 54, 2011/2, p. 3-26

TROPER, M., « Ross, Kelsen et la validité », *Droit et société*, n° 50, 2002/1, p. 43-57

TROPER, M., « Pour une définition stipulative du droit », *Droits*, n° 10, 1989, p. 101-104

VALLAT, T., « La vulnérabilité économique : un nouveau critère de discrimination qui intègre la précarité sociale », *Les Cahiers de la LCD*, n° 2, 2016/2, p. 119-126

VEDEL, G., « Le hasard et la nécessité », *Pouvoirs*, n° 50, 1989, p. 15-30

VERGÈS, E., « Provocation policière, loyauté de la preuve et étendue de la nullité procédurale », *AJ pénal*, 2006, p. 354 et s.

C/ - Brèves, commentaires et notes de jurisprudence (revues) :

AMRANI-MEKKI, S., « Du bon usage des mesures d'instruction *in futurum* en matière de discrimination », *Gaz. Pal.*, n° 145, 2013

AUBERT-MONPEYSSSEN, T., « Discrimination syndicale : la charge de la preuve », *JCP EA*, n° 5, 2001, p. 233 et s.

BABONNEAU, M., « Le génie de la 17^e, ce ne sont pas les avocats mais ses magistrats », *Dalloz actualité*, 20 décembre 2013

BACHELET, O., « Principe de célérité procédurale et droit à un recours indemnitaire », *Dalloz actualité*, 12 octobre 2010

BANDON-TOURRET, D., « La perte de chance de survie : quelles conditions d'indemnisation ? », *Gaz. Pal.*, n° 15, 2011, p. 42 et s.

BARÈGE, A., « Variation sur la charge de la preuve d'une discrimination », *JCP S.*, n° 27, 2012

BERLAUD, C., « La communication des pièces utiles à la preuve d'une discrimination », *Gaz. Pal.*, n° 17, 2013

BOSSU, B., « Le licenciement prononcé en violation de la liberté de témoigner est nul », *JCP S.*, n° 6, 2014

BOUTON, J., « Discrimination dans l'emploi et patronyme : une avancée ? », *RDT*, 2012, p. 291 et s.

BRISSY, S., « Discrimination syndicale : pas de dérogation aux règles de preuve devant les juridictions répressives », *JCP*, n° 29-34, 2012

BUGADA, A., « Référé prud'homal : réintégration du salarié sous CDD en cas d'atteinte à la liberté fondamentale d'agir en justice pour obtenir la requalification en CDI », *Rev. Proc.*, n° 4, comm. 107, 2013

CALVÈS, G., « Le droit de la non-discrimination, un droit pour rire », *D.*, 2017, p. 653 et s.

CALVÈS, G., « Motifs illicites de discrimination : poussée de fièvre à l'Assemblée nationale », *D.*, 2016, p. 1500 et s.

CALVÈS, G., « Justice : rendre effectif le droit à la non-discrimination », *Alternatives Économiques*, vol. 358, n° 6, 2016, p. 75.

CALVÈS, G., « La lutte contre les discriminations se rabougrit et se balkanise », *Diversité*, n° 184, 2016/2, p. 17-19

CALVÈS, G., « La discrimination statistique devant la Cour de justice de l'Union européenne : première condamnation », *RDSS*, 2011, p. 645 et s.

CANUT, F., « Charge de la preuve de la discrimination syndicale », *LCS*, n° 268, 2014, p. 649 et s.

CANUT, F., « Discrimination syndicale : règle de la preuve », *LCS*, n° 260, 1^{er} février 2014, p. 1 et s.

CARO, M. et CHAMPEAUX, F., « La première action de groupe devant le TGI de Paris », *SSL*, n° 1809, 29 mars 2018

CASEAU-ROCHE, C., JACOTOT, D. ET ROGUET, E., « L'incidence du rapport de l'inspecteur du travail sur la preuve de la discrimination syndicale », *JCP*, n° 10-11, 2014, p. 483-485

CAVALLINI, J., « Une discrimination par association fondée sur le handicap est contraire au droit communautaire », *JCP S*, n° 43, 2008, p. 24-25

CAVALLINI, J., « Reconnaissance d'un effet direct des directives et preuve des discriminations », *JCP S*, n° 50, 2009

CERF-HOLLENDER, A., « Preuve des discriminations : le "testing" ne sera pas examiné par le Conseil constitutionnel », *EDFP*, n° 4, 15 avril 2015, p. 7 et s.

CESARO, F., « Discrimination syndicale : charge de la preuve », *JCP S*, n° 26, 2007, p. 8 et s.

CESARO, F., « Le droit à une mesure d'instruction *in futurum* pour mettre en œuvre une présomption de discrimination », *JCP S*, n° 21, 2013

CHAMPEAUX, F., « Preuve et justification de la discrimination », *SSL*, n° 1439, 29 mars 2010

CHAMPEIL-DESPLATS, V., « À quoi sert encore le Conseil constitutionnel ? », *Plein droit*, n° 76, 2008, p. 27-31

CHARBONNEAU, C., « La répartition de la charge de la preuve et le rôle du juge dans le contentieux de la discrimination », *LCS*, n° 165, 2004, p. 473 et s.

CHAUVIRÉ, J., « La Halde, l'égalité des armes et le procès équitable », *SSL*, n° 1452, 28 juin 2010

CHHUM, F., « Discrimination : France Télévision doit communiquer à un journaliste salarié l'évolution de carrière de ses 19 collègues », *Village de la justice*, 27 juillet 2018

CHHUM, F. et BOCQUET, M., « Discrimination et référé article 145 du CPC : une salariée obtient les bulletins de paie de ses 16 collègues », *Village de la justice*, 5 novembre 2019

CLUZEL-MÉTAYER, L., « Les collectivités territoriales face aux discriminations dans l'emploi », *Dr. Adm.*, n° 8-9, prat. 3, 2011

CORRIGNAN-CARSIN, D., « Nullité du licenciement consécutif à des accusations non avérées de harcèlement moral », *JCP*, n° 21, 2009

CORTOT, J., « Nullité d'un licenciement motivé en partie par l'action en justice du salarié », *Dalloz actualités*, 16 février 2016

DETRAZ, S., « Discrimination : si ce n'est toi, c'est néanmoins ton frère », *Gaz. Pal.*, n° 34, 2016, p. 48 et s.

DETRAZ, S., « Question prioritaire de constitutionnalité – Constitutionnalité des tests de discrimination », *JCP*, n° 15, 2015, p. 726-729

DETRAZ, S., « Le juge prud'homal ne peut retenir une discrimination niée par le juge pénal », *Gaz. Pal.*, n° 115, 2012, p. 28 et s.

DRIGUEZ, L., « Preuve des discriminations à l'embauche », *Europe*, n° 6, comm. 254, 2012

DRIGUEZ, L., « Preuve des discriminations. Renvoi préjudiciel », *Europe*, n° 10, comm. 364, 2011

DUMORTIER, T., « Les "contrôles au faciès" saisis par la justice », *RevDH, Lettre ADL*, 10 septembre 2015

DUQUESNE, F., « Pas de dérogation à la charge de la preuve de la discrimination anti-syndicale en matière pénale », *RDT*, 2012, p. 426 et s.

EVEILLARD, G., « L'*amicus curiae* devant les juridictions administratives », *Dr. Adm.*, n° 10, comm. 66, 2015

FERRÉ, N., « Vers la reconnaissance de la discrimination systémique. À propos du jugement rendu par le conseil de prud'hommes le 17 décembre 2019 », *RDT*, 2020, p. 178 et s.

FLEURIOT, C., « L'action de groupe s'ouvre à de nouveaux domaines », *Dalloz actualité*, 22 novembre 2016

FLEURIOT, C., « Christiane Taubira veut revaloriser le plafond de l'aide juridictionnelle totale », *Dalloz Actualité*, 18 décembre 2014

FONTEIX, C., « La preuve par *testing* ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux », *Dalloz Actualités*, 25 février 2015

FRISON-ROCHE, M-A., « L'efficacité des décisions en matière de concurrence : notions, critères, typologie », *LPA*, n° 259, 2000, p. 4 et s.

GALLOIS, J., « Discrimination indirecte : caractérisation du délit en raison d'un motif politique concernant un membre de la famille du discriminé », *Dalloz actualité*, 12 septembre 2016

GOURCUFF, M. et GELBLAT, A., « Défenseur des droits (art. 71-1 C.) : conformité sous réserve de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits », *RevDH – Lettre ADL*, 1^{er} avril 2011

GUIOMAR, F., « Le rôle respectif des parties et du juge dans la preuve de discriminations syndicales », *RDT*, 2012, p. 510 et s.

GRAVELEAU, P., « Critères d'appréciation du caractère raisonnable du délai de jugement », *Gaz. Pal.*, n° 43, 2015, p. 29 et s.

HAUTEFORT, M., « Quel est le rôle de la Halde dans un procès prud'homal ? », *JSL*, n° 281-282, 26 juillet 2010

HEMADACHE, F., « Preuve de discrimination : l'établissement de la preuve en procédure de référé », *LPA*, n° 125, 2013, p. 20 et s.

HENRIOT, P., « La HALDE et les droits de la défense », *SSL*, n° 1452, 28 juin 2010

HENRIOT, P., « La HALDE dans le débat judiciaire : une "intervention" qui suscite bien des questions ! », *LPA*, n° 137, 2008, p. 10 et s.

ICARD, J., « Modes de preuve de la discrimination », *LCS*, n° 261, 1^{er} mars 2014

INGELAERE-LEBORGNE, C., « Charge de la preuve en matière syndicale », *Eurojuris*, 24 novembre 2009

JEAMMAUD, A., « Une discrimination peut-elle être justifiée ? », *SSL*, n° 1354, 19 mai 2008

KEBIR, M., « Décret relatif à l'action de groupe du 21^e siècle : précisions procédurales », *Dalloz actualité*, 19 mai 2017

KEBIR, M., « Provision *ad litem* : causes d'exonération et recherche du caractère sérieux de la contestation », *Dalloz actualité*, 25 juin 2015

KEBIR, M., « Provision *ad litem* : exigence d'une obligation non-sérieusement contestable », *Dalloz actualité*, 25 février 2015

LASSERRE CAPDEVILLE, J., « L'article 225-3-1 du Code pénal, régissant le *testing*, est conforme aux droits de la défense et au droit à un procès équitable », *AJ Pénal*, 2015, p. 139 et s.

LAULOM, S., « Égalité de traitement entre les personnes : une directive de trop ? », *RDT*, 2009, p. 8 et s.

LAWSON, R., « Preuve de la discrimination », *LCS*, n° 188, 2007, p. 96 et s.

LHERNOULD, J-P., « L'homme aux boucles d'oreilles : liberté ou égalité ? », *Dr. Soc.*, 2012, p. 346 et s.

LHERNOULD, J-P., « La présidence espagnole planche sur la proposition de directive antidiscrimination », *Liaisons sociales Europe*, n° 245, 18 février 2010

LOISEAU, G., « Discriminations : action collective ou action de groupe ? », *LCS*, n° 273, 2015, p. 191 et s.

LOISEAU, G. et MARTINON, A., « Discriminations : action collective ou action de groupe ? », *LCS*, n° 273, 2015, p. 191 et s.

MANIGOT, V., « Discrimination : demande de mesures d'instruction », *JCP S.*, n° 41, 2013

MEDARD INGHILTERRA, R., « À l'heure du bilan quinquennal, quels défis stratégiques pour le Défenseur des droits ? », *RevDH, Lettre ADL*, 11 mai 2016

MEHREZ, F., « Justice du 21^e siècle : action de groupe en matière de discrimination », *Dalloz actualité*, 8 juillet 2015

MERCAT-BRUNS, M., « Le principe de non-discrimination en raison de l'âge ne constitue pas une liberté fondamentale », *RDT*, 2018, p. 132 et s.

MERCAT-BRUNS, M., « Le jeu des discriminations multiples », *RDT*, 2013, p. 254 et s.

MERCAT-BRUNS, M., « Âge et discrimination : une jurisprudence en gestation », *RDT*, 2011, p. 441 et s.

MINÉ, M., « Discrimination (accès à la preuve) : le rôle confirmé de l'inspecteur du travail devant le juge civil », *RDT*, 2014, p. 188 et s.

MINÉ, M., « Consécration jurisprudentielle de la notion "discrimination indirecte" », *RDT*, 2007, p. 245 et s.

MLAPA, Q., « Rupture discriminatoire de la période d'essai : pas d'indemnité de préavis pour le salarié », *Dalloz actualités*, 8 octobre 2018

MOIZARD, N., « La CJUE limite la reconnaissance de la discrimination multiple », *RDT*, 2017, p. 267 et s.

MOIZARD, N., « Le panel de comparaison dans la preuve des discriminations ou de l'inégalité de traitement », *RDT*, 2016, p. 42 et s.

MOIZARD, N., « Justification d'une discrimination directe et exercice du pouvoir de direction », *RDT*, 2012, p. 159 et s.

MOIZARD, N., « Charge de la preuve d'une discrimination à l'embauche », *RDT*, 2012, p. 497

MOULY, J., « La rupture discriminatoire de la période d'essai ne donne pas droit au préavis », *Dr. Soc.*, 2018, p. 1066 et s.

MOULY, J., « La soumission du pouvoir disciplinaire au principe de l'égalité des armes en cas de litige entre l'employeur et le salarié », *Dr. Soc.*, 2013, p. 1055 et s.

MOULY, J., « Une avancée spectaculaire du droit du salarié d'agir en justice contre l'employeur : la nullité de principe des mesures de rétorsion », *Dr. Soc.*, 2013, p. 415 et s.

MOULY, J., « Procédure. Équité. Intervention de la HALDE à l'instance. Égalité des armes. Principe du contradictoire. Conformité à l'article 6 § 1 Convention EDH », *Dr. Soc.*, 2010, p. 992 et s.

MOUREY, L. et LASSERRE CAPDEVILLE, J., « La charge de la preuve en matière de discrimination syndicale », *Gaz. Pal.*, n° 187, 2012, p. 8 et s.

MUCCHIELLI, J., « Un rapport du Sénat prône le doublement de l'aide juridictionnelle », *Dalloz Actualité*, 10 juillet 2014

ORIF, V., « Le pouvoir disciplinaire de l'employeur face aux exigences du procès équitable », *RDT*, 2014, p. 58 et s.

PANSIER, F-J., « La Halde n'est procéduralement pas une partie », *LCS*, n° 223, 2010, p. 261 et s.

PAULIAT, H., « Services publics – Une discrimination par association peut résulter d'une discrimination indirecte », *JCP AJ*, n° 1, 2016

PERRIER, J-B., « Décret relatif à la transaction "pénale" : entre déception(s) et consolation », *D.*, 2016, p. 135 et s.

PERRIN, L., « Preuve de la discrimination : appréciation globale des éléments de faits », *Dalloz Actualités*, 26 juillet 2011

PERRIN, L., « Conformité de l'audition de la HALDE aux exigences du procès équitable », *Dalloz Actualité*, 22 juin 2010

PEYRONNET, M., « Affaire *Chibanis* : évaluation du préjudice résultant de la discrimination », *Dalloz actualités*, 13 février 2018

POPOV, A., « Mise au point et nouveaux développements européens sur la discrimination directe et la discrimination par association », *RevDH, Lettre ADL*, 8 mars 2016

PORTMANN, A., « Treize mesures pour lutter contre les discriminations au travail », *Dalloz Actualité*, 20 mai 2015

PORTMANN, A., « La CNCDH demande au gouvernement de réévaluer l'aide juridictionnelle », *Dalloz Actualité*, 3 octobre 2013

POUPEAU, D., « Recours à un *amicus curiae* : le juge doit s'en tenir aux observations générales », *Dalloz Actualités*, 12 mai 2015

RADÉ, C., « Discrimination. Preuve. Appréciation. Faits pertinents. Harcèlement. Preuve. Indices pertinents », *Dr. Soc.*, 2010, p. 111 et s.

RADÉ, C., « De l'effectivité du principe "à travail égal, salaire égal" », *Dr. Soc.*, 2008, p. 530 et s.

RIEUBON, A., « Licenciement – Obésité – Motif de discrimination ou handicap ? », *JA*, n° 513, 2015, p. 12

RINGEL, F., « Le "testing" : mode de preuve valable des discriminations raciales », *LPA*, n° 4, 2003, p. 15 et s.

ROZEC, P. et MANIGOT, V., « La preuve des discriminations syndicales : un difficile équilibre », *JCP S*, n° 41, 2011

SAÏD, K., « La justification des mesures discriminatoires : un contrôle limité des juges du fond ? », *RDT*, 2012, p. 364 et s.

SCHMITT, M., « La discrimination par association, nouvelle forme de discrimination prohibée par le droit communautaire », *RDT*, 2009, p. 41 et s.

SERVERIN, E. et GRUMBACH, T., « Discrimination syndicale : le concours des panels ne doit pas être arbitré par la Cour de cassation », *RDT*, 2012, p. 714 et s.

SERVERIN, E. et GRUMBACH, T., « Le statut procédural de la HALDE devant les juridictions civiles après l'arrêt de la Chambre sociale du 2 juin 2010 : ni juge, ni partie, mais représentant de l'intérêt public », *RDT*, 2010, p. 457 et s.

SERVERIN, E. et GRUMBACH, T., « Des devoirs et des pouvoirs des conseillers prud'hommes lors de l'audience initiale », *RDT*, 2009, p. 462 et s.

STRUILLOU, Y., « La condamnation de l'État pour délai excessif de jugement », *RFDA*, 2006, p. 299 et s.

THARAUD, D., « L'affaire Synchrotron, quand l'excellence scientifique et l'égalité matérielle européenne balaient les espoirs de la HALDE... », in *Annuaire de droit européen*, vol. VI, 2008, Bruylant, 2011

VARNEK, A. et KEIM-BAGOT, M., « Discrimination syndicale et injonction de produire une pièce détenue par l'employeur », *RDT*, 2009, p. 105 et s.

VÉRON, M., « Preuve par *testing* », *Dr. Pén.*, n° 3, comm. 46, 2013

D/ - Comptes-rendus d'interventions et *working papers* :

BONICHOT, J-C., « Les discriminations devant la Cour de justice de l'Union européenne, quel bilan ? », in *DÉFENSEUR DES DROITS et al.*, *10 ans de droit de la non-discrimination*, Paris, Défenseur des droits, 2015

BOUSSARD VERRECCHIA, I., « Multiplication des critères de discrimination : de l'écoute de la personne à la qualification des faits et à la stratégie judiciaire », in *DÉFENSEUR DES DROITS et MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE*, *Multiplication des critères de discrimination. Enjeux, effets et perspectives*, Paris, Défenseur des droits, 2018

- CALVÈS, G., « L'inflation législative des motifs illicites de discrimination : essai d'analyse fonctionnelle », in DÉFENSEUR DES DROITS et MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE, *Multiplication des critères de discrimination. Enjeux, effets et perspectives*, Paris, Défenseur des droits, 2018
- CHAPPE, V-A., « Les discriminations syndicales saisies par le droit : la reconnaissance problématique des parcours syndicaux à Peugeot-Citroën », in DÉFENSEUR DES DROITS et MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE, *Multiplication des critères de discrimination. Enjeux, effets et perspectives*, Paris, Défenseur des droits, 2018
- DE BELLOY, F., « Un contentieux des contrôles d'identité discriminatoires », in DÉFENSEUR DES DROITS et *al.*, *10 ans de droit de la non-discrimination*, Paris, Défenseur des droits, 2015
- DEMARD, N., « La "stratégie contentieuse" en matière pénale », in DÉFENSEUR DES DROITS et *al.*, *10 ans de droit de la non-discrimination*, Paris, Défenseur des droits, 2015
- EYDOUX, P., « Stratégies contentieuses et perspectives », in DÉFENSEUR DES DROITS et *al.*, *10 ans de droit de la non-discrimination*, Paris, Défenseur des droits, 2015
- FROUIN, J-Y., « La lutte contre les discriminations et l'emploi », in DÉFENSEUR DES DROITS et *al.*, *10 ans de droit de la non-discrimination*, Paris, Défenseur des droits, 2015
- GOGUEL, F., « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux. Conseil constitutionnel français », in *La Protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe* (Aix-en-Provence, 19-21 février 1981), RIDC, n° 2, vol. XXXIII, 1981
- HUPPÉ, L. et DOUCET, F., « L'imagination au service de l'égalité : les pouvoirs de réparation du tribunal des droits de la personne », Congrès annuel du Barreau du Québec, 2015
- KOMBILA, H., « La multiplicité des critères illicites de discrimination », intervention au colloque de l'Ardis *Discriminations : état de la recherche*, Paris, 9 octobre 2015
- LÖHRER, D., « Défenseur des droits et autorités administratives indépendantes (AAI) préexistantes : rapports sous haute tension », 9^{ème} congrès français de droit constitutionnel, juin 2014
- LOISELLE, M., « L'articulation des critères de discrimination : quels enjeux pour le traitement des réclamations par le Défenseur des droits », in DÉFENSEUR DES DROITS et MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE, *Multiplication des critères de discrimination. Enjeux, effets et perspectives*, Paris, Défenseur des droits, 2018
- MATHIEU, B., « Les décisions créatrices du Conseil constitutionnel », in *Cinquantenaire du Conseil constitutionnel*, 3 novembre 2008 et 30 janvier 2009, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, hors-série, 2009
- MEDARD INGHILTERRA, R., « L'inégale multiplication des critères de discrimination : conséquences et modalités d'harmonisation éventuelle », in DÉFENSEUR DES DROITS et MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE, *Multiplication des critères de discrimination. Enjeux, effets et perspectives*, Paris, Défenseur des droits, 2018
- MERCAT-BRUNS, M., « Confluence des critères discriminatoires en Europe, révélatrice des discriminations systémiques ? », in DÉFENSEUR DES DROITS et MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE, *Multiplication des critères de discrimination. Enjeux, effets et perspectives*, Paris, Défenseur des droits, 2018
- MINÉ, M., « Le concept de discrimination directe et indirecte », Texte révisé de la présentation faite dans le cadre de la conférence « Lutte contre la discrimination : les nouvelles directives de 2000 sur l'égalité de traitement », le 31 mars – 1er avril 2003 à Trèves

- MOUREY, L., « Présentation de l'étude sur le traitement pénal des discriminations à partir de décisions des juridictions répressives françaises », in ASSOCIATION DROIT POUR LA JUSTICE, *Le traitement de la victime de discrimination*, acte du colloque, 20 mars 2011
- PAULIAT, H., « Égalité et non-discrimination en droit administratif français », in *Huitièmes journées René Savatier, Communautés, discriminations et identité*, Paris, LGDJ, 2009
- RINGELHEIM, J., « La non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Bilan d'étape », *CRIDHO Working paper*, 2017
- RORIVE, I., « Le droit européen de la non-discrimination mis au tempo de critères singuliers », in DÉFENSEUR DES DROITS et MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE, *Multiplification des critères de discrimination. Enjeux, effets et perspectives*, Paris, Défenseur des droits, 2018
- SAUVÉ, J.-M., « Le principe d'égalité et le droit de la non-discrimination », in DÉFENSEUR DES DROITS et al., *10 ans de droit de la non-discrimination*, Paris, Défenseur des droits, 2015
- SAUVÉ, J.-M., « La médiation et la conciliation devant la juridiction administrative », Intervention à l'occasion du colloque organisé par le Conseil d'État, en partenariat avec l'Ordre des avocats de Paris et le groupement européen des magistrats pour la médiation à la Maison du Barreau de Paris, 17 juin 2015
- SOLANKE, I., « The anti-stigma principle-centralising intersectionality in the theory of anti-discrimination law », in DÉFENSEUR DES DROITS et MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE, *Multiplification des critères de discrimination. Enjeux, effets et perspectives*, Paris, Défenseur des droits, 2018
- SPINOSI, P., « Droits civils et économiques et discriminations fondées sur la nationalité », in DÉFENSEUR DES DROITS et al., *10 ans de droit de la non-discrimination*, Paris, Défenseur des droits, 2015
- STIRN, B., « Le juge administratif et les discriminations », in DÉFENSEUR DES DROITS et al., *10 ans de droit de la non-discrimination*, Paris, Défenseur des droits, 2015
- SUK, J. C., « L'égalité réelle et la multiplication des critères de discriminations », in DÉFENSEUR DES DROITS et MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE, *Multiplification des critères de discrimination. Enjeux, effets et perspectives*, Paris, Défenseur des droits, 2018
- SWEENEY, M., « La définition jurisprudentielle des motifs discriminatoires », in DÉFENSEUR DES DROITS et MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE, *Multiplification des critères de discrimination. Enjeux, effets et perspectives*, Paris, Défenseur des droits, 2018
- TOUBON, J., « L'avenir du droit à la non-discrimination », in DÉFENSEUR DES DROITS et al., *10 ans de droit de la non-discrimination*, Paris, Défenseur des droits, 2015
- TUFFAL-NERSON, V., « Le recours collectif, prochain enjeu de l'accès au droit en matière de discrimination », in DÉFENSEUR DES DROITS et al., *10 ans de droit de la non-discrimination*, Paris, Défenseur des droits, 2015
- TULKENS, F., « Les évolutions récentes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Ses moments forts, ses ressorts, ses dynamiques », in DÉFENSEUR DES DROITS et al., *10 ans de droit de la non-discrimination*, Paris, Défenseur des droits, 2015

VII/ - SOURCES INSTITUTIONNELLES :

A/ - Rapports institutionnels nationaux :

ASSEMBLÉE NATIONALE (HAMMADI, R., BIES, P. CHAPDELAINÉ, M-A. et CORRE, V.), *Rapport fait au nom de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi "égalité et citoyenneté"*, n° 4191, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 9 novembre 2016

ASSEMBLÉE NATIONALE (HAMMADI, R., BIES, P. CHAPDELAINÉ, M-A. et CORRE, V.), *Rapport fait au nom de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi "égalité et citoyenneté"*, n° 3851, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 17 juin 2016

ASSEMBLÉE NATIONALE (CLÉMENT, J-M. et LE BOUILLONEC J-Y.), *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi de modernisation de la Justice du XXIème siècle*, n° 3726, enregistré à la présidence le 6 mai 2016

ASSEMBLÉE NATIONALE (MOREL-À-L'HUISSIER, P.), *Rapport sur le projet de loi organique (n° 2573) et le projet de loi (n° 2574), adoptés par le Sénat, relatifs au Défenseur des droits*, n°s 2991 et 2992, enregistré le 1^{er} décembre 2010

ASSEMBLÉE NATIONALE (CARESCHÉ, C. et GEOFFROY, G.), *Rapport d'information (n° 1653) déposé par la Commission chargée des affaires européennes sur la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle*, enregistré à la présidence le 6 mai 2009

ASSEMBLÉE NATIONALE (VASSEUR, I.), *Rapport fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi n° 514 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, enregistré à la présidence le 6 février 2008

ASSEMBLÉE NATIONALE (CLÉMENT, P.), *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles sur le projet de loi modifié par le Sénat (n° 1952) portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, n° 1965, enregistré le 1^{er} décembre 2004

ASSEMBLÉE NATIONALE (CLÉMENT, P.), *Rapport fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 1732) portant création de la HALDE*, n° 1827, 17 novembre 2004

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Année 2018*, Paris, La Documentation française, 2019 (également Année 2017 ; Année 2016 ; Année 2015 et Année 2014)

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Prévention des pratiques de contrôle d'identité discriminatoires et/ou abusives*, Avis, 8 novembre 2016

COMMISSION NATIONALE DE DÉONTOLOGIE DE LA SÉCURITÉ, *Rapport 2010 remis au Président de la République et au Parlement*, [en ligne], 2010

CONSEIL D'ÉTAT, *Le Conseil d'État et la justice administrative. Bilan d'activité 2015*, Paris, La Documentation française, 2016

CONSEIL D'ÉTAT, *Étude demandée par le Défenseur des droits le 20 septembre 2013*, étude adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'État le 19 décembre 2013

CONSEIL D'ÉTAT, *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 29 juillet 2010, Paris, Direction de l'information légale et administrative, 2010

CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2006 : Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris, La Documentation française, 2006

CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2004 : Un siècle de laïcité*, Paris, La Documentation française, 2004

CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public de 1996. Sur le principe d'égalité*, Paris, La Documentation française, 1997

CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL (MARIE, L. et PILLARD, J-F.), *Repérer, prévenir et lutter contre les discriminations syndicales*, Paris, La Documentation française, 2017

CONSEIL REPRÉSENTATIF DES ASSOCIATIONS NOIRES DE FRANCE (LOZES, P.) et TNS SOFRES, *La discrimination à l'encontre des populations noires de France*, 2007

CONSEIL SUPÉRIEUR DES PROGRAMMES, *Projet de programme pour le cycle 4*, 9 avril 2015

CONSEIL SUPÉRIEUR DES PROGRAMMES, *Projet de programme pour le cycle 3*, 9 avril 2015

CONSEIL SUPÉRIEUR DES PROGRAMMES, *Projet de socle commun de connaissances, de compétences et de culture*, 12 février 2015

CONSEIL SUPÉRIEUR DES PROGRAMMES, *Projet de socle commun de connaissances, de compétences et de culture*, 8 juin 2014

CONSEIL SUPÉRIEUR DES PROGRAMMES, *Projet d'enseignement moral et civique*, 3 juillet 2014

COUR DE CASSATION, *Étude annuelle 2018. Le rôle normatif de la Cour de cassation*, Paris, Direction de l'information légale et administrative, 2019

COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2012. La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Paris, Direction de l'information légale et administrative, 2013

COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2008. Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Paris, La Documentation française, 2009

COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2003. L'égalité*, Paris, La Documentation française, 2004

COUR DES COMPTES, *Le Défenseur des droits : mission et gestion*, Paris, Cours des comptes, 2014

DÉFENSEUR DES DROITS, *Bilan annuel d'activité 2018*, Paris, Défenseur des droits, 2019 (également *Bilans annuels d'activité 2017, 2016, 2015, 2014, 2013, 2012, 2011*)

DÉFENSEUR DES DROITS, *Les délégués du Défenseur des droits*, Paris, Défenseur des droits, 2019

DÉFENSEUR DES DROITS, *Enquête sur l'accès aux droits. Volume 1 – Relations police / population : le cas des contrôles d'identité*, Paris, Défenseur des droits, 2017

DÉFENSEUR DES DROITS, *Enquête sur l'accès aux droits. Volume 5 – Les discriminations dans l'accès au logement*, Paris, Défenseur des droits, 2017

DÉFENSEUR DES DROITS, *Résultats de l'appel à témoignages. Accès à l'emploi et discriminations liées aux origines*, Paris, Défenseur des droits, 2016

DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport relatif aux relations police / citoyens et aux contrôles d'identité*, [en ligne], 2014

DÉFENSEUR DES DROITS, *L'accès aux droits : construire l'égalité*, Paris, Défenseur des droits, 2013

DÉFENSEUR DES DROITS et OIT, *12^{ème} baromètre de la perception des discriminations en emploi. Édition consacrée aux discriminations syndicales*, Paris, Défenseur des droits, 2019 (également 11^{ème}, 10^{ème}, 9^{ème} et 6^{ème} baromètre, 2018, 2017, 2016 et 2013)

DÉFENSEUR DES DROITS, OIT et IFOP, *8^{ème} baromètre DDD/OIT de perception des discriminations dans l'emploi. Enquête auprès des demandeurs d'emploi*, 2015 (également 7^{ème} baromètre 2014)

DÉFENSEUR DES DROITS, OIT, CONSUMER SCIENCE et ANALYTICS, *Baromètre 5^{ème} édition. Perceptions des discriminations au travail : regards croisés salariés du privé et agents de la fonction publique. Synthèse de l'Institut CSA*, 2012

DÉFENSEURE DES ENFANTS, *Rapport d'activité 2010*, [en ligne], 2010

DILCRA, *Un an de lutte contre le racisme et l'antisémitisme : premières réalisations, premiers résultats*, 2016

DILCRA, *La République mobilisée contre le racisme et l'antisémitisme. Plan national 2015-2017*, 2015

DILCRA, *2014 : une deuxième année d'action pour apprendre à mieux vivre ensemble. Rapport d'activités du Délégué interministériel*, 2014

DILCRA, *2013 : une première année d'action pour apprendre à mieux vivre ensemble. Rapport d'activités du Délégué interministériel*, 2014

DILCRA, *Plan national d'action contre le racisme et l'antisémitisme 2012-2014*, 2012

DIRECTION GÉNÉRALE DE L'ADMINISTRATION ET DE LA FONCTION PUBLIQUE, *Rapport relatif à la lutte contre les discriminations et à la prise en compte de la diversité de la société française dans la fonction publique. Rapport annuel 2018*, Paris, DGAFP, 2019

HALDE, *Suivi de la Charte pour la promotion de l'égalité dans la fonction publique*, Conseil supérieur de la fonction publique de l'État du 24 janvier 2011, Paris, HALDE, 2011

HALDE, *Rapport annuel 2010*, Paris, La Documentation française, 2011 (également *Rapport annuel 2009, 2008, 2007 et 2006*)

HALDE et OIT, *Présentation du 3^e baromètre de l'égalité de la HALDE et de l'OIT*, 2010

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*, 2017

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*, 2014

HAUT-CONSEIL À L'INTÉGRATION, *Lutte contre les discriminations : faire respecter le principe d'égalité*, rapport au Premier ministre, Paris, La Documentation française, 1998

MÉDIATEUR DE LA RÉPUBLIQUE, *Rapport annuel 2010*, Paris, La Documentation française, 2011 (également *Rapport annuel 1980*)

MINISTÈRE DE LA DÉCENTRALISATION ET DE LA FONCTION PUBLIQUE, *Bilan de la Charte pour la promotion de l'égalité et la lutte contre les discriminations dans la fonction publique*, Paris, Délégation générale de l'administration et de la fonction publique, 2015

MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Annuaire statistique de la Justice. Édition 2011-2012*, Paris, La Documentation française, 2012

MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Les dispositions pénales en matière de lutte contre le racisme, l'antisémitisme et les discriminations*, Paris, Direction des Affaires Criminelles et des Grâces, 2004

MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION NATIONALE ET DE LA JEUNESSE, *Programme du cycle 4. En vigueur à compter de la rentrée de l'année scolaire 2018-2019*, novembre 2018

MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION NATIONALE ET DE LA JEUNESSE, *Programme du cycle 3. En vigueur à compter de la rentrée de l'année scolaire 2018-2019*, novembre 2018

MINISTÈRE DE L'IMMIGRATION, DE L'INTÉGRATION, DE L'IDENTITÉ NATIONALE ET DU DÉVELOPPEMENT SOLIDAIRE, *La promotion de la diversité dans les entreprises*, rapport commandé par le Centre d'analyse stratégique, 2010

OBSERVATOIRE DE LA LAÏCITÉ, *Rapport annuel de l'Observatoire de la laïcité 2015-2016*, [en ligne], 2016 (également *Rapport annuel 2013-2014*)

PREMIER MINISTRE, *Égalité et citoyenneté : la République en actes. Réunion interministérielle du 6 mars 2015*

PREMIER MINISTRE, *Politique d'égalité républicaine et d'intégration. Feuille de route du gouvernement*, 2014

PREMIER MINISTRE, *Comité interministériel de lutte contre le racisme et l'antisémitisme*, 26 février 2013

PREMIER MINISTRE et CONSEIL D'ÉTAT, *Guide de légistique*, 3ème éd., Paris, La Documentation française, 2017

SÉNAT (DÉTRAIGNE, Y.), *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles sur le projet portant application des mesures relatives à la justice du XXIème siècle*, n° 121, enregistré le 28 octobre 2015

SÉNAT (VAUGRENARD, Y.), *Note sur la discrimination à raison de la pauvreté*, décembre 2014

SÉNAT (BENBASSA, E. et LECERF, J.-R.), *Rapport d'information fait au nom de la Commission des lois relatif à la lutte contre les discriminations*, n° 94, 12 novembre 2014

SÉNAT (COURTEAU, R.), *Rapport fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur les stéréotypes masculins et féminins dans les manuels scolaires*, n° 645, enregistré le 19 juin 2014

SÉNAT (VAUGRENARD, Y.), *Rapport fait au nom de la délégation sénatoriale à la prospective sur : comment enrayer le cycle de la pauvreté ? Osons la fraternité ?*, n° 388, enregistré le 19 février 2014

SÉNAT (GÉLARD, P.), *Rapport fait au nom de la commission des lois sur les autorités administratives indépendantes*, n° 616, enregistré le 11 juin 2014

SÉNAT (MEUNIER, M.), *Rapport fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur la proposition de loi relative à l'égalité salariale entre les hommes et les femmes*, n° 334, enregistré le 7 février 2012

SÉNAT (GÉLARD, P.), *Rapport sur le projet de loi organique et sur le projet de loi, modifiés par l'Assemblée nationale, relatifs au Défenseur des droits*, n° 258, enregistré le 26 janvier 2011

SÉNAT (GÉLARD, P.), *Rapport sur le projet de loi organique relatif au Défenseur des droits et sur le projet de loi relatif au Défenseur des droits*, n° 482, enregistré le 19 mai 2010

SÉNAT (DINI, M.), *Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, n° 253, enregistré le 2 avril 2008

SÉNAT (HUMMEL, C.), *Rapport d'information n° 252 (2007-2008) fait au nom de la délégation aux droits des femmes*, déposé le 1^{er} avril 2008

SÉNAT (GÉLARD, P.), *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, n° 404, enregistré le 15 juin 2006

SÉNAT (LE CERF, J.-R.), *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, n° 65, annexé au procès-verbal de la séance du 17 novembre 2004

B/ - Rapports institutionnels européens :

AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Luxembourg, Office de publication de l'Union européenne, 2018

AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE, *L'accès à la justice en cas de discrimination dans l'UE. Vers une plus grande égalité*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2014

AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE, *EU-MIDIS – Enquête de l'Union européenne sur les minorités et la discrimination. La discrimination multiple*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2010

AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE, *EU-MIDIS – Enquête de l'Union européenne sur les minorités et la discrimination. Contrôles de police et minorités*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2010

AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE, *EU-MIDIS – Enquête de l'Union européenne sur les minorités et la discrimination. Sensibilisation aux droits et organismes de promotion de l'égalité*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2010

AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE, *EU-MIDIS – Enquête de l'Union européenne sur les minorités et la discrimination. Les musulmans*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2010

AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE, *EU-MIDIS – Enquête de l'Union européenne sur les minorités et la discrimination. Rapport sur les principaux résultats*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2009

COMMISSION EUROPÉENNE, *Rapport commun sur l'application de la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 et de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000*, COM [2014] 2 final, Bruxelles, janvier 2014

COMMISSION EUROPÉENNE (TOBLER, C.), *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2008

COMMISSION EUROPÉENNE, *Lutte contre la discrimination multiple : pratiques, politiques et lois*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2007

COMMISSION EUROPÉENNE, *Égalité et non-discrimination dans l'Union européenne élargie. Livre vert*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2004

COMMISSION SUR L'ÉGALITÉ ET LA NON-DISCRIMINATION (ZAPPONE, K.), *Améliorer la coopération entre les institutions nationales des droits de l'homme et les parlements en matière d'égalité et de non-discrimination*, rapport (doc. 13506) de la Commission sur l'égalité et la non-discrimination, 30 avril 2014

CONSEIL DE L'EUROPE, *L'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes. Cadre conceptuel, méthodologie et présentation des « bonnes pratiques »*, Strasbourg, Direction des droits de l'homme, 2004

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Conseil des droits de l'homme, 2014

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME (VITKAUSKAS, D. et GRIGORIY, D.), *La protection du droit à un procès équitable par la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Conseil des droits de l'homme, 2012

ECRI, *Recommandation de politique générale n° 7 sur la législation nationale pour lutter contre la discrimination raciale*, CRI(2003)8REV, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2002, amendée en 2017

ECRI, *Rapport de l'ECRI sur la France (cinquième cycle de monitoring)*, (CRI(2016)1), 2016

ECRI, *Rapport de l'ECRI sur la France (quatrième cycle de monitoring)*, (CRI(2010)16), 2010

EQUINET, *Organismes de lutte contre les discriminations. Difficultés et opportunités actuelles*, Bruxelles, Equinet, 2012

C/ - Rapports institutionnels internationaux :

COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, Cent quatorzième session, Observations finales concernant le sixième rapport périodique du Canada, CCPR/C/CAN/CO/6, 13 août 2015

COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, Quatre-vingt-cinquième session, Examen des rapports présentés par les États parties en vertu de l'article 40 du Pacte, Observations finales - Canada, E/C.12/CAN/CO/4-5, 20 avril 2006

COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, Quarante-huitième session, Examen des rapports présentés par les États parties conformément aux articles 16 et 17 du Pacte, Observations finales – France, E/C.12/CRA/CO/4, 24 juin 2016

COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, Trente-sixième session, Examen des rapports présentés par les États parties conformément aux articles 16 et 17 du Pacte, Observations finales – Canada, E/C.12/CAN/CO/4 et E/C.12/CAN/CO/5, 22 mai 2006

COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, Cinquante-septième session, Examen des rapports présentés par les États parties conformément aux articles 16 et 17 du Pacte, Observations finales – Canada, E/C.12/1/Add.31, 10 décembre 1998

COMITÉ DES DROITS DES PERSONNES HANDICAPÉES, Observation générale n° 6 sur l'égalité et la non-discrimination, CRPD/C/GC/6, 26 avril 2018

COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE, Quatre-vingtième session, Examen des rapports présentés par les États parties conformément à l'article 9 de la Convention, Observations finales – Canada, CERD/C/CAN/CO/19-20, 4 avril 2012

COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE, Soixante-seizième et soixante-dix-septième sessions, Examen des rapports présentés par les États parties conformément à l'article 9 de la Convention, Observations finales, A/65/18, 2010

COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE, Soixante-dixième et soixante et onzième sessions, Examen des rapports présentés par les États parties conformément à l'article 9 de la Convention, Observations finales – Canada, CERD/C/CAN/CO/18, 25 mai 2007

COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE, Soixante-sixième et soixante-septième sessions, Examen des rapports présentés par les États parties conformément à l'article 9 de la Convention, Observations finales, A/60/18, 2005

COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES FEMMES, Quarante-deuxième session, Observations finales – Canada, CEDAW/C/CAN/CO/7, 7 novembre 2008

D/ - Rapports institutionnels canadiens :

CENTRE D'ASSISTANCE JURIDIQUE SUR LES DROITS DE LA PERSONNE, *Rapport annuel, 2017-2018*, Toronto, CAJDP, 2018 (également *Rapports 2016-2017, 2015-2016, 2014-2015, 2013-2014, 2012-2013, 2011-2012, 2010-2011, 2009-2010, 2008-2009*)

COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Rapport annuel au Parlement 2014*, Ottawa, ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 2015 (également *Rapports annuels 2013, 2012 et 2011*)

COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE (CLÉMENT, D., SILVER, W. et TROTTIER, D.), *L'évolution des droits de la personne au Canada*, Ottawa, ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 2012

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU NOUVEAU-BRUNSWICK, *2014-2015 Rapport annuel*, Whitehorse, CDPNB, 2015 (également *Rapport annuel 2013-2014*)

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE DU QUÉBEC, *Rapport d'activités et de gestion 2015-2016*, Québec, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2016 (également *Rapports d'activité 2014-2015, 2013-2014, 2012-2013, 2011-2012, 2010-2011, 2009-2010, 2008-2009, 2007-2008, 2006-2007, 2005-2006, 2004-2005, 2003-2004, 2002-2003*)

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE DU QUÉBEC, *L'accès à l'égalité en emploi. Rapport triennal 2010-2013*, Québec, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2014

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE DU QUÉBEC (CARPENTIER, M.), *La discrimination systémique à l'égard des travailleuses et travailleurs migrants*, cat.2.120-7.29, Montréal, Direction de la recherche, de l'éducation-coopération et de la communication de la CDPDJ, 2012

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE DU QUÉBEC (TURENNE, M.), *Prouver le profilage racial : perspective pour un recours civil*, cat.2.120-1.26, Montréal, Direction de la recherche et de la planification de la CDPDJ, 2006

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE DU QUÉBEC, *Mémoire sur le document de consultation "Vers une politique gouvernementale de lutte contre les discriminations"*, cat.2.120-1.28, Montréal, Direction de la recherche et de la planification de la CDPDJ, 2006

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE DU QUÉBEC (GARON, M. et LEDOYEN, A.), *Le dispositif juridique et administratif de lutte contre les discriminations raciales au Québec et ses résultats d'application*, cat.2.120-1.4, Montréal, Direction de la recherche et de la planification de la CDPDJ, 1999

COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Renouer le dialogue. Renouveler notre engagement. Produire des résultats. Rapport annuel 2015-2016*, Toronto, Gouvernement de l'Ontario, 2016 (également *Rapports annuels 2014-2015, 2013-2014, 2012-2013, 2011-2010, 2009-2010, 2008-2009, 2007-2008, 2006-2007, 2005-2006, 2004-2005, 2003-2004, 2002-2003, 2001-2002, 2000-2001, 1999-2000*)

COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Le renforcement du système ontarien de protection des droits de la personne – ce que nous avons entendu. Rapport de la consultation*, [en ligne], 2005

COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Approche intersectionnelle de la discrimination pour traiter les plaintes relatives aux droits de la personne fondées sur des motifs multiples*, document de travail [en ligne], 2001

FONDATION CANADIENNE DES RELATIONS RACIALES, *Établir des ponts entre tous les canadiens. Rapport annuel 2013-2014*, Toronto, FCRR, 2014 (également *Rapports annuels 2013, 2012 et 2011*)

FONDS D'AIDE AU RECOURS COLLECTIFS, *Rapport annuel 2014-2015*, Québec, Bibliothèque nationale du Québec, 2015 (également *Rapports annuels 2013-2014, 2012-2013, 2011-2012 et 2010-2011*)

PROGRAMME DE CONTESTATION JUDICIAIRE DU CANADA, *Rapport annuel 2006-2007*, Winnipeg, Programme de contestation judiciaire du Canada, 2007 (également *Rapports annuels 2005-2006, 2004-2005, 2003-2004, 2002-2003, 2001-2002, 2000-2001, 1999-2000, 1998-1999, 1997-1998, 1996-1997, 1995-1996 et 1994-1995*)

PROGRAMME DE CONTESTATION JUDICIAIRE DU CANADA, *Trousse d'information*, Winnipeg, Programme de contestation judiciaire du Canada, 2002

TRIBUNAL CANADIEN DES DROITS DE LA PERSONNE, *Rapport sur les plans et les priorités 2014-2015*, Ottawa, ministre de la Justice, 2014 (également *Rapport sur les plans et priorités 2012-2013*)

TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *25 ans d'expérience en matière d'égalité. Rapport d'activités 2015*, Québec, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2016

TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *Bilan d'activités 2013-2014*, Québec, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2014 (également *Bilans d'activités 2012-2013, 2011-2012 et 2010-2011*)

E/ - Études de politiques publiques :

ASSOCIATION DES FEMMES DE L'EUROPE MÉRIDIONALE (LANQUETIN, M.-T. et GREVY, M.), *Premier bilan de la mise en œuvre de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations*, rapport pour le ministère de l'Emploi et de la Cohésion sociale, Paris, 2005

BÉBÉAR, C., *Des entreprises aux couleurs de la France*, Paris, La Documentation française, 2004

BÉLAVAL, P. (dir.), *L'action collective en droit administratif*, groupe de travail interne au Conseil d'État, 2009

BÉLORGEY, J.-M., *Lutter contre les discriminations*, rapport à Mme. la ministre de l'Emploi et de la Solidarité, Paris, La Documentation française, 1999

CENTRE D'ANALYSE STRATÉGIQUE (DELOITTE), *La promotion de la diversité dans les entreprises. Les meilleures expériences en France et à l'étranger*, 2010

COMITÉ DE RÉFLEXION ET DE PROPOSITION SUR LA MODERNISATION ET LE RÉÉQUILIBRAGE DES INSTITUTIONS DE LA V^E RÉPUBLIQUE (BALLADUR et al.), *Une V^e République plus démocratique*, Paris, La Documentation française, Paris, 2008

COMITÉ DE RÉFLEXION SUR LE PRÉAMBULE DE LA CONSTITUTION (VEIL, S. et al.), *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*, rapport au Président de la République, Paris, La Documentation française, 2008

DHUME, F. et SAGNARD-HADDAOUI, N., *Les discriminations raciales en emploi. Une synthèse problématique des travaux*, Neuville-la-Roche, ISCRA Est, 2008

FAUROUX, R., *La lutte contre les discriminations ethniques dans le domaine de l'emploi*, rapport remis à Jean-Louis Borloo, ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement, 2005

FRANCE STRATÉGIE (BON-MAURY, G., BRUNEAU, C., DHERBÉCOURT, C., DIALLO, A., FLAMAND, J., GILLES, C. et TRANNOY, A.), *Le coût économique des discriminations*, rapport à la ministre du Travail, de

l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social et au ministre de la Ville, de la Jeunesse et des Sports, Paris, Commissariat général à la stratégie et à la prospective, 2016

GAVINI, C., *L'efficacité des normes. Enquête en contrepoint*, Fondation pour un nouvel ordre politique, *working paper*, 2006

GUILLONNEAU, M. et SERVERIN, E., *L'activité des conseils de prud'hommes de 2004 à 2012, Continuité et changements*, Paris, ministère de la Justice, DACS, Pôle d'évaluation de la justice civile, 2013

LAFOREST, G., BLACK, W., DUPUIS, R. et JAIN, H., *La promotion de l'égalité : une nouvelle vision*, comité de révision de la Loi canadienne sur les droits de la personne, Ottawa, ministère de la Justice, 2000

LIENEMANN, M-N., MAGLIANAO, H. et CALMETTES, J., *Pour une nouvelle politique publique d'aide aux victimes : rapport au Premier ministre*, Paris, La Documentation française, 1999

MOUREY, L., *Le traitement répressif des victimes de discriminations*, étude pour le projet PRELUDE (promotion de l'égalité et de la lutte contre les discriminations), Droit pour la Justice et Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances, 2010

PÉCAUT-RIVOLIER, L., *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, rapport sur les discriminations collectives en entreprise aux ministres du Travail, de la Justice et des droits des femmes, 2013

ROUVILLOIS, F., *L'efficacité des normes. Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique*, Fondation pour un nouvel ordre politique, *working paper*, 2006

SCIBERRAS, J-C. (dir.), *Rapport de synthèse des travaux du groupe de dialogue inter-partenaires sur la lutte contre les discriminations en entreprises*, rapport remis au ministère du Travail, de l'Emploi et du Dialogue social et au ministère de la Ville, de la Jeunesse et des Sports, 2015

SERVERIN, E., *Connaître la justice prud'homale pour améliorer son fonctionnement*, note à l'attention de M. le président Lacabarats, président de la chambre sociale de la Cour de cassation, 2014

STASI, B., *Vers la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, Paris, la Documentation française, 2004

TIN, L-G., ALLAL, M. T. et LEMAIRE, S., *Discrimination : s'unir pour ne plus subir*, note de synthèse, Terra Nova, 19 juin 2014

F/ - Discours officiels :

LASSERRE, B., « L'Égalité des citoyens dans la République », Discours prononcé à l'École nationale de la magistrature le jeudi 29 novembre 2018

LOUVEL, B., Audience solennelle de début d'année, lundi 14 janvier 2019 (également Audience solennelle de début d'année, lundi 15 janvier 2018, Audience solennelle de début d'année, vendredi 13 janvier 2017, Audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, jeudi 14 janvier 2016 et Audience solennelle de la Cour de cassation marquant le début de l'année judiciaire, lundi 12 janvier 2015)

MARIN, J-C., Audience solennelle de rentrée, lundi 15 janvier 2018 (également Audience solennelle de début d'année, vendredi 13 janvier 2017, Audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, jeudi 14 janvier 2016, Audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, lundi 12 janvier 2015 et Audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, jeudi 9 janvier 2014)

MAZEAUD, P., « Vœux du Président du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2007

MAZEAUD, P., « Vœux du Président du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 18, 2005

MOLINS, F., Audience solennelle de rentrée, lundi 14 janvier 2019

NADAL, J.-L. (Procureur général près la Cour de cassation), Discours, Audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, 7 janvier 2005

VIII/ - OUVRAGES, ARTICLES ET ÉTUDES EN LANGUE ÉTRANGÈRE :

A/ - Ouvrages :

DAY, S., LAMARCHE, L. et NORMAN, K. (dir.), *14 Arguments in Favour of Human Rights Institutions*, Toronto, Irwin Law Inc., 2014

ELIADIS, P., *Speaking Out on Human Rights*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2014

ELLIS, E., *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005

HAVELKOVÁ, B. et MÖSCHEL, M. (edit.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, Oxford, Oxford University Press, 2019

KHAITAN T. et COLLINS, H. (edit.), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2018

KHAITAN, T., *A Theory of Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015

MERCAT-BRUNS, M., OPPENHEIMER, D. B. et SARTORIUS, C. (édit.), *Comparative Perspective on the Enforcement and the Effectiveness of Antidiscrimination Law*, Cham, Springer, 2018

MERCAT-BRUNS, M., *Discrimination at Work. Comparing European, French, and American Law*, Oakland, University of California Press, 2016

ROSS, A., *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons, 1958

ROSS, A., *Directives and Norms*, London, Routledge & Kegan Paul Ltd., 1968

SHEPPARD, C., *Inclusive Equality: The Relational Dimensions of Systemic Discrimination in Canada*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2010

SOLANKE, I., *Discrimination as Stigma: A Theory of Anti-Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2017

SOMEK, A., *Engineering Equality. An Essay on European Anti-Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011

B/ - Articles :

ALEXANDER, E. R., « The Supreme Court of Canada and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », *University of Toronto Law Journal*, vol. 40, 1990, p. 1-73

ALLEN, D., « Strategic Enforcement of Anti-Discrimination Law: A New Role For Australia's Equality Commissions », *Monash University Law Review*, vol. 36, n° 3, 2010, p. 103-137

BAKAN, A. B. et KOBAYASHI, A., « Affirmative Action and Employment Equity: Policy, Ideology, and Backlash in Canadian Context », *Studies in Political Economy*, vol. 79, 2007, p. 145-166

- BAKAN, A. B. et KOBAYASHI, A., « Backlash Against Employment Equity: The British Columbia Experience », *Atlantis*, vol. 29.1, 2004, p. 61-70
- BAMBERGER, M. A. et LEWIN, N., « The Right to Equal Treatment: Administrative Enforcement of Antidiscrimination Legislation », *Harvard Law Review*, vol. 74, n° 3, 1961, p. 526-589
- BARNARD, C., « The Equality Act 2010 », *European Gender Equality Law Review*, n° 1, 2011, p. 15-22
- BARRIE, G. N., « The Ombudsman: Governor of the Government », *The South African Law Journal*, vol. 87, 1970, p. 224-238
- BIRT, H., « The Ontario Human Rights Legal Support Centre: A Brief introduction », in TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC, *Access to a specialized Human Rights Tribunal: an urgent need to act in Quebec?*, Cowansville, Yvon Blais, 2008
- BLACK, W., « Human Rights Reform in B.C. », *University of British Columbia Law Review*, vol. 31, n° 2, 1997, p. 255-292
- BRIBOSIA, E. et RORIVE, I., « Anti-Discrimination Law in the Global Age », *European Journal of Human Rights*, n° 1, 2015, p. 3-10
- CARLSON, L., « Access to Justice in Sweden from a Comparative Perspective », in HAVELKOVÁ, B. et MÖSCHEL, M. (edit.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 118-135
- CHEMERINSKY, E., « In Defense of Equality: A Reply to Professor Westen », *Michigan Law Review*, vol. 81, n° 3, 1983, p. 575-599
- CRENSHAW, B., « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Policies », *University of Chicago Legal Forum*, 1989, p. 139-167
- CROWLEY, N., « Merging Mandates of Equality Bodies and National Human Rights Institutions – A Growing Trend », *European Equality Law Review*, n° 2, 2016, p. 34-45
- D'AMATO, A., « Is Equality A Totally Empty Idea? », *Michigan Law Review*, vol. 81, 1983, p. 600-603
- DAY, S. et BRODSKY, G., « The Duty to Accommodate: Who Will Benefit? », *Revue du Barreau du Canada*, n° 75, 1996, p. 433-473
- DAY, S., BRODSKY, G. et KELLY, F., « The Authority of Human Rights Tribunals to Grant Systemic Remedies », *Canadian Journal of Human Rights*, vol. 6, n° 1, 2017, p. 1-47
- DELGADO, R., « The Imperial Scholar: Reflections on A Review of Civil Rights Literature », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 132, n° 3, 1984, p. 561-678
- DE SCHUTTER, O., « Three Models of Equality and European Anti-Discrimination Law », *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 57, n° 1, 2006, p. 1-56
- ELIADIS, P., « Human Rights Tribunals and Direct Access to Adjudication: A New Generation of Human Rights Protection ? », in TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC, *Access to a specialized Human Rights Tribunal: an urgent need to act in Quebec?*, Cowansville, Yvon Blais, 2008
- FARKAS, L., « Getting it Right the Wrong Way? The Consequences of a Summary Judgment: the *Meister* Case », *European Anti-Discrimination Law Review*, n° 15, 2012, p. 23-33
- FERRÉ, N., « Ethnic Profiling in Identity Checks?: A Return to Overly Permissive Regulations », *European Equality Law Review*, n° 1, 2017, p. 1-12

- FLAHERTY, M., « Ontario and the Direct Access Model to Human Rights », in DAY, S., LAMARCHE, L. et NORMAN, K. (dir.), *14 Arguments in Favour of Human Rights Institutions*, Toronto, Irwin Law Inc., 2014, p. 169-190
- FORSHAW, S. et PILGERSTORFER, M., « Direct and Indirect Discrimination: Is There Something in between? », *Industrial Law Journal*, vol. 37, 2008, p. 347-364
- FREDMAN, S., « Direct and Indirect Discrimination: Is There Still a Divide? », in KHAITAN T. et COLLINS, H. (edit.), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2018, p. 31-55
- GELLORN, W., « The Ombudsman in Denmark », *McGill Law Journal*, vol. 12, n° 1, 1966, p. 1-40
- GELLORN, W., « The Norwegian Ombudsman », *The Stanford Law Review*, vol. 18, 1966, p. 283-321
- GOTTHEIL, M. et LAIRD, K., « Direct Access to a Specialized Human Rights Tribunal: The Ontario Experience », in TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC, *Access to a specialized Human Rights Tribunal: an urgent need to act in Quebec?*, Cowansville, Yvon Blais, 2008
- GOTZE, M., « The Danish Ombudsman. A National Watchdog With Selected Preference », *Utrecht Law Review*, vol. 6, n° 1, 2010, p. 33-50
- GREENAWALT, K., « How Empty is the Idea of Equality? », *Columbia Law Review*, vol. 83, n° 5, 1983, p. 1167-1185
- HAVELKOVÁ, B., « The Pre-Eminence of the General principle of Equality over Specific Prohibition of Discrimination on Suspect Grounds in Czechia », in HAVELKOVÁ, B. et MÖSCHEL, M. (edit.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 76-93
- HAVELKOVÁ, B. et MÖSCHEL, M., « Introduction : Anti-Discrimination Law's Fit into Civil Law Jurisdictions and the Factors Influencing it », in HAVELKOVÁ, B. et MÖSCHEL, M. (edit.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 1-30
- HENNETTE-VAUCHEZ, S. et FONDIMARE, E., « Incompatibility between the 'French Republican Model' and Anti-Discrimination Law? Deconstructing a Familiar Trope of Narratives of French Law », in HAVELKOVÁ, B. et MÖSCHEL, M. (edit.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 56-75
- HOGG, P. W., « What is Equality? The Winding Course of Judicial Interpretation », *Supreme Court Law Review*, vol. 29, n° 2, 2005, p. 39-62
- IACOBUCCI, E. M., « Antidiscrimination and Affirmative Action Policies: Economic Efficiency and the Constitution », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 36, n° 2, 1998, p. 293-337
- IORDACHE, R. et IONESCU, I., « Discrimination and its Sanctions – Symbolic vs. Effective Remedies in European Anti-Discrimination Law », *European Anti-Discrimination Law review*, n° 19, 2014, p. 11-24
- JÄGERSKIÖLD, S., « The Swedish Ombudsman », *University of Pennsylvania Law Journal*, vol. 109, 1961, p. 1077-1099
- JAIN, H. C., LAWLER, J. J., BAI, B. et KYUNG LEE, E., « Effectiveness of Canada's Employment Equity Legislation for Women (1997-2004): Implications for Policy Makers », *Industrial Relations*, vol. 65, n° 2, 2010, p. 304-329
- KARAGIORGI, C., « The Concept of Discrimination by Association and its Application in the EU Member States », *European Anti-Discrimination Law Review*, n° 18, 2014, p. 25-36

- KHAITAN T. et COLLINS, H., « Indirect Discrimination Law: Controversies and Critical Questions », in KHAITAN T. et COLLINS, H. (edit.), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2018, p. 1-30
- MACDERMOT, N., « The Ombudsman Institution », *International Commission of Jurists Review*, vol. 37, 1978, p. 37-42
- MACNAUGHTON, H. M., « Direct Access: The B.C. Experience », in TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC, *Access to a specialized Human Rights Tribunal: an urgent need to act in Quebec?*, Cowansville, Yvon Blais, 2008
- MAHONEY, K. E., « The Constitutional Law of Equality in Canada », *New York University International Law and Politics*, vol. 24, 1992, p. 759-793
- MAJURY, D., « Equality and Discrimination According to the Supreme Court of Canada », *Canadian Journal of Women and the Law*, vol. 4, 1991, p. 407-439
- MCCRUDDEN, C., « The New Architecture of EU Equality Law after CHEZ: Did the Court of Justice reconceptualise direct and indirect discrimination? », *European Equality Law Review*, n° 1, 2016, p. 1-10
- MCLACHLIN, B., « Equality: The Most Difficult Right », *Supreme Court Law Review*, vol. 14, n° 2, 2001, p. 17-26
- MCLELLAN, G. B., « The Role of the Ombudsman », *University of Miami Law Review*, vol. 23, 1969, p. 463-475
- MENDELZON, J. M., « Rights, Remedies and Rhetoric: On a Direct Access Model for Human Rights Complaints in Ontario », *Journal of Law and Equality*, vol. 6, n° 1, 2009, p. 51-78
- MERCAT-BRUNS, M., « Tackling Indirect Discrimination in Employment in France: A Relative Success? », in HAVELKOVÁ, B. et MÖSCHEL, M. (edit.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 244-261
- MERCAT-BRUNS, M., « Systemic Discrimination: Rethinking the Tools of Gender Equality », *European Equality Law Review*, n° 2, 2018, p. 1-18
- MONAGHAN QC, C., « Multiple and Intersectional Discrimination in EU Law », *European Anti-Discrimination Law Review*, n° 13, 2011, p. 20-32
- MULDER, J., « Cultural Narratives and the Application of Non-Discrimination Law », in HAVELKOVÁ, B. et MÖSCHEL, M. (edit.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 31-55
- ORFIELD, L. B., « The Scandinavian Ombudsman », *Administrative Law Review*, vol. 19, 1966-1967, p. 7-74
- PATTERSON, A. M., « The Ombudsman », *University of British Columbia Law Review*, vol. 1, n° 6, 1959-1963, p. 777-781
- PAYNE, J. B. et ROOTHAM, C. C., « Are Human Rights Commissions Still Relevant? », *Canadian Labour and Employment Law Journal*, vol. 12, 2005, p. 65-103
- POSNER R., « The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication », *Hofstra Law Review*, vol. 8, n° 3, 1980, p. 487-508
- POUND, R., « Law in Books and Law in Action », *American Law Review*, vol. 44, n° 1, 1910, p. 12-26
- POUND, R., « Enforcement of Law », *Green Bag*, vol. 20, n° 8, 1908, p. 401-410

- POTHIER, D., « BCGSEU: Turning a Page in Canadian Human Rights Law », *Constitutional Forum*, vol. 11, n° 1, 1999, p. 19-29
- REY MARTÍNEZ, F., « La discriminación múltiple, una realidad Antigua, un concepto nuevo », *Revista española de derecho constitucional*, n° 84, 2008, p. 251-283
- RINGELHEIM, J., « The Burden of Proof in Anti-Discrimination Proceedings. A Focus on Belgium, France and Ireland », *European Equality Law Review*, n° 2, 2019, p. 49-64
- ROBERTS, D., « The Ombudsman Cometh », *Advocate Vancouver*, vol. 30, 1972, p. 360-364
- ROBIN, J-S., « Modernising Ontario's Human Rights System: The Human Rights Code Amendment Act, 2006 », in TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC, *Access to a specialized Human Rights Tribunal: an urgent need to act in Quebec?*, Cowansville, Yvon Blais, 2008
- SHEPPARD, C., « Of Forest Fires and Systemic Discrimination: A Review of *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU* », *McGill Law Journal*, vol. 46, 2001, p. 533-559
- SHEPPARD, C., « Grounds of Discrimination: Towards an Inclusive and Contextual Approach », *La revue du Barreau canadien*, vol. 80, 2001, p. 893-916
- SHEPPARD, C., « Equality Rights and Institutional Change: Insights from Canada and the United States », *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 15, n° 1, 1998, p. 144-167
- SHEPPARD, C. A., « An Ombudsman for Canada », *McGill Law Journal*, vol. 10, n° 4, 1964, p. 291-340
- SPITZ, H., « Strengthening Enforcement by Commission. Tailoring the Techniques to Eliminate and Prevent Employment Discrimination », *Buffalo Law Review*, vol. 14, n° 1, 1964, p. 79-99
- TSUN, T., « Overhauling the Ontario Human Rights System: Recent Developments in Case Law and Legislative Reform », *University of Toronto Faculty of Law Review*, vol. 67, n° 1, 2009, p. 115-133
- VON WRIGHT, G. H., « Deontic Logic », *Mind*, vol. 60, n° 237, 1951, p. 1-15
- WADDINGTON, L., « *HK Danmark (Ring and Skouboe Werge)*: Interpreting EU Equality Law in Light of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities », *European Anti-Discrimination Law Review*, n° 17, 2013, p. 13-23
- WESTEN, P., « The Empty Idea of Equality », *Harvard Law Review*, vol. 95, n° 3, 1982, p. 537-596
- WRIGHT, D. A., « Implementing the New Ontario *Human Rights Code*: A Tribunal Perspective », *Canadian Labour & Employment Law Journal*, vol. 18, 2014-2015, p. 101-122
- YALDEN, M., « Looking Back – Looking Forward », in TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC, *Access to a specialized Human Rights Tribunal: an urgent need to act in Quebec?*, Cowansville, Yvon Blais, 2008
- YANNAKOUROU, S. et GOULAS, D., « Enforcing Anti-Discrimination Law in Greece: Court's Resistance and Deficiencies of Civil Litigation against Employment Discrimination », in HAVELKOVÁ, B. et MÖSCHEL, M. (edit.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 195-213

C/ - Rapports de recherche :

- BAKAN, A. et KOBAYASHI, A., *Employment Equity Policy in Canada: An Interprovincial Comparison*, Status of Woman Canada's Policy Research Fund, Queen's University, 2000

BLACK, B., *Reports on Human Rights in British Columbia*, Vancouver, Government of British Columbia, 1994

BOYER, J. P., *Equality for All: Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights*, Ottawa, House of Commons – Subcommittee on Equality Rights, 1985

BRODSKY, D. et DAY, S., *Strengthening Human Rights. Why British Columbia Needs a Human Rights Commission*, Vancouver, Canadian Centre for Policy Alternatives, 2014

DAY, S., *Rolling Back Human Rights in BC. An Assessment of Bill 53 – the Government of British Columbia’s Draft Human Rights Legislation*, Vancouver, Canadian Centre for Policy Alternative BC Office, 2002

DOYLE, B. (President of the Employment Tribunals – England & Wales) et SIMON, S. (President of the Employment Tribunals – Scotland), *Presidential Guidance. Employment Tribunal Awards for Injury to Feelings and Psychiatric Injury Following De Souza vs Vinci Construction (UK) Ltd [2017] EWCA Civ 879*, 2017

HURLEY, M. C., *Charter Equality Rights: Interpretation of Section 15 in Supreme Court of Canada Decisions*, Ottawa, Library of Parliament, 2007

LATRAVERSE, S., *Report on Measures to Combat Discrimination*, Bruxelles, European network of legal experts in the non-discrimination field, 2012

MCCRUDDEN, C. et PRECHAL S., *The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A practical approach*, European network of legal experts in the field of gender-equality, Bruxelles, European Commission – Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, 2009

PINTO, A., *Report of the Ontario Human Rights Review 2012*, Toronto, Ontario Ministry of the Attorney General – Queen’s Printer for Ontario, 2012

D/ - Rapports institutionnels :

ALBERTA HUMAN RIGHTS COMMISSION, *Annual Report 2014-15*, Edmonton, AHRC, 2015

BRITISH COLUMBIA HUMAN RIGHTS COMMISSION, *Human Rights for the Next Millennium*, Vancouver, BC Human Rights Commission, 1998

BRITISH HUMAN RIGHTS TRIBUNAL, *Annual Report 2014-2015*, Vancouver, BC Human Rights Tribunal, 2015

COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, Fifty-seventh session, Concluding observations on the sixth periodic report of Canada, E/C.12/CAN/CO/6, 23 March 2016

EQUINET, *Fighting Discrimination on the Ground of Race and Ethnic Origin*, Bruxelles, Equinet, 2016

EQUINET, *Tackling the “Known Unknown”. How Equality Bodies Can Address Under-Reporting of Discrimination through Communications*, Bruxelles, Equinet, 2012

EUROPEAN COMMISSION (LATRAVERSE, S.), *Country Report. Non-discrimination. France 2019*, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, Luxembourg, Publications Office of the European union, 2019 (also *Country Reports 2018, 2017 and 2016*)

EUROPEAN COMMISSION (FREDMAN, S.), *Intersectional Discrimination in EU Gender Equality and Non-Discrimination Law*, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, Luxembourg, Publications Office of the European union, 2016

EUROPEAN COMMISSION (CHOPIN, I. et GERMAINE, C.), *A Comparative Analysis of Non-Discrimination Law in Europe, 2015*, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, Luxembourg, Publications Office of the European union, 2016

EUROPEAN COMMISSION (FREDMAN, S.), *Comparative Study of Anti-Discrimination and Equality Laws of the US, Canada, South Africa and India*, European network of legal experts in the non-discrimination field, Luxembourg, Publications Office of the European union, 2012

EUROPEAN COMMISSION, *Discrimination in the European Union in 2012*, Special Eurobarometer 393, Wave EB77.4 – TNS opinion & social, Bruxelles, European Commission – Directorate-General Justice, 2012

EUROPEAN COMMISSION (FARKAS, L.), *How to Present a Discrimination Claim. Handbook on Seeking Remedies under the EU Non-Discrimination Directives*, European network of legal experts in the non-discrimination field, Luxembourg, Publications Office of the European union, 2011

EUROPEAN COMMISSION, *Discrimination in the European Union in 2009*, Special Eurobarometer 317, Wave 71.2 – TNS opinion & social, Bruxelles, European Commission – Directorate General Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, 2009

EUROPEAN COMMISSION, *Discrimination in the European Union: Perceptions, Experiences and Attitudes*, Special Eurobarometer 296, Wave 69.1 – TNS opinion & social, Bruxelles, European Commission – Directorate General Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, 2008

EUROPEAN COMMISSION, *Discrimination in the European Union*, Special Eurobarometer 263, Wave 65.4 – TNS opinion & social, Bruxelles, European Commission – Directorate General Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, 2007

GOVERNMENT EQUALITIES OFFICE, *Equality Act 2010: Employment Tribunals' Power to Make Wider Recommendations in Discrimination Cases and Obtaining Information Procedure. Government Response to the Consultation*, Government Equalities Office, October 2012

HUMAN RIGHTS CODE REVIEW TASK FORCE, *Achieving Equality: A Report on Human Rights Reform*, Toronto, Government of Ontario, 1992

HUMAN RIGHTS COMMITTEE, Sixty-fifth session, Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant, Concluding observations – Canada, CCPR/C/79/Add.105, 7 April 1999

MANITOBA HUMAN RIGHTS COMMISSION, *Annual Report 2014*, Winnipeg, MHRC, 2015

MINISTRY OF JUSTICE (COMMUNITIES AND LOCAL GOVERNMENTS), *Discrimination Law Review. A Framework for Fairness: Proposals for a Single Equality Bill for Great Britain*, London, 2007

NEWFOUNDLAND AND LABRADOR HUMAN RIGHTS COMMISSION, *Annual Report 2014-15*, St. John's, NLHRC, 2015

NORTHWEST TERRITORIES HUMAN RIGHTS COMMISSION, *Annual Report 2013-2014*, Yellowknife, NWHRC, 2014

ONTARIO HUMAN RIGHTS COMMISSION, *Teaching Human Rights in Ontario. A Guide for Ontario's Schools*, Toronto, Queen's Printer for Ontario, 2013

PRINCE EDWARD ISLAND HUMAN RIGHTS COMMISSION, *Nurturing Our Differences. Annual report 2013-2014*, Charlottetown, PEIHRC, 2014

SASKATCHEWAN HUMAN RIGHTS COMMISSION, *Annual report 2013/2014*, Regina, SHRC, 2014

E/ - Working papers et comptes-rendus d'intervention :

CORNISH, M. et QUITO, J., « Looking Forward: Some Considerations Post Pinto Report on Building a Culture of Human Rights Compliance in Ontario », working paper, prepared for the Law Society of Upper Canada Human Rights Law Summit, Toronto, Ontario, [en ligne], 2012

CORNISH, M., « Achieving Equality. A Proposal for a New Canadian Human Rights Enforcement System », presentation to *Transforming women's future: equality rights in the new century. A National forum on equality rights presented by West Coast LEAF*, Vancouver, British Columbia, [en ligne], 1999

HART, M. et SANSON, G., « Getting Rid of the "Gatekeeper": A Practical Model for Human Rights Reform », working paper, University of Toronto, Faculty of Law, [en ligne], 2005

VERMA, V. et WENTE, M., « Systemic Remedies to Address Institutional Racism: Lessons Learned from *McKinnon v. Ontario (Ministry of Correctional Services)* », article, Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Barristers & Solicitors, [en ligne], 2002

TABLE DE LA JURISPRUDENCE CITÉE

I/ - Jurisprudence française :

A/ - Conseil constitutionnel³⁹⁶¹ :

- CC, Décision n° 60-8 DC, 11 août 1960, rec. p. 25 (ECLI:FR:CC:1960:60.8.DC)
- CC, Décision n° 73-51 DC, 27 décembre 1973, rec. p. 25 (ECLI:FR:CC:1973:73.51.DC)
- CC, Décision n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, rec. p. 19 (ECLI:FR:CC:1975:74.54.DC)
- CC, Décision n° 79-107 DC du 12 juillet 1979, rec. p. 31 (ECLI:FR:CC:1979:79.107.DC)
- CC, Décision n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, rec. p. 18 (ECLI:FR:CC:1982:81.132.DC)
- CC, Décision n° 82-146 DC, 18 novembre 1982, rec. p. 66 (ECLI:FR:CC:1982:82.146.DC)
- CC, Décision n° 83-165 DC, 20 janvier 1984, rec. p. 30 (ECLI:FR:CC:1984:83.165.DC)
- CC, Décision n° 86-207 DC, 26 juin 1986, rec. p. 61 (ECLI:FR:CC:1986:86.207.DC)
- CC, Décision n° 87-232 DC, 7 janvier 1988, rec. p. 17 (ECLI:FR:CC:1988:87.232.DC)
- CC, Décision n° 89-257, 25 juillet 1989, rec. p. 59 (ECLI:FR:CC:1989:89.257.DC)
- CC, Décision n° 93-329 DC, 13 janvier 1994, rec. p. 9 (ECLI:FR:CC:1994:93.329.DC)
- CC, Décision n° 94-350 DC, 20 décembre 1994, rec. p. 134 (ECLI:FR:CC:1994:94.350.DC)
- CC, Décision n° 94-357 DC, 25 janvier 1995, rec. p. 179 (ECLI:FR:CC:1995:94.357.DC)
- CC, Décision n° 94-358 DC, 26 janvier 1995, rec. p. 183 (ECLI:FR:CC:1995:94.358.DC)
- CC, Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, rec. p. 258 (ECLI:FR:CC:1998:98.401.DC)
- CC, Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, rec. p. 136 (ECLI:FR:CC:1999:99.421.DC)
- CC, Décision n° 2000-429 DC, 30 mai 2000, rec. p. 84 (ECLI:FR:CC:2000:2000.429.DC)
- CC, Décision n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, rec. p. 145
(ECLI:FR:CC:2001:2001.451.DC)
- CC, Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, rec. p. 49 (ECLI:FR:CC:2002:2001.455.DC)
- CC, Décision n° 2003-475 DC, 24 juillet 2003, rec. p. 397 (ECLI:FR:CC:2003:2003.475.DC)
- CC, Décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003, rec. p. 430 (ECLI:FR:CC:2003:2003.483.DC)
- CC, Décision n° 2005-521 DC, 22 juillet 2005, rec. p. 121 (ECLI:FR:CC:2005:2005.521.DC)
- CC, Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, rec. p. 168
(ECLI:FR:CC:2005:2005.530.DC)

³⁹⁶¹ Les références aux décisions du Conseil constitutionnel comprennent le numéro de la décision et sa date de lecture, la page du recueil au sein duquel elle est mentionnée, ainsi que l'identifiant européen de la jurisprudence.

CC, Décision n° 2006-533 DC, 16 mars 2006, rec. p. 39 (ECLI:FR:CC:2006:2006.533.DC)
CC, Décision n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, rec. p. 50 (ECLI:FR:CC:2006:2006.535.DC)
CC, Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, rec. p. 88 (ECLI:FR:CC:2006:2006.540.DC)
CC, Décision n° 2010-13 QPC, 9 juillet 2010, rec. p. 139 (ECLI:FR:CC:2010:2010.13.QPC)
CC, Décision n° 2010-610 DC, 20 juillet 2010, rec. p. 146 (ECLI:FR:CC:2010:2010.610.DC)
CC, Décision n° 2011-626 DC, 29 mars 2011, rec. p. 165 (ECLI:FR:CC:2011:2011.626.DC)
CC, Décision n° 2011-130 QPC, 20 mai 2011, rec. p. 242 (ECLI:FR:CC:2011:2011.130.QPC)
CC, Décision n° 2012-279 QPC, 5 octobre 2012, rec. p. 514 (ECLI:FR:CC:2012:2012.279.QPC)
CC, Décision n° 2103-672 DC, 13 juin 2013, rec. p. 817 (ECLI:FR:CC:2013:2013.672.DC)
CC, Décision n° 2013-363 QPC, 31 janvier 2014 (ECLI:FR:CC:2014:2013.363.QPC)
CC, Décision n° 2014-416 QPC, 26 septembre 2014 (ECLI:FR:CC:2014:2014.416.QPC)
CC, Décision n° 2015-465 QPC, 24 avril 2015 (ECLI:FR:CC:2015:2015.465.QPC)
CC, Décision n° 2016-740 DC, 8 décembre 2016 (ECLI:FR:CC:2016:2016.740.DC)
CC, Décision n° 2016-745 DC, 26 janvier 2017 (ECLI:FR:CC:2017:2016.745.DC)

B/ - Juridictions administratives :

1/ - Conseil d'État³⁹⁶² :

CE, Ass., 28 mai 1954, *Barel*, n° 28238 et a., publié au recueil Lebon
(ECLI:FR:CEASS:1954:28238.19540528)

CE, Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, n°s 88032 et 88148, publié au recueil Lebon
(ECLI:FR:CESJS:1974:88032.19740510)

CE, Ass., 29 décembre 1978, *Darmont*, n° 96004, publié au recueil Lebon
(ECLI:FR:CEASS:1978:96004.19781229)

CE, 5/3 SSR, 28 octobre 1994, *Commune de Courtry*, n° 139125, mentionné aux tables du recueil
Lebon (ECLI:FR:CESSR:1994:139125.19941028)

CE, 7/10 SSR, 10 février 1997, *Association de défense, de protection et de valorisation du patrimoine naturel
et historique de Corse*, n° 140841, mentionné aux tables du recueil Lebon
(ECLI:FR:CESSR:1997:140841.19970210)

CE, Ass., 28 mars 1997, *Société Baxter*, n°s 179049, 179050 et 179054, publié au recueil Lebon
(ECLI:FR:CESSR:1999:179049.19991015)

CE, Ass., 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434, publié au recueil Lebon
(ECLI:FR:CEASS:1999:207434.19991203)

³⁹⁶² Les références aux décisions du Conseil d'État comprennent la formation ayant statué, la date de lecture de la décision, le nom de la décision, le numéro du pourvoi, le mode de publication au recueil Lebon, ainsi que l'identifiant européen de la jurisprudence.

CE, 10/9 SSR, 15 mai 2000, *Barroux*, n° 200903, publié au recueil Lebon (ECLI:FR:CESSR:2000:200903.20000515)

CE, 3/8 SSR, 10 janvier 2001, *Mme Coren*, n°s 211878 et 213462, publié au recueil Lebon (ECLI:FR:CESSR:2001:211878.20010110)

CE, Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de la Défense c. M. Diop*, n° 212179, publié au recueil Lebon (ECLI:FR:CEASS:2001:212179.20011130)

CE, 4/6 SSR, 13 mars 2002, *Courbage*, n° 209938, publié au recueil Lebon (ECLI:FR:CESSR:2002:209938.20020313)

CE, 29 avril 2002, *M. Capellari*, n° 240322, mentionné aux tables du recueil Lebon (ECLI:FR:CESSR:2002:240322.20020429)

CE, Ass., 28 juin 2002, *Magiera*, n° 239575, publié au recueil Lebon (ECLI:FR:CEASS:2002:239575.20020628)

CE, 4 SS, 8 juillet 2002, *M. X. c. Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes*, n° 229203, inédit (ECLI:FR:CESJS:2002:229203.20020708)

CE, 4/6 SSR, 18 octobre 2002, *Spaggiari*, n° 224804, inédit au recueil Lebon (ECLI:FR:CESSR:2002:224804.20021018)

CE, Sect., 18 décembre 2002, *Duvignères*, n° 233618, publié au recueil Lebon (ECLI:FR:CESEC:2002:233618.20021218)

CE, Sect., 20 juin 2003, *Société établissement Lebreton*, n° 232832, publié au recueil Lebon (ECLI:FR:CESEC:2003:232832.20030620)

CE, 7/2 SSR, 23 février 2004, *Communauté de communes du pays Loudunais*, n° 250482, mentionné aux tables du recueil Lebon (ECLI:FR:CESSR:2004:250482.20040223)

CE, 8/3 SSR, 30 avril 2004, *Mlle Valérie X*, n° 254106, mentionné aux tables du recueil Lebon (ECLI:FR:CESSR:2004:254106.20040430)

CE, 5/4 SSR, 9 février 2005, *Syndicat national unitaire et indépendant des officiers de police*, n° 229547, Lebon (ECLI:FR:CESSR:2005:229547.20050209)

CE, Sect., 11 février 2005, *Organisme de gestion du cours du Sacré Cœur*, n° 259290, publié au recueil Lebon (ECLI:FR:CESEC:2005:259290.20050211)

CE, 1/6 SSR, 20 avril 2005, *Union des familles en Europe*, n° 266572, mentionné aux tables du recueil Lebon (ECLI:FR:CESSR:2005:266572.20050420)

CE, 1/6 SSR, 19 mai 2006, *Syndicat national des cadres supérieurs des chemins de fer*, n° 274692, publié au recueil Lebon (ECLI:FR:CESSR:2006:274692.20060519)

CE, 8/3 SSR, 30 mars 2007, *Société Predica*, n° 277991, mentionné aux tables du recueil Lebon (ECLI:FR:CESSR:2007:277991.20070330)

CE, 1/6 SSR, 13 juillet 2007, *Mme Abric*, n° 297742, mentionné aux tables du recueil Lebon (ECLI:FR:CESSR:2007:297742.20070713)

CE, 1/6 SSR, 13 juillet 2007, *Société Éditions Tissot*, n° 294195, publié au recueil Lebon (ECLI:FR:CESSR:2007:294195.20070713)

CE, 4/5 SSR, 14 novembre 2008, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche*, n° 311312, mentionné aux tables du recueil Lebon (ECLI:FR:CESSR:2008:311312.20081114)

CE, 4/5 SSR, 6 mars 2009, *Le Helloco*, n° 312625, mentionné aux tables du recueil Lebon (ECLI:FR:CESSR:2009:312625.20090306)

CE, 5/4 SSR, 10 avril 2009, *El Haddioni*, n° 311888, publié au recueil Lebon (ECLI:FR:CESSR:2009:311888.20090410)

CE, Ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, n° 298348, publié au recueil Lebon (ECLI:FR:CEASS:2009:298348.20091030)

CE, 4/5 SSR, 13 janvier 2010, *Commune de Lattes*, n° 314923, inédit au recueil Lebon (ECLI:FR:CESSR:2010:314923.20100113)

CE, 4/5 SSR, 7 juillet 2010, *Mme Claude A*, n° 322636, mentionné aux tables du recueil Lebon (ECLI:FR:CESSR:2010:322636.20100707)

CE, Ass., 22 octobre 2010, *Mme Bleitrach*, n° 301572, publié au recueil Lebon (ECLI:FR:CEASS:2010:301572.20101022)

CE, 7/2 SSR, 22 février 2012, *Chambre régionale d'agriculture Provence-Alpes-Côte d'Azur*, n° 343410, mentionné aux tables du recueil Lebon (ECLI:FR:CESSR:2012:343410.20120222)

CE, 4^e SS, 8 décembre 2012, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale*, n° 326742, inédit au recueil Lebon (ECLI:FR:CESJS:2010:326742.20101208)

CE, 1/6 SSR, 13 mars 2013, *Mme A. c. Premier ministre*, n° 352393, publié au recueil Lebon (ECLI:FR:CESSR:2013:352393.20130313)

CE, 3/8 SSR, 22 mai 2013, *Mme A. c. communauté d'agglomération d'Annecy*, n° 351183, mentionné aux tables du recueil Lebon (ECLI:FR:CESSR:2013:351183.20130522)

CE, Sect., 25 juillet 2013, *Office français de protection des réfugiés et apatrides*, n° 350661, publié au recueil Lebon (ECLI:FR:CESEC:2013:350661.20130725)

CE, 10^e SS, 20 novembre 2013, *Fédération nationale CGT des travailleurs de l'État (FNTE-CGT)*, n° 362879, inédit au recueil Lebon (ECLI:FR:CESJS:2013:362879.20131120)

CE, 5/4 SSR, 24 janvier 2014, *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, n° 351274, mentionné aux tables du recueil Lebon (ECLI:FR:CESSR:2014:351274.20140124)

CE, 3/8 SSR, 17 mars 2014, *Association des consommateurs de la Fontaulière*, n° 354596, publié au recueil Lebon (ECLI:FR:CESSR:2014:354596.20140317)

CE, Ass., 4 avril 2014, *Ministre de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie*, n° 362785, publié au recueil Lebon (ECLI:FR:CEASS:2014:362785.20140404)

CE, 10/9 SSR, 9 juillet 2014, *David van der Vlist*, n° 345253, inédit au recueil Lebon (ECLI:FR:CESSR:2014:345253.20140709)

CE, 7^e SS, 20 octobre 2014, *Mme A. c. chambre régionale d'agriculture de Provence-Alpes-Côte d'Azur*, n° 363237, inédit au recueil Lebon (ECLI:FR:CESJS:2014:363237.20141020)

CE, 1/6 SSR, 28 novembre 2014, *Union syndicale Solidaires*, n° 362823, mentionné aux tables du recueil Lebon (ECLI:FR:CESSR:2014:362823.20141128)

CE, Ass., 27 mars 2015, *Mme A. c. recteur de l'académie de Limoges*, n° 372426, publié au recueil Lebon (ECLI:FR:CEASS:2015:372426.20150327)

CE, 8/3 SSR, 6 mai 2015, *Association tutélaire d'Ille-et-Vilaine*, n° 375036, publié au recueil Lebon (ECLI:FR:CESSR:2015:375036.20150506)

CE, 5/4 SSR, 4 novembre 2015, *Ligue des droits de l'homme*, n° 375178, publié au recueil Lebon (ECLI:FR:CESSR:2015:375178.20151104)

CE, 7/2 SSR, 25 janvier 2016, *Mme A. c. Assemblée nationale*, n° 383836, inédit au recueil Lebon (ECLI:FR:CESSR:2016:383836.20160125)

CE, 4^e ch., 28 mars 2018, *Mme B. c. ministre de l'Éducation nationale*, n° 399097, inédit au recueil Lebon (ECLI:FR:CECHS:2018:399097.20180328)

CE, 4/1 ch., 19 décembre 2018, *M. et Mme B. c. Commune de Ris-Orangis*, n° 408710, mentionné aux tables (ECLI:FR:CECHR:2018:408710.20181219)

CE, 4/1 ch., 20 mars 2019, *Mme A. c. ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social*, n° 408658, mentionné aux tables du recueil Lebon (ECLI:FR:CECHR:2019:408658.20190320)

CE, 1^e ch., 9 avril 2020, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n° 428680, inédit au recueil Lebon (ECLI:FR:CECHS:2020:428680.20200409)

2/ - Tribunaux administratifs et cours administratives d'appel³⁹⁶³ :

CAA Bordeaux, 1^e ch., 29 mars 2001, n° 00BX00187

CAA Versailles, 1^e ch., 9 février 2006, n° 04VE03425

TA Versailles, ord., 5 juillet 2007, n° 0706394

CAA Versailles, 28 janvier 2008, n° 06VE00074

TA Cergy-Pontoise, 19 juin 2008, n° 0305320

CAA Versailles, 5^e ch., 29 décembre 2009, n° 08VE00296

CAA Versailles, 5^e ch., 29 juin 2010, n° 08VE02701

CAA Nancy, 1^e ch., 3 novembre 2011, n° 10NC01969

TA Montreuil, 21 novembre 2011, n° 1012015

CAA Marseille, 8^e ch., 17 juillet 2012, n° 12MA01057

CAA Marseille, 8^e ch., 16 avril 2013, n° 12MA02125

CAA Lyon, 3^e ch., 18 mars 2014, n° 13LY00275

CAA Nancy, 3^e ch., 20 mars 2014, n° 13NC00964

CAA Marseille, 8^e ch., 27 janvier 2015, n° 14MA00953

³⁹⁶³ Les décisions mentionnées dans la présente rubrique, à défaut de publication au recueil Lebon, sont accessibles en ligne sur le site legifrance.gouv.fr, *a minima* pour les décisions des cours administratives d'appel. Les références font apparaître successivement le nom de la juridiction, sa formation, la date de lecture de la décision et le numéro du recours. Les décisions des tribunaux administratifs sont consultables sur la base de données numérique Doctrine.

TA Melun, 23 avril 2015, n° 1302956
CAA Paris, 4^e ch., 30 juin 2015, n° 14PA00635
TA, Châlons-en-Champagne, 1^{er} décembre 2015, n° 1400446
CAA Bordeaux, 6^e ch., 4 janvier 2016, n° 14BX01497
CAA Marseille, 8^e ch., 11 octobre 2016, n° 15MA02860
CAA Douai, 3^e ch., 17 août 2017, n° 15DA00575
CAA Marseille, 8^e ch., 13 février 2018, n° 16MA02634
CAA Lyon, 3^e ch., 20 février 2018, n° 16LY00541
CAA Bordeaux, 6^e ch., 28 mai 2018, n° 16BX01476
CAA Marseille, 8^e ch., 6 novembre 2018, n° 17MA02335
CAA Paris, 4^e ch., 3 juillet 2019, n°s 17PA01326 et 17PA01327

C/ - Juridictions judiciaires :

1/ - Chambres civiles de la Cour de cassation³⁹⁶⁴ :

Cass. civ. 2^e, 5 juin 1985, n° 83-14.268, *Bull.* II, n° 111, p. 74
Cass. civ. 2^e, 13 mai 1987, n° 86-11.098, *Bull.* II, n° 112, p. 65
Cass. civ. 2^e, 21 octobre 1992, n° 91-10.709, *Bull.* II, n° 246, p. 122
Cass. civ. 2^e, 21 juin 1995, n° 93-19.107, *Bull.* II, n° 195, p. 112
Cass. civ. 2^e, 28 octobre 1999, n° 96-22.278, inédit
Cass. civ. 2^e, 30 janvier 2003, n° 01-01.128, *Bull.* II, n° 25, p. 20
Cass. civ. 2^e, 13 mars 2003, n° 01-15.933, *Bull.* II, n° 59, p. 52
Cass. civ. 2^e, 10 janvier 2008, n° 07-13.755, inédit
Cass. civ. 2^e, 7 mai 2008, n° 07-14.858, *Bull.* II, n° 104
Cass. civ. 2^e, 10 juillet 2008, n° 07-15.369, *Bull.* II, n° 179
Cass. civ. 2^e, 15 janvier 2009, n° 08-10.771, *Bull.* II, n° 15
Cass. civ. 2^e, 9 avril 2009, n° 08-15.507, inédit
Cass. civ. 2^e, 18 juin 2009, n° 08-14.864, *Bull.* II, n° 166
Cass. civ. 2^e, 2 juillet 2009, n°s 08-17.881 et 08-17.882, inédit
Cass. civ. 2^e, 2 juillet 2009, n°s 08-15.508 et 07-20.968, inédit

³⁹⁶⁴ Les références aux décisions de la Cour de cassation précisent la chambre qui a statué, la date de lecture de la décision, le numéro de pourvoi ainsi que, le cas échéant, la référence au bulletin de la chambre ou au bulletin d'information de la Cour de cassation (n° du bulletin et page exacte lorsque celle-ci était renseignée sur le site legifrance.gouv.fr). Seules les décisions postérieures à novembre 2012, qui ont fait l'objet d'une identification par le biais de l'identifiant européen de jurisprudence, disposent en complément du n° ECLI.

Cass. civ. 2^e, 10 mars 2011, n° 10-11.732, *Bull.* II, n° 65
Cass. civ. 1^e, 5 avril 2012, n° 11-14.177, *Bull.* I, n° 85
Cass. civ. 2^e, 12 juillet 2012, n° 11-18.399, *Bull.* II, n° 132
Cass. civ. 1^e, 16 janvier 2013, n° 12-14.439, *Bull.* I, n° 2
Cass. civ. 2^e, 29 janvier 2015, n° 13-24.691, *Bull.* II, n° 19 (ECLI:FR:CCASS:2015:C200141)
Cass. civ. 1^e, 25 février 2016, n° 15-11.257, BICC, n° 845, I, n° 978
(ECLI:FR:CCASS:2016:C100190)
Cass. civ. 1^e, 9 novembre 2016, n° 15-25.872, *Bull.* I (ECLI:FR:CCASS:2016:C101244)
Cass. civ. 1^e, 9 novembre 2016, n° 15-25.873, *Bull.* I (ECLI:FR:CCASS:2016:C101245)
Cass. civ. 1^e, 9 novembre 2016, n° 15-25.875, inédit (ECLI:FR:CCASS:2016:C101246)
Cass. civ. 2^e, 9 novembre 2017, n° 16-20.404, *Bull.* II (ECLI:FR:CCASS:2017:C201442)
Cass. civ. 1^e, 7 mars 2018, n° 16-17.880, inédit (ECLI:FR:CCASS:2018:C100255)
Cass. civ. 2^e, 19 décembre 2019, n° 18-16.974, *Bull.* (ECLI:FR:CCASS:2019:C202157)

2/ - Chambre sociale de la Cour de cassation³⁹⁶⁵ :

Cass. soc., 14 juin 1972, n° 71-12.508, *Bull.* V, n° 425, p. 388
Cass. soc., 28 avril 1988, n° 87-41.804, *Bull.* V, n° 257, p. 168
Cass. soc., 24 janvier 1990, n° 89-41.003, *Bull.* V, n° 32, p. 20
Cass. soc., 12 avril 1995, n° 93-10.982, *Bull.* V, n° 134, p. 97
Cass. soc., 12 février 1997, n°s 95-41.694 et 95-41.695, *Bull.* V, n° 58, p. 38
Cass. soc., 2 décembre 1998, n° 96-44.258, *Bull.* V, n° 535, p. 402
Cass. soc., 17 mars 1999, n° 97-45.555, *Bull.* V, n° 126, p. 92
Cass. soc., 1^{er} juin 1999, n° 96-43.617, *Bull.* V, n° 249, p. 180
Cass. soc. 23 novembre 1999, n° 97-42.940, *Bull.* V, n° 447, p. 329
Cass. soc., 28 mars 2000, n°s 97-45.258 et 97-45.259, *Bull.* V, n° 126, p. 95
Cass. soc., 26 avril 2000, n°s 98-42.643 et a., *Bull.* V, n° 151, p. 116
Cass. soc., 27 juin 2000, n° 98-43.439, *Bull.* V, n° 250, p. 195
Cass. soc., 4 juillet 2000, n° 98-43.285, *Bull.* V, n° 264, p. 209
Cass. soc., 13 mars 2001, n° 99-45.735, *Bull.* V, n° 87, p. 66
Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 00-45.359, inédit
Cass. soc., 30 avril 2003, n° 00-44.811, *Bull.* V, n° 152, p. 149
Cass. soc., 28 mai 2003, n° 02-40.273, *Bull.* V, n° 178, p. 174

³⁹⁶⁵ *Ibidem.*

Cass. soc., 3 juillet 2003, n^{os} 01-44.717, 01-44.718 et 01-44.522, *Bull. V*, n^o 214, p. 220

Cass. soc., 2 juin 2004, n^o 02-41.045, *Bull. V*, n^o 153, p. 145

Cass. soc., 23 juin 2004, n^o 02-41.011, *Bull. V*, n^o 181, p. 171

Cass. soc., 28 septembre 2004, n^o 03-42.624, *Bull. V*, n^o 227, p. 209

Cass. soc., 27 octobre 2004, n^o 04-41.008, *Bull. V*, n^o 267, p. 243

Cass. soc., 16 février 2005, n^o 02-43.182, *Bull. V*, n^o 53, p. 46

Cass. soc., 29 juin 2005, n^o 03-42.099, *Bull. V*, n^o 227, p. 198

Cass. soc., 16 février 2005, n^o 02-43.402, *Bull. V.*, n^o 52, p. 45

Cass. soc., 9 novembre 2005, n^o 04-41.339, inédit

Cass. soc., 23 novembre 2005, n^o 03-40.826, *Bull. V*, n^o 332, p. 293

Cass. soc., 2 février 2006, n^o 03-47.481, *Bull. V*, n^o 53, p. 47

Cass. soc., 12 juillet 2006, n^o 04-41.075, *Bull. V*, n^o 245, p. 232

Cass. soc., 17 octobre 2006, n^o 05-40.393, *Bull. V*, n^o 306, p. 293

Cass. soc., 20 septembre 2006, n^o 05-40.421, *Bull. V*, n^o 275, p. 261

Cass. soc., 21 décembre 2006, n^o 05-12.816, *Bull. V*, n^o 412, p. 399

Cass. soc., 9 janvier 2007, n^o 05-43.962, *Bull. V*, n^o 1, p. 1

Cass. soc., 30 mai 2007, n^o 05-18.755, inédit

Cass. soc., 17 octobre 2007, n^o 06-41.053, inédit

Cass. soc., 21 novembre 2007, n^o 06-44.573, inédit

Cass. soc., 12 février 2008, n^o 07-40.413, *Bull. V*, n^o 34

Cass. soc., 20 février 2008, n^{os} 06-40.085 et 06-40.615, *Bull. V*, n^o 38

Cass. soc., 4 mars 2008, n^o 06-45.258, inédit

Cass. soc., 1^{er} avril 2008, n^o 07-40.114, *Bull. V*, n^o 79

Cass. soc., 10 avril 2008, n^o 06-45.821, inédit

Cass. soc., 25 mai 2018, n^o 16-22.137, inédit

Cass. soc., 27 mai 2008, n^o 07-40.145, inédit

Cass. soc., 24 septembre 2008, n^o 06-43.504 et autres, *Bull. V*, n^o 175

Cass. soc., 24 septembre 2008, n^{os} 06-45.747 et 06-45.794, *Bull. V*, n^o 175

Cass. soc., 3 décembre 2008, n^o 07-42.976, inédit

Cass. soc., 16 décembre 2008, n^o 06-45.262, *Bull. V*, n^o 249

Cass. soc., 27 janvier 2009, n^o 07-43.257, inédit

Cass. soc., 4 février 2009, n^o 07-42.697, *Bull. V*, n^o 33

Cass. soc., 3 mars 2009, n° 07-44.676, inédit
Cass. soc., 10 mars 2009, n° 07-44.092, *Bull. V*, n° 66
Cass. soc., 1^{er} juillet 2009, n° 08-40.988, *Bull. V*, n° 166
Cass. soc., 10 novembre 2009, n° 07-42.286, *Bull. V*, n° 245
Cass. soc., 10 novembre 2009, n° 07-42.849, *Bull. V*, n° 246
Cass. soc., 18 novembre 2009, n° 08-42.846, inédit
Cass. soc. 28 janvier 2010, n° 08-41.959, *Bull. V.*, n° 28
Cass. soc., 2 juin 2010, n° 08-43.277, inédit
Cass. soc., 2 juin 2010, n° 08-40.628, *Bull. V*, n° 124
Cass. soc., 29 septembre 2010, n° 09-42.057, inédit
Cass. soc., 16 novembre 2010, n° 09-42.956, inédit
Cass, soc., 15 décembre 2010, n° 08-44.955, inédit
Cass. soc., 19 janvier 2011, n° 09-70.076, inédit
Cass. soc., 25 janvier 2011, n° 09-40.217, inédit
Cass. soc., 25 janvier 2011, n° 09-42.766, *Bull. V*, n° 30
Cass. soc., 25 janvier 2011, n° 09-72.834, *Bull. V*, n° 29
Cass. soc., 2 février 2011, n° 10-20.415, inédit
Cass. soc., 5 mai 2011, n° 10-14.413, inédit
Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-14.067, *Bull. V.*, n° 166
Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-15.792, *Bull. V*, n° 166
Cass. soc., 5 juillet 2011, n° 10-19.561, inédit
Cass. soc., 28 septembre 2011, n° 10-14.662, inédit
Cass. soc., 29 septembre 2011, n° 10-12.722, *Bull. V*, n° 219
Cass. soc., 15 novembre 2011, n° 10-10.687, *Bull. V*, n° 259
Cass. soc., 23 novembre 2011, n° 10-18.571, inédit
Cass. soc., 11 janvier 2012, n° 10-16.657, inédit
Cass. soc., 11 janvier 2012, n° 10-28.213, *Bull. V*, n° 12
Cass. soc., 7 février 2012, n° 10-18.035, *Bull. V*, n° 55
Cass. soc., 7 février 2012, n° 10-19.505, *Bull. V*, n° 54
Cass. soc., 7 février 2012, n° 10-27.525, *Bull. V*, n° 57
Cass. soc., 14 mars 2012, n° 11-11.308, inédit
Cass. soc., 23 mai 2012, n° 10-23.521, *Bull. V*, n° 156

Cass. soc., 23 mai 2012, n° 10-18.341, *Bull. V*, n° 161

Cass. soc., 6 juin 2012, n° 10-21.489, *Bull. V*, n° 168

Cass. soc., 6 juin 2012, n° 10-27.766, *Bull. V*, n° 170

Cass. soc., 3 juillet 2012, n° 10-25.747, inédit

Cass. soc., 3 juillet 2012, n° 10-23.013, *Bull. V*, n° 206

Cass. soc., 3 juillet 2012, n° 10-25.747, inédit

Cass. soc., 11 juillet 2012, n° 10-15.905, *Bull. V*, n° 218

Cass. soc., 24 octobre 2012, n° 11-12.295, inédit

Cass. soc., 19 décembre 2012, n°s 10-20.526 et 10-20.528, *Bull. V*, n° 341
(ECLI:FR:CCASS:2012:SO02711)

Cass. soc., 6 février 2013, n°s 11-11.740 à 11-11.748, *Bull. V*, n° 27
(ECLI:FR:CCASS:2013:SO00240)

Cass. soc., 6 février 2013, n° 11-23.738, *Bull. V*, n° 31 (ECLI:FR:CCASS:2013:SO00243)

Cass. soc., 3 avril 2013, n°s 12-16.870 à 12-16.877, inédit (ECLI:FR:CCASS:2013:SO00632)

Cass. soc., 12 juin 2013, n° 12-14.153, *Bull. V*, n° 152 (ECLI:FR:CCASS:2013:SO01116)

Cass. soc., 12 juin 2013, n° 11-14.458, *Bull. V*, n° 156 (ECLI:FR:CCASS:2013:SO01114)

Cass. soc., 29 mai 2013, n° 11-28.734, *Bull. V*, n° 136 (ECLI:FR:CCASS:2013:SO00978)

Cass. soc., 19 juin 2013, n° 11-27.709, inédit (ECLI:FR:CCASS:2013:SO01125)

Cass. soc., 30 septembre 2013, n°s 12-14.752 et 12-14.964, *Bull. V*, n° 222
(ECLI:FR:CCASS:2013:SO01560)

Cass. soc., 9 octobre 2013, n° 12-17.882, *Bull. V*, n° 226 (ECLI:FR:CCASS:2013:SO01623)

Cass. soc., 29 octobre 2013, n° 12-22.447, *Bull. V*, n° 252 (ECLI:FR:CCASS:2013:SO01791)

Cass. soc., 26 novembre 2013, n° 12-24.690, *Bull. V*, n° 285 (ECLI:FR:CCASS:2013:SO01911)

Cass. soc., 26 novembre 2013, n°s 12-21.758 et 12-22.000, *Bull. V*, n° 283
(ECLI:FR:CCASS:2013:SO01908)

Cass. soc., 26 novembre 2013, n° 12-18.317, *Bull. V*, n° 284 (ECLI:FR:CCASS:2013:SO01909)

Cass. Soc. 12 février 2014, n° 12-26.652, inédit (ECLI:FR:CCASS:2014:SO00278)

Cass. soc., 30 avril 2014, n° 13-11.422, inédit (ECLI:FR:CCASS:2014:SO00799)

Cass. soc., 6 mai 2014 n° 12-29.387, inédit (ECLI:FR:CCASS:2014:SO00908)

Cass. soc., 6 mai 2014, n° 13-13.911, inédit (ECLI:FR:CCASS:2014:SO00911)

Cass. soc., 9 juillet 2014, n°s 13-16.434 et 13-16.805, *Bull. V*, n° 186
(ECLI:FR:CCASS:2014:SO01493)

Cass. soc., 15 janvier 2014, n° 12-27.261 et a., *Bull. V*, n° 14 (ECLI:FR:CCASS:2014:SO00097)

Cass. soc., 9 juillet 2014, n° 13-16.434, *Bull. V*, n° 186 (ECLI:FR:CCASS:2014:SO01493)

Cass. soc., 13 novembre 2014, n° 13-17.459, inédit (ECLI:FR:CCASS:2014:SO02024)

Cass. soc., 3 décembre 2014, n° 13-21.611, inédit (ECLI:FR:CCASS:2014:SO02191)

Cass. soc., 3 mars 2015, n° 13-23.521, *Bull.* V, n° 32 (ECLI:FR:CCASS:2015:SO00394)

Cass. soc., 4 mars 2015, n° 13-20.496, inédit (ECLI:FR:CCASS:2015:SO00374)

Cass. soc., 17 mars 2015, n° 13-27.142, *Bull.* V, n° 53 (ECLI:FR:CCASS:2015:SO00469)

Cass. soc., 9 juillet 2015, n° 14-12.779, *Bull. civ* (ECLI:FR:CCASS:2015:SO01271)

Cass. soc., 30 septembre 2015, n° 14-14.962, inédit (ECLI:FR:CCASS:2015:SO01509)

Cass. soc., 30 septembre 2015, n° 14-17.748, BICC, n° 836, soc. n° 255 (ECLI:FR:CCASS:2015:SO01554)

Cass. soc., 25 novembre 2015, n° 14-20.527, BICC, n° 836, soc. n° 506 (ECLI:FR:CCASS:2015:SO02024)

Cass. soc., 3 février 2016, n° 14-18.600, BICC, n° 844, soc., n° 878 (ECLI:FR:CCASS:2016:SO00272)

Cass. soc., 30 juin 2016, n° 15-10.557, *Bull.* V (ECLI:FR:CCASS:2016:SO01309)

Cass. soc., 14 septembre 2016, n° 15-15.944, *Bull.* (ECLI:FR:CCASS:2016:SO01598)

Cass. soc., 28 septembre 2016, n° 14-26.387, inédit (ECLI:FR:CCASS:2016:SO01564)

Cass. soc., 5 octobre 2016, n° 15-16.923, inédit (ECLI:FR:CCASS:2016:SO01734)

Cass. soc., 16 novembre 2016, n° 15-17.163, inédit (ECLI:FR:CCASS:2016:SO02093)

Cass. soc., 14 décembre 2016, n° 14-21.325, *Bull.* V (ECLI:FR:CCASS:2016:SO02344)

Cass. soc., 22 février 2017, n° 15-24.306, inédit (ECLI:FR:CCASS:2017:SO00354)

Cass. soc., 26 octobre 2017, n° 16-14.822, inédit (ECLI:FR:CCASS:2017:SO02320)

Cass. soc., 15 novembre 2017, n° 16-14.281, *Bull.* V, n° 193 (ECLI:FR:CCASS:2017:SO02445)

Cass. soc., 12 avril 2018, n° 16-25.503, inédit (ECLI:FR:CCASS:2018:SO00609)

Cass. soc., 30 mai 2018, n° 16-21.583, *Bull.* V (ECLI:FR:CCASS:2018:SO00866)

Cass. soc., 20 juin 2018, n° 16-25.511, inédit (ECLI:FR:CCASS:2018:SO01004)

Cass. soc., 12 septembre 2018, n° 16-26.333, *Bull.* V (ECLI:FR:CCASS:2018:SO01232)

Cass. soc., 3 octobre 2018, n° 17-20.802, inédit (ECLI:FR:CCASS:2018:SO01368)

Cass. soc., 7 novembre 2018, n° 17-15.833, *Bull.* (ECLI:FR:CCASS:2018:SO01594)

Cass. soc., 21 novembre 2018, n° 17-11.122, *Bull.* (ECLI:FR:CCASS:2018:SO01671)

Cass. soc., 21 novembre 2018, n° 17-17.198, inédit (ECLI:FR:CCASS:2018:SO01690)

Cass. soc., 3 avril 2019, n° 18-10.414, inédit (ECLI:FR:CCASS:2019:SO00575)

Cass. soc., 17 avril 2019, n° 16-15.199, inédit (ECLI:FR:CCASS:2019:SO00675)

Cass. soc., 29 mai 2019, n° 17-20.080, inédit (ECLI:FR:CCASS:2019:SO00860)

Cass. soc., 25 septembre 2019, n° 17-27.459, inédit (ECLI:FR:CCASS:2019:SO01273)

Cass. soc., 23 octobre 2019, n° 17-28.538, inédit (ECLI:FR:CCASS:2019:SO01492)
Cass. soc., 14 novembre 2019, n° 18-15.682, *Bull.* (ECLI:FR:CCASS:2019:SO01567)
Cass. soc., 29 janvier 2020, n° 18-21.862, *Bull.* (ECLI:FR:CCASS:2020:SO00116)

3/ - Chambre criminelle de la Cour de cassation³⁹⁶⁶ :

Cass. crim., 22 décembre 1975, n° 74-92.080, inédit
Cass. crim., 1^{er} décembre 1981, n° 80-92.810, *Bull. crim.*, n° 317
Cass. crim., 8 juillet 1986, n° 85-94458, *Bull. crim.*, n° 233, p. 596
Cass. crim., 14 octobre 1986, n° 85-96.369, *Bull. crim.*, n° 287, p. 733
Cass. crim., 25 avril 1989, n° 86-96.046, inédit
Cass. crim., 16 janvier 1990, n° 88-81.285, inédit
Cass. crim., 30 janvier 1990, n° 86-92.690
Cass. crim., 2 février 1993, n° 91-80.368, inédit
Cass. crim., 30 novembre 1993, n° 93-81.291, inédit
Cass. crim., 15 juin 1993, n° 92-82.509, *Bull. crim.*, n° 210, p. 530
Cass. crim., 30 novembre 1993, n° 93-81.291, inédit
Cass. crim., 11 janvier 1994, n° 89-86.990, inédit
Cass. crim., 15 novembre 1994, n° 93-84.503, inédit
Cass. crim., 3 mai 1995, n° 95-80.725, *Bull. crim.*, n° 161, p. 446
Cass. crim., 13 avril 1999, n° 98-82.277, inédit
Cass. crim., 11 mai 1999, n° 97-81.653, *Bull. crim.*, n° 93, p. 252
Cass. crim., 14 juin 2000, n° 99-81.108, *Bull. crim.*, n° 226, p. 669
Cass. crim., 12 septembre 2000, n° 99-87.251, inédit
Cass. crim., 3 avril 2002, n° 01-83.857, inédit
Cass. crim., 11 juin 2002, n° 01-85.559, *Bull. crim.*, n° 131, p. 482
Cass. crim., 3 juin 2003, n° 02-86.158, inédit
Cass. crim., 6 janvier 2004, n° 02- 88 240, *Bull. crim.* n° 4, p. 10
Cass. crim., 12 octobre 2004, n°^{os} 04-80.624 et 04-80.625, inédit
Cass. crim., 23 novembre 2004, n° 03-84.389, inédit
Cass. crim., 9 novembre 2004, n° 03-87.444, *Bull. crim.*, n° 273, p. 1022
Cass. crim., 7 juin 2005, n° 04-87.354, inédit

³⁹⁶⁶ *Ibidem.*

Cass. crim., 3 avril 2007, n° 06-81.784, *Bull. crim.*, n° 105, p. 507
Cass. crim., 25 septembre 2007, n° 05-88.324, *Bull. crim.*, n° 220
Cass. crim., 18 décembre 2007, n° 06-82.245, *Bull. crim.*, n° 312
Cass. crim., 15 janvier 2008 n° 07-82.380, inédit
Cass. crim., 29 janvier 2008, n° 07-80.264, inédit
Cass. crim., 2 septembre 2008, n° 07-81.661, *Bull. crim.*, n° 174
Cass. crim., 30 septembre 2008, n° 08-81.148, inédit
Cass. crim., 25 novembre 2008, n° 07-88.006, *Bull. crim.*, n° 238
Cass. crim., 20 janvier 2009, n° 08-83.710, *Bull. crim.*, n° 19
Cass. crim., 23 juin 2009, n° 07-85.109, *Bull. crim.*, n° 126
Cass. crim., 21 juin 2011, n° 10-85.641, inédit
Cass. crim., 11 avril 2012, n° 11-83.816, *Bull. crim.*, n° 95
Cass. crim., 22 mai 2012, n° 10-88.315, *Bull. crim.*, n° 131
Cass. crim., 27 novembre 2012, n° 11-84.395, inédit
Cass. crim., 19 novembre 2013, n° 12-83.294, *Bull. crim.*, n° 228
(ECLI:FR:CCASS:2013:CR05118)
Cass. crim., 14 janvier 2014, n° 12-85.091, inédit (ECLI:FR:CCASS:2014:CR06320)
Cass. crim., 30 avril 2014, n° 13-88.162, *Bull. crim.*, n° 119 (ECLI:FR:CCASS:2014:CR02211)
Cass. crim., 12 novembre 2014, n° 13-84.318, inédit (ECLI:FR:CCASS:2014:CR05547)
Cass. crim., 4 février 2015, n° 14-90.048, *Bull. crim.* n° 26 (ECLI:FR:CCASS:2015:CR00182)
Cass. crim., 16 juin 2015, n° 13-28.129, inédit (ECLI:FR:CCASS:2015:SO01049)
Cass. crim., 22 septembre 2015, n° 14-84.802, inédit (ECLI:FR:CCASS:2015:CR03577)
Cass. crim., 30 mars 2016, n° 14-88.355, inédit (ECLI:FR:CCASS:2016:CR01746)
Cass. crim., 21 juin 2016, n° 15-80.365, *Bull. crim.*, n° 187 (ECLI:FR:CCASS:2016:CR03146)
Cass. crim., 8 janvier 2019, n° 17-82.675, inédit (ECLI:FR:CCASS:2019:CR03030)

4/ - Assemblée plénière et chambre mixte de la Cour de cassation³⁹⁶⁷ :

Cass. ch. mixte, 7 mai 1982, n° 79-12.006, *Bull. ch. mixte*, n° 2
Cass. Ass., 23 février 2001, n° 99-16.165, *Bull. AP*, n° 5, p. 10
Cass. Ass., 7 janvier 2011, n°^{os} 09-14.316 et 09-14.667, *Bull. AP*, n° 1
Cass. Ass., 6 mars 2015, n° 14-84.339, *Bull. crim.*, AP, n° 2 (ECLI:FR:CCASS:2015:CR90617)

³⁹⁶⁷ *Ibidem*.

5/ - Conseils de prud'hommes, tribunaux judiciaires et cours d'appel³⁹⁶⁸ :

CA Grenoble, 18 avril 2001, n° 00/00657
CA Montpellier, ch. corr., 5 juin 2001, n° 00/01711
CA Toulouse, ch. corr., 4 avril 2002, n° 01/00133
CA Metz, 16 mai 2002, n° 02/00462
CA Montpellier, 25 mars 2003, n° 02/00504
CA Pau, 11 septembre 2003, n° 02/00266
CA Paris, 17 octobre 2003, n° 03/00387
CA Lyon, ch. 7, 18 décembre 2003, n° 02/00923
CA Toulouse, ch. 3, 5 octobre 2004, n° 03/00593
CA Grenoble, ch. corr., 27 octobre 2005, n° 04/01355
CA Paris, ch. 18 A, 13 juin 2006, n° 04/308118
CA Paris, ch. 22, 4 octobre 2006, n° 05/01563
CA Grenoble, ch. corr., 8 novembre 2006, n° 06/00053
CA Montpellier, ch. corr., 12 décembre 2006, n° 06/00769
TGI Vienne, corr., 9 janvier 2007, n° 3/2007
CA Amiens, ch. corr., 21 février 2007, n° 06/00190
CA Montpellier, ch. corr., 20 mars 2007, n° 06/01447
CA Versailles, 23 mars 2007, n° 05/04505
CA Nîmes, 25 avril 2007, n° 06/03376
CA Versailles, ch. 5 B, 26 avril 2007, n° 06/01135
CA Paris, ch. 22, 30 avril 2007, n° 05/04440
CA Chambéry, ch. soc., 3 mai 2007, n° 06/00092
CA Dijon, ch. soc., 31 mai 2007, n° 06/01279
CA Nancy, 29 juin 2007, n°^{os} 04/03291 et 04/03292
CA Paris, ch. 11, 6 juillet 2007, n° 06/07900
CA Toulouse, 7 septembre 2007, n° 06/03068
CA Pau, 10 septembre 2007, n° 06/01482
CA Agen, 6 novembre 2007, n° 06/01400
CA Douai, 29 février 2008, n° 07/01564

³⁹⁶⁸ La plupart des décisions ici mentionnées, à défaut de publication officielle, ont été recueillies sur la base de données des sites Dalloz ou Doctrine. Le numéro indiqué est le numéro de répertoire général / numéro de rôle (n° RG).

CA Chambéry, ch. corr., 13 mars 2008, n° 06/00694
CA Paris, 26 mars 2008, n° 05/00312
CA Grenoble, ch. corr., 30 avril 2008, n° 07/00202
TGI Amiens, corr., 20 mai 2008, n° 1176/08
CA Douai, 27 juin 2008, n° 07/02646
CA Paris, 23 septembre 2008, n° 06/07596
CA Paris, 6 novembre 2008, n° 07/05190
CPH Caen, 25 novembre 2008, n° 06/00120
CA Lyon, ch. 7, 4 février 2009, n° 1757/08
CA Paris, 19 février 2009, n° 07/03072
CA Amiens, ch. corr., 11 mars 2009, n° 08/01120
CA Montpellier, 3 juin 2009, n° 08/06324
CA Paris, pôle 6, ch. soc., 18 juin 2009, n° 09/01902
CA Rennes, 30 juin 2009, n° 11/00333
CA Angers, ch. soc. 30 juin 2009, n° 09/00530
CA Lyon, 4 septembre 2009, n° 08/04068
CA Nîmes, 13 octobre 2009, n° 08/03546
CA Montpellier, ch. soc., 6 novembre 2009, n° 11/00703
CA Aix-en-Provence, ch. 9, 14 janvier 2010, n° 08/05750
CA Toulouse, 19 février 2010, n° 08/06630
CA Grenoble, 8 mars 2010, n° 08/03871
CA Nancy, 8 avril 2010, n° 09NC00909
CA Paris, 20 mai 2010, n° 09/08607
CA Toulouse, 16 juin 2010, n° 08/05159
CA Paris 1er juillet 2010, n° 09/08522
CA Nîmes, 14 septembre 2010, n° 09/00235
CA Besançon, ch. soc., 28 septembre 2010, n° 09/01953
CA Paris, pôle 6, ch. 3, 28 septembre 2010, n° 09/08197 et 09/08200
CA Aix-en-Provence, ch. 18, 12 octobre 2010, n° 08/18150
CA Versailles, 27 octobre 2010, n° 10/00254
CA Montpellier, 27 octobre 2010, n° 10/01174
CA Versailles le 28 octobre 2010, n° 09/02217

TGI Marseille, 16 novembre 2010, n° 08-10031
CA Bordeaux, 22 septembre 2011, n° 10/05162
CA Nîmes, ch. soc., 11 octobre 2011, n°s 10/01411 et 11/01411
CA Orléans, 15 novembre 2011, n° 10/01990
CA Bastia, 16 novembre 2011, n° 10/00801
CA Aix-en-Provence, ch. 9 B, 24 novembre 2011, n° 09/22043
CA Douai, 3 février 2012, n°s 11/00193, 11/00201, 11/00205, 11/00209, 11/00213 et 11/00282
TGI Albertville, (ch. civ.), 21 février 2012, n° 12/00048
CA Colmar, 15 mars 2012, n° 10/05414
CPH Nanterre, 6 avril 2012, n° 10/00771
CA Metz, ch. soc., 15 mai 2012, n° 09/01932
TGI Nanterre, 13 juin 2012, n° 13/01276
CA Paris, pôle 6, ch. 7, 21 juin 2012, n° 09/06962
CA Paris, pôle 6, ch. 9, 4 septembre 2012, n° 10/08516
CA Lyon, 10 septembre 2012, n° 11/03177
CA Metz, ch. soc., 11 septembre 2012, n° 1002990
CA Besançon, ch. soc., 11 septembre 2012, n° 11/01611
CA Versailles, 12 septembre 2012, n° 11/08806
CA Basse-Terre, 24 septembre 2012, n° 11/00675
CA Paris, pôle 6, ch. 7, 27 septembre 2012, n° 10/10410
CA Paris, pôle 6, ch. 4, 16 octobre 2012, n° 10/10873
CA Versailles, ch. 11, 22 octobre 2012, n° 10/03817
CA Paris, pôle 6, ch. 2, 8 novembre 2012, n°s 11/10742 et 11/10744
CA Paris, 13 décembre 2012, n° 11/12367
CA Nîmes, ch. soc., 29 janvier 2013, n°s 11/05374, 11/05375, 11/05376 et 11/05377
CA Versailles, 19 février 2013, n° 11/04707
TGI Grenoble, ch. civ., 18 mars 2013, n° 12/05389
CA Colmar, 28 mars 2013, n° 11/04717
CA Angers, ch. soc., 16 avril 2013, n° 11/01063
CA Paris, 15 mai 2013, n° 11/12675
CA Paris, 22 mai 2013, n° 11/07510
CA Versailles, 19 juin 2013, n° 12/06311

CA Aix-en-Provence, 8 octobre 2013, n° 11/22183
CA Paris, pôle 6, ch. 2, 20 février 2014, n° 13/05867
CA Paris, 26 février 2014, n° 11/11688
CA Paris 13 mars 2014, n° 13/07929
CA Versailles, 28 mai 2014, n° 12/01256
CA Poitiers, ch. soc., 11 juin 2014, n° 13/02151
CA Nancy, ch. soc., 17 octobre 2014, n° 12/01373
CA Versailles, ch. 15, 29 octobre 2014, n° 1302784
CA Versailles, 18 novembre 2014, n° 14/01108
CA Paris, pôle 6, ch. 1, 24 novembre 2014, n° 13/01806
CA Poitiers, ch. soc., 3 décembre 2014, n° 13/03569
CA Agen, ch. soc., 13 janvier 2015, n° 14/00819
CA Angers, ch. soc., 13 janvier 2015, n° 11/02449
CA Paris, 5 février 2015, n° 14/04559
CA Toulouse, 27 février 2015, n° 14/05198
CA Paris, pôle 6, ch. 4, 2 juin 2015, n° 14/02116
CA Paris, 24 juin 2015, n°s 13/24255, 13/24261, 13/24262, 13/24277 et 13/24300
CA Rennes, 16 octobre 2015, n° 15/03070
CA Paris 22 octobre 2015, n° 14/09895
CA Toulouse, ch. 4, sect. 1, 29 janvier 2016, n° 14/00360
CA Angers, ch. soc., 2 février 2016, n° 13/01210
CA Besançon, 2 février 2016, n°s 15/02035, 15/02036 et 15/02037
CA Versailles, ch. 9, 18 mars 2016, n° 14/04196
CA Riom, ch. civ., 7 juin 2016, n° 14/00514
CA Paris, pôle 6, ch. 8, 22 septembre 2016, n° 14/07337
CA Versailles, 25 octobre 2016, n° 15/05515
CA Versailles, 16 novembre 2016, n° 14/05268
CA Paris, pôle 6, ch. 10, 30 novembre 2016, n° 15/04401
CA Versailles, ch. 15, 4 janvier 2017, n° 15/02008
CA Amiens, 10 janvier 2017, n° 14/02952
CA Paris, pôle 6, ch. 4, 24 janvier 2017, n° 12/09692
CA Rouen, ch. soc., 7 février 2017, n° 15/02038

CA Versailles, ch. 17, 8 février 2017, n° 13/01594
CA Paris, pôle 6, ch. 9, 22 mars 2017, n° 15/07533
CA Nîmes, ch. soc., 9 mai 2017, n°s 15/05225 et 15/05227
CA Nîmes, ch. soc., 4 juillet 2017, n° 15/04304
CA Douai, ch. soc., 27 octobre 2017, n° 16/03685
CA Angers, ch. soc., 7 novembre 2017, n°s 14/02535, 14/02536, 14/02537 et 14/02546
CA Paris, pôle 6, ch. 8, 9 novembre 2017, n°s 14/14485 et 14/14486
CA Paris, pôle 6, ch. 9, 22 novembre 2017, n° 13/10542
CA Paris, 31 janvier 2018, n° 15/11747
CA Caen, 2 février 2018, n° 16/02344
CA Paris, pôle 6, ch. 10, 21 février 2018, n° 16/02237
CA Toulouse, 28 février 2018, n° 17/03516
CA Poitiers, ch. soc., 2 mai 2018, n° 17/03132
CA Paris, pôle 6, ch. 7, 3 mai 2018, n° 15/12973
CA Nancy, 18 mai 2018, n° 16/01083
CA Paris, pôle 6, ch. 11, 5 juin 2018, n° 15/10871
CA Paris, 6 juin 2018, n° 16/13093
CA Versailles, 28 juin 2018, n° 16/01701
CA Paris, 29 août 2018, n° 18/01214
CA Paris, pôle 6, ch. 9, 31 octobre 2018, n° 16/08572
CA Paris, pôle 6, ch. 2, 8 novembre 2018, n° 18/00329
CA Paris, pôle 6, ch. 6, 5 décembre 2018, n° 16/09792
CA Paris, pôle 6, ch. 4, 16 janvier 2019, n° 16/07403
CA Rennes, ch. 7, 25 janvier 2019, n° 14/03045
CA Versailles, ch. 21, 14 février 2019, n° 17/01270
CA Paris, 3 avril 2019, n° 14/11428
CA Toulouse, ch. 4, sect. 1, 10 mai 2019, n° 17/02966
CA Versailles, ch. 6, 18 avril 2019, n° 17/01210
CA Paris, pôle 6, ch. 7, 23 mai 2019, n° 17/14921
CA Versailles, 19 juin 2019, n° 18/01049
CA Versailles, ch. 17, 25 septembre 2019, n°s 17/00249, 17/00251, 17/00255, 17/00256, 17/00259, 17/00263, 17/00264, 17/00290, 17/00291, 17/00292
CA Paris, pôle 6, ch. 5, 5 décembre 2019, n° 17/10760

CPH Paris, 17 décembre 2019, n° 17/10051

CA Versailles, ch. 21, 19 décembre 2019, n° 18/03801

D/ - Défenseur des droits et HALDE :

HALDE, Délibération n° 2005-103, 9 janvier 2006

HALDE, Délibération n° 2006-64, 3 avril 2006

HALDE, Délibération n° 2006-100, 22 mai 2006

HALDE, Délibération n° 2006-292, 11 décembre 2011

HALDE, Délibération n° 2007-75, 26 mars 2007

HALDE, Délibérations n° 2008-38 et s., 3 mars 2008

HALDE, Délibération n° 2008-135, 16 juin 2008

HALDE, Délibération n° 2009-21, 26 janvier 2009

HALDE, Délibération n° 2009-42, 9 février 2009

HALDE, Délibération n° 2009-103, 16 février 2009

HALDE, Observations n° 2009-104 et s., 16 février 2009

HALDE, Délibération n° 2009-420, 21 décembre 2009

HALDE, Délibération n° 2010-180, 6 septembre 2010

HALDE, Délibérations n° 2010-242 et s., 18 octobre 2010

HALDE, Délibération n° 2010-272, 13 décembre 2010

HALDE, Délibération n° 2010-273, 13 décembre 2010

HALDE, Décision n° 2011-26, 31 janvier 2011

HALDE, Délibérations n°^{os} 2011-44, 2011-45 et 2011-46, 28 février 2011

HALDE, Délibération n° 2011-66, 7 mars 2011

DDD, Décision n° LCD-2011-53, 31 octobre 2011

DDD, Décision n° MLD-2012-53, 26 mars 2012

DDD, Décision n° MLD 2012-66, 8 avril 2012

DDD, Décision n° MLD-2012-88, 26 juin 2012

DDD, Décision n° MLD-2012-153, 4 juillet 2012

DDD, Décision n° MLD 2012-119, 19 septembre 2012

DDD, Décision n° MLD-2013-6, 28 février 2013

DDD, Décision n° MLD-2013-7, 5 mars 2013

DDD, Décision n° MLD-2013-103, 20 juin 2013

DDD, Décision n° 2013-431, 31, décembre 2013
DDD, Décision n° MLD 2013-266, 14 janvier 2014
DDD, Décision n° MLD-2014-081, 26 mai 2014
DDD, Décision n° MLD 2014-061, 29 juillet 2014
DDD, Décision n° MLD-2014-178, 8 décembre 2014
DDD, Décision n° MLD-2014-149, 22 décembre 2014
DDD, Décision n° MLD-2014-204, 22 décembre 2014
DDD, Décision n° MLD-2015-102, 13 mai 2015
DDD, Décision n° MDE-MSP-MLD-2015-154, 8 juin 2015
DDD, Décision n° MLD-2015-209, 8 septembre 2015
DDD, Décision n° MLD-2015-216, 10 septembre 2015
DDD, Décision n° MLD-2015-225, 7 octobre 2015
DDD, Décision n° MLD-2016-053, 22 février 2016
DDD, Décision n° MLD-2016-12, 30 mai 2016
DDD, Décision n° MLD-2016-032, 12 juillet 2016
DDD, Décision n° MLD-2016-168, 13 juillet 2016
DDD, Décision n° MLD-MSP 2016-299, 16 décembre 2016
DDD, Décision n° 2017-064, 23 février 2017
DDD, Décision n° 2018-194, 2 octobre 2018
DDD, Décision-cadre n° 2019-205, 2 octobre 2019

II/ - Jurisprudence européenne :

A/ - Jurisprudence de l'Union européenne³⁹⁶⁹ :

CJCE, 17 juillet 1963, *Italie c. Commission de la CEE*, aff. 13/63 (ECLI:EU:C:1963:20)
CJCE, 12 février 1974, *Gionvani Maria Sotgiu*, aff. 152/73 (ECLI:EU:C:1974:13)
CJCE, 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne II*, aff. 43/75 (ECLI:EU:C:1976:56)
CJCE, 1^{er} ch., 27 octobre 1976, *Vivien Prais*, aff. C-130/75 (ECLI:EU:C:1976:142)
CJCE, 19 octobre 1977, *Ruckdeschel*, aff. 117/76 et 16/77 (ECLI:EU:C:1977:160)

³⁹⁶⁹ Outre le nom de la juridiction, les références aux décisions des juridictions de l'Union européenne comprennent les précisions suivantes : nature de la formation, date de lecture de la décision, nom de la décision, numéro de l'affaire, identifiant européen de la jurisprudence ayant vocation à se substituer à la mention du recueil de la jurisprudence.

CJCE, 19 octobre 1977, *SA Moulin et Huileries de Pont-à-Mousson*, aff. jointes 124/76 et 20/77 (ECLI:EU:C:1977:161)

CJCE, 31 mars 1981, *Jenkins*, aff. 96/80 (ECLI:EU:C:1981:80)

CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et E.Karmann*, aff. 14/83 (ECLI:EU:C:1984:153)

CJCE, 10 avril 1984, *Doris Hartz*, aff. 79/83 (ECLI:EU:C:1984:155)

CJCE, 1^{er} ch., 13 novembre 1984, *Firma A. Racke*, aff. 283/83 (ECLI:EU:C:1984:344)

CJCE, 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus*, aff. C-170/84 (ECLI:EU:C:1986:204)

CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston*, aff. 222/84 (ECLI:EU:C:1986:206)

CJCE, 30 juin 1988, *Commission des Communautés européennes c. République française*, aff. 318/86 (ECLI:EU:C:1988:352)

CJCE, 25 octobre 1988, *Commission c. France*, aff. C-312/86 (ECLI:EU:C:1988:485)

CJCE, 13 juillet 1989, *Ingrid Rinner-Kühn*, aff. 171/88 (ECLI:EU:C:1989:328)

CJCE, 17 octobre 1989, *Danfoss*, aff. 109/88 (ECLI:EU:C:1989:383)

CJCE, 27 octobre 1993, *Pamela Mary Enderby*, aff. C-127/92 (ECLI:EU:C:1993:859)

CJCE, 14 février 1995, *Roland Schumacker*, aff. C-279/93 (ECLI:EU:C:1995:31)

CJCE, 17 octobre 1995, *Eckhard Kalanke*, aff. C-450/93 (ECLI:EU:C:1995:322)

CJCE, 5^e ch., 23 mai 1996, *John O'Flynn*, aff. C-237/94 (ECLI:EU:C:1996:206)

CJCE, 11 novembre 1997, *Hellmut Marshall*, aff. C-409/95 (ECLI:EU:C:1997:533)

CJCE, 6^e ch., 17 juin 1998, *Kathleen Hill et Ann Stapleton*, aff. C-243/95 (ECLI:EU:C:1998:298)

CJCE, 30 juin 1998, *Mary Brown*, aff. C-394/96 (ECLI:EU:C:1998:331)

CJCE, 22 septembre 1998, *Belinda Jane Coote*, aff. C-185/97 (ECLI:EU:C:1998:424)

CJCE, 17 décembre 1998, *Baustablgewebe GmbH*, aff. C-185/95 P (ECLI:EU:C:1998:608)

CJCE, 9 février 1999, *Nicole Seymour-Smith*, aff. C-167/97 (ECLI:EU:C:1999:60)

CJCE, 26 octobre 1999, *Angela Maria Sirdar*, aff. C-273/97 (ECLI:EU:C:1999:523)

CJCE, 11 janvier 2000, *Tanja Kreil*, aff. C-285/98 (ECLI:EU:C:2000:2)

CJCE, 6^e ch., 13 avril 2000, *Kjell Karlsson e. a.*, aff. C-292/97 (ECLI:EU:C:2000:202)

CJCE, 5^e ch., 26 septembre 2000, *Bärbel Kachelmann*, aff. C-322/98 (ECLI:EU:C:2000:495)

CJCE, 6^e ch., 7 décembre 2000, *Julia Schnorbus*, aff. C-79/99 (ECLI:EU:C:2000:676)

CJCE, 6^e ch., 26 juin 2001, *Susanna Brunnhofer*, aff. C-381/99 (ECLI:EU:C:2001:358)

CJCE, 19 mars 2002, *Lommers*, aff. C-476/99 (ECLI:EU:C:2002:183)

CJCE, 5^e ch., 23 octobre 2003, *Silvia Becker*, aff. jointes C-4/02 et C-5/02 (ECLI:EU:C:2003:583)

CJCE, 1^{er} ch., 27 janvier 2005, *Europe Chemi-Com*, aff. C-422/02 P (ECLI:EU:C:2005:56)

CJCE, 1^{er} ch., 10 mars 2005, *Vasiliki Nikoloudi*, aff. C-196/02 (ECLI:EU:C:2005:141)

CJCE, Grande ch., 15 mars 2005, *Dany Bidar*, aff. C-209/03 (ECLI:EU:C:2005:169)

CJCE, 2^e ch., 7 juillet 2005, *Commission c. Autriche*, aff. C-147/03 (ECLI:EU:C:2005:427)

CJCE, Grande ch., 11 juillet 2006, *Chacon Navas*, aff. C-13/05 (ECLI:EU:C:2006:456)

CJCE, Grande ch., 16 octobre 2007, *Felix Palacio de la Villa*, aff. C-411-05 (ECLI:EU:C:2007:604)

CJCE, Grande ch., 1^{er} avril 2008, *Tadao Maruko*, aff. C-267/06 (ECLI:EU:C:2008:179)

CJCE, 2^e ch., 10 juillet 2008, *Feryn*, aff. C-54/07 (ECLI:EU:C:2008:397)

CJCE, Grande ch., 17 juillet 2008, *J. Coleman*, aff. C-303/06 (ECLI:EU:C:2008:415)

CJCE, Grande ch., 16 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e. a.*, aff. C-127/07 (ECLI:EU:C:2008:728)

CJCE, 3^e ch., 5 mars 2009, *Age concern England*, aff. C-388/07 (ECLI:EU:C:2009:128)

CJUE, Grande ch., 12 janvier 2010, *Colin Wolf*, aff. C-229/08 (ECLI:EU:C:2010:3)

CJUE, Grande ch., 12 janvier 2010, *Domnica Petersen*, aff. C-341/08 (ECLI:EU:C:2010:4)

TPIUE, 3^e ch., 2 mars 2010, *Arcelor SA*, aff. T-16/04 (ECLI:EU:T:2010:54)

CJUE, 2^e ch., 18 novembre 2010, *Christine Kleist*, aff. C-356/09 (ECLI:EU:C:2010:703)

CJUE, 2^e ch., 21 juillet 2011, *Kelly*, aff. C-104/10 (ECLI:EU:C:2011:506)

CJUE, Grande ch., 13 septembre 2011, *Reinhard Prigge et al.*, aff. C-447/09 (ECLI:EU:C:2011:573)

CJUE, 2^e ch., 19 avril 2012, *Galina Meister*, aff. C-415/10 (ECLI:EU:C:2012:217)

CJUE, 5^e ch., 18 octobre 2012, *Pelati*, aff. C-603/10 (ECLI:EU:C:2012:639)

CJUE, 2^e ch., 6 décembre 2012, *Johann Odar*, aff. C-152/11 (ECLI:EU:C:2012:772)

CJUE, 2^e ch., 11 avril 2013, *HK Danmark*, aff. C-335/11 (ECLI:EU:C:2013:222)

CJUE, 3^e ch., 25 avril 2013, *Associatia Accept*, aff. C-81/12 (ECLI:EU:C:2013:275)

CJUE, 5^e ch., 17 octobre 2013, *Herbert Schaible*, aff. C-101/12 (ECLI:EU:C:2013:661)

CJUE, 5^e ch., 12 décembre 2013, *Frédéric Hay*, aff. C-267/12 (ECLI:EU:C:2013:823)

TPIUE, 3^e ch., 23 janvier 2014, *Gigaset AG*, aff. T-395/09 (ECLI:EU:T:2014:23)

CJUE, 5^e ch., 22 mai 2014, *Wolfgang Glatzel*, aff. C-356/12 (ECLI:EU:C:2014:350)

CJUE, 2^e ch., 19 juin 2014, *Specht*, aff. C-501/12 à C-506/12, C-540/12 et C-541/12 (ECLI:EU:C:2014:2005)

CJUE, 2^e ch., 13 novembre 2014, *Vital Pérez*, aff. C-416/13 (ECLI:EU:C:2014:2371)

CJUE, 4^e ch., 18 décembre 2014, *Fag og Arbejde (FOA)*, aff. C-354/13 (ECLI:EU:C:2014:2463)

CJUE, Grande ch., 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*, aff. C-83/14 (ECLI:EU:C:2015:480)

CJUE, 1^e ch., 28 juillet 2016, *Kratzler*, aff. C-423-15 (ECLI:EU:C:2016:604)

CJUE, 2^e ch., 29 septembre 2016, *Essent Belgium NV*, aff. C-492/14 (ECLI:EU:C:2016:732)

CJUE, 4^e ch., 10 novembre 2016, *Private Equity Insurance Group SLA*, aff. C-156/15 (ECLI:EU:C:2016:851)

CJUE, Grande ch., 15 novembre 2016, *Gorka Salaberria Sorondo*, aff. C-258/15 (ECLI:EU:C:2016:873)

CJUE, 1^e ch., 24 novembre 2016, *David L. Parris*, aff. C-443/15 (ECLI:EU:C:2016:897)

CJUE, 3^e ch., 1^{er} décembre 2016, *Daouidi*, aff. C-395/15 (ECLI:EU:C:2016:917)

CJUE, 2^e ch., 9 mars 2017, *Petya Milkova*, aff. C-406/15 (ECLI:EU:C:2017:198)

CJUE, Grande ch., 14 mars 2017, *Samira Achbita*, aff. C-157/15 (ECLI:EU:C:2017:203)

CJUE, Grande ch., 14 mars 2017, *Asma Bougnaoui*, aff. C-188/15 (ECLI:EU:C:2017:204)

CJUE, 1^e ch., 18 octobre 2017, *Maria-Eleni Kalliri*, aff. C-409/16 (ECLI:EU:C:2017:767)

CJUE, 5^e ch., 19 octobre 2017, *Elda Otero Ramos*, aff. C-531-15 (ECLI:EU:C:2017:789)

CJUE, Grande ch., 22 janvier 2019, *Cresco Investigation GmbH*, aff. C-193/17 (ECLI:EU:C:2019:43)

CJUE, 1^e ch., 26 juin 2019, *Gennaro Cafaro*, aff. C-396/18 (ECLI:EU:C:2019:929)

B/ - Conclusions des avocats généraux :

Conclusions de l'avocat général M. Walter Van Gerven, présentées le 15 juillet 1993, aff. C-132/92, *Birds Eye Walls* (ECLI:EU:C:1993:320)

Conclusions de l'avocat général M. Philippe Léger, présentées le 31 mai 1995, aff. C-317/93, *Inge Nolte* (ECLI:EU:C:1995:154)

Conclusions de l'avocat général M. Francis Geoffrey Jacobs, présentées le 6 juillet 2000, aff. C-79/99, *Julia Schnorbus* (ECLI:EU:C:2000:370)

Conclusions de l'avocat général M. Poiares Maduro présentées le 31 janvier 2008, aff. C-303/06, *Coleman* (ECLI:EU:C:2008:61)

Conclusions de l'avocate générale Mme Eleanor Sharpston, présentées le 25 juin 2009, aff. C-73/08, *Bressol et Chaverot* (ECLI:EU:C:2009:396)

Conclusions de l'avocat général M. Paolo Mengozzi présentées le 12 janvier 2012, aff. C-415/10, *Galina Meister* (ECLI:EU:C:2012:8)

Conclusions de l'avocate générale Mme Juliane Kokott présentées le 6 décembre 2012, aff. jointes C-335/11 et C-337/11, *HK Danmark* (ECLI:EU:C:2012:775)

Conclusions de l'avocat général M. Niilo Jääskinen présentées le 17 juillet 2014, aff. C-354/13, *FOA Fag og Arbejde* (ECLI:EU:C:2014:2106)

Conclusions de l'avocate générale Mme Juliane Kokott, présentées le 12 mars 2015, aff. C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria* (ECLI:EU:C:2015:170)

Conclusions de l'avocat général Mme Juliane Kokott présentées le 30 juin 2016, Affaire C-443/15, *Dr. David L. Parris* (ECLI:EU:C:2016:493)

C/ - Jurisprudence du Conseil de l'Europe³⁹⁷⁰ :

COUR EDH, Plén., 23 juillet 1968, *Affaire relative à certains aspects du système linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, req. n° 1474/62 ; 1677/62 ; 1691/62 ; 1769/63 ; 1994/63 ; 2126/64 (ECLI:CE:ECHR:1968:0723JUD000147462)

COUR EDH, Plén., 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70 (ECLI:CE:ECHR:1975:0221JUD000445170)

COUR EDH, Plén., 8 juin 1976, *Engel c. Pays-Bas*, req. n°s 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72 (ECLI:CE:ECHR:1976:0608JUD000510071)

COUR EDH, ch., 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, req. n° 6289/73 (ECLI:CE:ECHR:1979:1009JUD000628973)

COUR EDH, Plén., 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et de Meyere c. Belgique*, req. n°s 6878/75 et 7238/75 (ECLI:CE:ECHR:1981:0623JUD000687875)

COUR EDH, ch., 1^{er} octobre 1982, *Piersack c. Belgique*, req. n° 8692/79 (ECLI:CE:ECHR:1982:1001JUD000869279)

COUR EDH, Plén., 22 octobre 1984, *Sramek c. Autriche*, req. n° 8790/79 (ECLI:CE:ECHR:1984:1022JUD000879079)

COUR EDH, Plén., 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Espagne*, req. n°s 9214/80, 9473/81, 9474/81 (ECLI:CE:ECHR:1985:0528JUD000921480)

COUR EDH, ch., 27 août 1992, *Tomasi c. France*, req. n° 12850/87 (ECLI:CE:ECHR:1992:0827JUD001285087)

COUR EDH, ch., 27 octobre 1993, *Dombo Bebeer B. V. c. Pays-Bas*, req. n° 14448/88 (ECLI:CE:ECHR:1993:1027JUD001444888)

COUR EDH, ch., 21 novembre 1995, *Acquaviva c. France*, req. n° 19248/91 (ECLI:CE:ECHR:1995:1121JUD001924891)

COUR EDH, Grande ch., 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, req. n°s 31-32/1997/815-816/1018-1019 (ECLI:CE:ECHR:1998:0730JUD002298593)

COUR EDH, Grande ch., 18 février 1999, *Larkos c. Chypre*, req. n° 29515/95 (ECLI:CE:ECHR:1999:0218JUD002951595)

COUR EDH, Grande ch., 29 avril 1999, *Chassagnou c. France*, req. n°s 25088/94, 28331/95 et 28443/95 (ECLI:CE:ECHR:1999:0429JUD002508894)

COUR EDH, 3^e sect., 27 septembre 1999, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, req. n°s 33985/96 et 33986/96 (ECLI:CE:ECHR:1999:0927JUD003398596)

COUR EDH, 3^e sect., 27 septembre 1999, *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*, req. n°s 31417/96 et 32377/96 (ECLI:CE:ECHR:1999:0927JUD003141796)

COUR EDH, Grande ch., 16 février 2000, *Rowe et Davis c. Royaume-Uni*, req. n° 28901/95 (ECLI:CE:ECHR:2000:0216JUD002890195)

³⁹⁷⁰ Outre le nom de la juridiction, les références aux décisions des juridictions du Conseil de l'Europe comprennent les précisions suivantes : nature de la formation de la Cour EDH, date de lecture de la décision devenue définitive, nom de la décision, numéro de la requête, identifiant européen de la jurisprudence.

COUR EDH, Grande ch., 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, req. n° 34369/97
(ECLI:CE:ECHR:2000:0406JUD003436997)

COUR EDH, 4^e sect., 18 mai 2000, *Velikova c. Bulgarie*, req. n° 41488/98
(ECLI:CE:ECHR:2000:0518JUD004148898)

COUR EDH, Grande ch., 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, req. n° 30210/96
(ECLI:CE:ECHR:2000:1026JUD003021096)

COUR EDH, 3^e sect., 4 mai 2001, *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, req. n° 24746/94
(ECLI:CE:ECHR:2001:0504JUD002474694)

COUR EDH, 3^e sect., 26 février 2002, *Fretté c. France*, req. n° 36515/97
(ECLI:CE:ECHR:2002:0226JUD003651597)

COUR EDH, 4^e sect., 28 mai 2002, *Mc Shane c. Royaume-Uni*, req. n° 43290/98
(ECLI:CE:ECHR:2002:0528JUD004329098)

COUR EDH, 1^e sect., 30 octobre 2003, *Ganci c. Italie*, req. n° 41576/98
(ECLI:CE:ECHR:2003:1030JUD004157698)

COUR EDH, 2^e sect., 15 juillet 2003, *ER c. France*, req. n° 50344/99
(ECLI:CE:ECHR:2003:0715JUD005034499)

COUR EDH, 1^e sect., 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, req. n° 40016/98
(ECLI:CE:ECHR:2003:0724JUD004001698)

COUR EDH, 2^e sect., 30 mars 2004, *Radio France c. France*, req. n° 53984/00
(ECLI:CE:ECHR:2004:0330JUD005398400)

COUR EDH, 1^e sect., 6 janvier 2005, *Hoogendijk c. Pays-Bas*, req. n° 58641/00
(ECLI:CE:ECHR:2005:0106DEC005864100)

COUR EDH, Grande ch., 6 juillet 2005, *Natchova c. Bulgarie*, req. n°^{os} 43577/98 et 43579/98
(ECLI:CE:ECHR:2005:0706JUD004357798)

COUR EDH, Grande ch., 8 juillet 2003, *Sommerfeld c. Allemagne*, req. n° 31871/96
(ECLI:CE:ECHR:2003:0708JUD003187196)

COUR EDH, Grande ch., 8 juillet 2003, *Sabin c. Allemagne*, req. n° 30943/96
(ECLI:CE:ECHR:2003:0708JUD003094396)

COUR EDH, Grande ch., 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, req. n° 45036/98
(ECLI:CE:ECHR:2005:0630JUD004503698)

COUR EDH, 3^e sect., 21 juillet 2005, *Strain c. Roumanie*, req. n° 57001/00
(ECLI:CE:ECHR:2005:0721JUD005700100)

COUR EDH, 2^e sect., 13 décembre 2005, *Timichev c. Russie*, req. n°^{os} 55762/00 et 55974/00
(ECLI:CE:ECHR:2005:1213JUD005576200)

COUR EDH, Grande ch., 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 40080/07
(ECLI:CE:ECHR:2006:0412JUD006573101)

COUR EDH, 2^e sect., 12 juin 2006, *Frérot c. France*, req. n° 70204/01
(ECLI:CE:ECHR:2007:0612JUD007020401)

COUR EDH, 4^e sect., 20 juin 2006, *Zarb Adami c. Malte*, req. n° 17209/02
(ECLI:CE:ECHR:2006:0620JUD001720902)

COUR EDH, 4^e sect., 10 octobre 2006, *Paulík v. Slovakia*, req. n° 10699/05
(ECLI:CE:ECHR:2006:1010JUD001069905)

COUR EDH, 1^e sect., 31 mai 2007, *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c. Italie (n° 2)*, req. n° 26740/02 (ECLI:CE:ECHR:2007:0531JUD002674002)

COUR EDH, Grande ch., 13 novembre 2007, *DH et autres c. République tchèque*, req. n° 57325/00
(ECLI:CE:ECHR:2007:1113JUD005732500)

COUR EDH, Grande ch., 22 janvier 2008, *E.B. c. France*, req. n° 43546/02
(ECLI:CE:ECHR:2008:0122JUD004354602)

COUR EDH, 1^e sect., 22 mai 2008, *Petrov c. Bulgarie*, req. n° 15197/02
(ECLI:CE:ECHR:2008:0522JUD001519702)

COUR EDH, 1^e sect., 5 juin 2008, *Sampanis et autres c. Grèce*, req. n° 32526/05
(ECLI:CE:ECHR:2008:0605JUD003252605)

COUR EDH, 1^e sect., 17 juillet 2008, *Orsus et autres c. Croatie*, req. n° 15766/03
(ECLI:CE:ECHR:2008:0717JUD001576603)

COUR EDH, Grande ch., 18 février 2009, *Andrejeva c. Lettonie*, req. n° 55707/00
(ECLI:CE:ECHR:2009:0218JUD005570700)

COUR EDH, 2^e sect., 31 mars 2009, *Weller c. Hongrie*, req. n° 44399/05
(ECLI:CE:ECHR:2009:0331JUD004439905)

COUR EDH, 1^e sect., 30 avril 2009, *Glor c. Suisse*, req. n° 13444/04
(ECLI:CE:ECHR:2009:0430JUD001344404)

COUR EDH, 1^e sect., 30 juillet 2009, *Danilenkov et autres c. Russie*, req. n° 67336/01
(ECLI:CE:ECHR:2009:0730JUD006733601)

COUR EDH, Grande ch., 15 octobre 2009, *Micallef c. Malte*, req. n° 17056/06
(ECLI:CE:ECHR:2009:1015JUD001705606)

COUR EDH, 2^e sect., 1^{er} décembre 2009, *G.N. et autres c. Italie*, req. n° 43134/05
(ECLI:CE:ECHR:2009:1201JUD004313405)

COUR EDH, Grande ch., 22 décembre 2009, *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, req. n°s 27996/06
et 34836/06 (ECLI:CE:ECHR:2009:1222JUD002799606)

COUR EDH, Grande ch., 16 mars 2010, *Carson et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 42184/05
(ECLI:CE:ECHR:2010:0316JUD004218405)

COUR EDH, Grande ch., 16 mars 2010, *Orsus et autres c. Croatie*, req. n° 15766/03
(ECLI:CE:ECHR:2010:0316JUD001576603)

COUR EDH, 1^e sect., 10 juin 2010, *Schwizgebel c. Suisse*, req. n° 25762/07
(ECLI:CE:ECHR:2010:0610JUD002576207)

COUR EDH, 4^e sect., 13 juillet 2010, *Clift v. United Kingdom*, req. n° 7205/07
(ECLI:CE:ECHR:2010:0713JUD000720507)

COUR EDH, 1^e sect., 10 mars 2011, *Kiyutin c. Russie*, req. n° 2700/10
(ECLI:CE:ECHR:2011:0310JUD000270010)

COUR EDH, Grande ch., 7 juillet 2011, *Stummer v. Austria*, req. n° 37452/02
(ECLI:CE:ECHR:2011:0707JUD003745202)

COUR EDH, 4^e sect., 27 septembre 2011, *Bab v. the United Kingdom*, req. n° 56328/07
(ECLI:CE:ECHR:2011:0927JUD005632807)

COUR EDH, 3^e sect., 24 juillet 2012, *B.S. c. Espagne*, req. n° 47159/08
(ECLI:CE:ECHR:2012:0724JUD004715908)

COUR EDH, 1^e sect., 8 janvier 2013, *Efe v. Austria*, req. n° 9134/06
(ECLI:CE:ECHR:2013:0108JUD000913406)

COUR EDH, Grande ch., 19 février 2013, *X. et autres c. Autriche*, req. n° 19010/07
(ECLI:CE:ECHR:2013:0219JUD001901007)

COUR EDH, 1^e sect., 3 octobre 2013, *I.B. c. Grèce*, req. n° 552/10
(ECLI:CE:ECHR:2013:1003JUD000055210)

COUR EDH, 2^e sect., 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie*, req. n°s 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10, 18698 (ECLI:CE:ECHR:2014:0304JUD001864010)

COUR EDH, Grande ch., 1^{er} juillet 2014, *SAS c. France*, n° 43835/11
(ECLI:CE:ECHR:2014:0701JUD004383511)

COUR EDH, 1^e sect., 30 octobre 2014, *Palmero c. France*, req. n° 77362/11
(ECLI:CE:ECHR:2014:1030JUD007736211)

COUR EDH, 5^e sect., 21 mai 2015, *Peduzzi c. France*, req. n° 23487/12
(ECLI:CE:ECHR:2015:0521JUD002348712)

COUR EDH, 5^e sect., 18 juin 2015, *Société Bouygues construction et autres c. France*, req. n° 61265/10
(ECLI:CE:ECHR:2015:0618JUD006126510)

COUR EDH, 5^e sect., 5 novembre 2015, *Henrioud c. France*, req. n° 21444/11
(ECLI:CE:ECHR:2015:1105JUD002144411)

COUR EDH, 2^e sect., 2 février 2016, *Di Trizjo c. Suisse*, req. n° 7186/09
(ECLI:CE:ECHR:2016:0202JUD000718609)

COUR EDH, 2^e sect., 23 février 2016, *Çam c. Turquie*, req. n° 51500/08
(ECLI:CE:ECHR:2016:0223JUD005150008)

COUR EDH, Grande ch., 24 mai 2016, *Biao c. Danemark*, req. n° 38590/10
(ECLI:CE:ECHR:2016:0524JUD003859010)

COUR EDH, 1^e sect., 30 juin 2016, *Taddenci et McCall c. Italie*, req. n° 51362/09
(ECLI:CE:ECHR:2016:0630JUD005136209)

COUR EDH, 5^e sect., 30 juin 2016, *Duceau c. France*, req. n° 29151/11
(ECLI:CE:ECHR:2016:0630JUD002915111)

COUR EDH, 5^e sect., 12 juillet 2016, *Reichman c. France*, req. n° 50147/11
(ECLI:CE:ECHR:2016:0712JUD005014711)

COUR EDH, 2^e sect., 12 septembre 2016, *Guberina v. Croatie*, req. n° 23682/13
(ECLI:CE:ECHR:2016:0322JUD002368213)

COUR EDH, 2^e sect., 28 mars 2017, *Škorjanec c. Croatie*, req. n° 25536/14
(ECLI:CE:ECHR:2017:0328JUD002553614)

COUR EDH, 4^{ème} sect., 25 juillet 2017, *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, req. n° 17484/15
(ECLI:CE:ECHR:2017:0725JUD001748415)

COUR EDH, Grande ch., 6 novembre 2017, *Garib c. Pays-Bas*, req. n° 43494/09 (ECLI:CE:ECHR:2017:1106JUD004349409)

COUR EDH, Grande ch., 19 décembre 2018, *Molla Sali c. Grèce*, req. n° 20452/14 (ECLI:CE:ECHR:2018:1219JUD002045214)

III/ Jurisprudence internationale :

COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, 1^{er} novembre 2012, *Bikramjit Singh*, com. n° 1852/2008

COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, 2 juillet 2009, observation générale n° 20, E/C.12/GC/20

COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES FEMMES, 16 décembre 2010, recommandation générale n° 28, CEDAW/C/GC/28

COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES FEMMES, 27 septembre 2011, *Alyne da Silva Pimentel Teixeira c. Brésil*, com. n° 17/2008,

COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME, 1^{er} septembre 2015, *Gonzales Lluy et al. v. Ecuador*, n° 298

IV/ - Jurisprudence nationale étrangère :

A/ - Jurisprudence canadienne :

1/ Cour suprême du Canada³⁹⁷¹ :

Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink, [1982] 2 RCS 145

CN c. Canada (Commission Canadienne des droits de la personne), [1987] 1 RCS 1114

Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor), [1987] 2 RCS 84

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 RCS 143

Slaight Communications Inc. c. Davidson, [1989] 1 RCS 1038

Brooks c. Canada Safeway Ltd, [1989] 1 RCS 1219

Janzen c. Platy Enterprises Ltd., [1989] 1 RCS 1252

R. c. Turpin, [1989] 1 RCS 1296

Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Commission des droits de la personne), [1990] 2 RCS 489

Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor, [1990] 3 RCS 892

Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud, [1992] 2 RCS 970

³⁹⁷¹ Les références aux décisions de la Cour suprême du Canada correspondent à celles du recueil de la Cour suprême du Canada [URL : https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scr/fr/nav_date.do] et renseignent le nom de la décision, l'année, le numéro de volume puis la page du recueil de la Cour suprême au sein duquel elle est mentionnée (e.g. *Miron c. Trudel*, [1995] 2 RCS 418). Les références indiquées permettent également une consultation, plus aisée, par le biais de la base de données Lexum [<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/fr/nav.do>].

Canada (Procureur général) c. Mossop, [1993] 1 RCS 554

Miron c. Trudel, [1995] 2 RCS 418

Egan c. Canada, [1995] 2 RCS 513

Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés, [1996] 2 RCS 345

Ontario Home Builders Ass. c. Conseil scolaire de la région de York, [1996] 2 RCS 929

Eldridge c. Colombie Britannique (Procureur général), [1997] 3 RCS 624

Vriend c. Alberta, [1998] 1 RCS 493

Law c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 RCS 497

Corbiere c. Canada (ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), [1999] 2 RCS 203

Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU, [1999] 3 RCS 3

Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville) et Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville), [2000], 1 RCS 665

Granovsky c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [2000] 1 RCS 703

Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (ministre de la Justice), [2000] 2 RCS 1120

B c. Ontario (Commission des droits de la personne), [2002] 3 RCS 403

Colombie-Britannique (ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan, [2003] 3 RCS 371

Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal, [2004] 1 RCS 789

Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général), [2004] 2 RCS 185

Hodge c. Canada (ministre du Développement des ressources humaines), [2004] 3 RCS 357

Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général), [2005] 1 RCS 238

Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu), [2007] 1 RCS 38

Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc., [2007] 1 RCS 650

Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ), [2008] 2 RCS 561

R. c. R.E.M., [2008] 3 RCS 3

Withler c. Canada (Procureur Général), [2011] 1 RCS 396

Alliance de la fonction publique du Canada c. Société canadienne des postes, [2011] 3 RCS 572

Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation), [2015] 2 RCS 789

2/ Juridictions de l'Ontario³⁹⁷² :

- Ingram v. Nature Footwear Ltd.*, 1980, 1 CHRR 59 (OBI)
Singh v. Domglas Ltd., 1980, 2 CHRR 285 (OBI)
O'Brien v. Ontario Hydro, 1981, 2 CHRR 504 (OBI)
Torres v. Royalty Kitchenware Limited., 1982, 3 CHRR. 858 (OBI)
Rand v. Sealy Eastern Ltd., Upholstery Division, 1982, 3 CHRR 938 (OBI)
Niedzwiecki v. Finance System, 1982, 3 CHRR 1004 (OBI)
Ablunalia v. Metropolitan Toronto Board of Commissioners of Police, 1983, 4 CHRR 177 (OBI)
Suchit v. Sisters of St. Joseph's, 1983, 4 CHRR 1329 (OBI)
Blake v. Ontario (Minister of Correctional Services), 1984, 5 CHRR 2417 (OBI)
Canadian Newspapers Co. Ltd. v. Attorney-General of Canada and two other actions, 1986 ONSC 2675 (CanLII)
Ontario (HRC) v. Hassanali, 1986, 7 CHRR 3427 (OBI)
Cuff v. Gipsy Restaurant, 1987, 8 CHRR, 3972 (OBI)
Chu v Persichilli, 1987, 9 CHRR 4617 (OBI)
Blainey v. Ontario Hockey Assn. (No 2), 1988, 9 CHRR 4972 (OBI)
Morgoch v. Ottawa (City), 1989, 11 CHRR 80 (OBI)
Onimette v. Lily Cups Ltd. 1990, 12 CHRR 19 (OBI)
Grant v. Willcock, 1990, 13 CHRR 22 (OBI)
Peterson v. Anderson, 1991, 15 CHRR 1 (OBI)
Parks v. Cristian Horizons (No 2), 1992, 16 CHRR 171 (OBI)
McKee v. Hayes-Dana Inc., 1992, 17 CHRR 79 (OBI)
Bielecky v. Young, 1992, 20 CHRR 215 (OBI)
Baptiste v. Napanee & District Rod & Gun Club, 1993, 19 CHRR 246 (OBI).
Crane v. McDonell Douglas Canada Ltd., 1993, 19 CHRR 422 (OBI)
Quality inn, 1993, 20 CHRR 230 (OBI)

³⁹⁷² Les références aux décisions des juridictions ontariennes correspondent prioritairement aux références de la base de données numérisée de l'Institut canadien d'information juridique [URL : <https://www.canlii.org/fr/>] et renseignent le nom et l'année de la décision, l'abréviation de la juridiction qui a statué (se reporter à la liste des abréviations au début de l'ouvrage) ainsi que le numéro de la décision (e.g. *R. v. Morrissey*, 1995 ONCA 3498 (CanLII)). Alternativement, pour les décisions du *Board of Inquiry* de l'Ontario antérieures à 2000, qui n'ont pas fait l'objet d'un référencement numérique sur CanLII, c'est la référence papier du *Canadian Human Rights Reporter* qui est fournie, comprenant l'année, le numéro du volume ainsi que la page à partir de laquelle la décision est mentionnée, suivis de l'abréviation de la juridiction (e.g. *Singh v. Domglas Ltd.*, 1980, 2 CHRR 285 (OBI)). Une consultation de ces décisions numérisées est néanmoins possible en ligne [URL : <https://archive.org/search.php?query=creator%3A%22Human+Rights+Tribunal+of+Ontario%2FBoard+of+Inquiry%22>].

R. v. Morrissey, 1995 ONCA 3498 (CanLII)
Dominion Management v. Velenosi, 1997 ONCA 14482 (CanLII)
McCallum v. Toronto Transit Commission (No 2), 1997, 31 CHRR 518 (OBI)
Barclay v. Royal Canadian Legion, Branch 12, 1997, 31 CHRR 486 (OBI)
Abouchar v. Toronto (Metro) School Board (No 4), 1999, 35 CHRR 175 (OBI)
Curling v. Victoria Tea Co Ltd., 2000 HRTO 20870 (CanLII)
Rogers v. Sudbury (Administrator of Ontario Works), 2001 ONSC 28087 (CanLII)
Shelter Corp. v. Ontario (Human Rights Commission), 2001, ONSCDC 28414 (CanLII)
Falkiner v. Ontario (Minister of Community and Social Services), 2002 ONCA 44902 (CanLII)
R. v. Brown, 2003 ONCA 52142 (CanLII)
Arias v. Desai, 2003 HRTO 1 (CanLII)
Cunanan v. Boolean Development Ltd., 2003 HRTO 17 (CanLII)
Ontario Human Rights Commission v. Motsewetsbo, 2003 HRTO 21 (CanLII)
Baylis-Flannery v. DeWilde (Tri Community Physiotherapy), 2003 HRTO 28 (CanLII)
R. v. Khan, 2004 ONSC 66305 (CanLII)
Flamand v. DGN Investments, 2005 HRTO 10 (CanLII)
Pleasant v. Mainline Manufacturing & Installing Inc., 2005 HRTO 34 (CanLII)
Metcalf v. Papa Jie's Piz̄za & Chicken Inc., 2005 HRTO 46 (CanLII)
Sanford v. Koop, 2005 HRTO 53 (CanLII)
Peart v. Peel Regional Police Services, 2006 ONCA 37566 (CanLII)
Cugliari v. Telefficiency Corporation, 2006 HRTO 7 (CanLII)
Forrester v. Peel (Regional Municipality) Police Services Board, 2006 HRTO 13 (CanLII)
Ottawa (City) v. Ottawa-Carleton Public Employees' Union, Local 503, 2007 ONSCDC 5524 (CanLII)
Nassiah v. Peel (Regional Municipality) Police Services Board, 2007 HRTO 14 (CanLII)
Giguere v. Popeye Restaurant, 2008 HRTO 2 (CanLII)
ADGA Group Consultants Inc. v. Lane, 2008 ONSCDC 39605 (CanLII)
Phipps v. Toronto Police Services Board, 2009 HRTO 877 (CanLII)
Shah v. George Brown College, 2009 HRTO 920 (CanLII)
Group of Employees v. Presteve Foods, 2009 HRTO 944 (CanLII)
Chintaman v. Toronto District School Board, 2009 HRTO 1225 (CanLII)
Ontario (Disability Support Program, Director) c. Tranchemontagne, 2010 ONCA 593 (CanLII)
R. v. Taylor, 2010 ONCJ 396 (CanLII)

Pakarian v. Chen, 2010 HRTO 457 (CanLII)
A.A. v. Robert Land Academy, 2010 HRTO 486 (CanLII)
Kacan v. Ontario Public Service Employees Union, 2010 HRTO 795 (CanLII)
Savage v. Toronto Transit Commission, 2010 HRTO 1360 (CanLII)
Loomba v. Home Depot Canada, 2010 HRTO 1434 (CanLII)
C.M. v. York Region District School Board, 2010 HRTO 1494 (CanLII)
Arunachalam v. Best Buy Canada, 2010 HRTO 1880 (CanLII)
Duncan v. College of Nurses of Ontario, 2010 HRTO 1883 (CanLII)
Hinze v. Great Blue Heron Casino, 2011 HRTO 93 (CanLII)
Tulul v. King Travel Can, 2011 HRTO 438 (CanLII)
Mu v. Cargill Foods, 2011 HRTO 846 (CanLII)
Knibbs v. Brant Artillery Gunners Club, 2011 HRTO 1032 (CanLII)
Visic v. Elia Associates Professional Corporation, 2011 HRTO 1230 (CanLII)
Farrell v. Barrie Police Services Board, 2011 HRTO 1442 (CanLII)
Ebrahim v. Durham District School Board, 2011 HRTO 2319 (CanLII)
Levesque v. Alterna Savings, 2012 HRTO 1028 (CanLII)
No v. Harry Rosen Incorporated, 2012 HRTO 1261 (CanLII)
S.M. v. Ontario (Community Safety and Correctional Services), 2012 HRTO 1460 (CanLII)
Peel Law Association v. Pieters, 2013 ONCA 396 (CanLII),
Lodge v. Toronto Star Newspapers Limited, 2013 HRTO 69 (CanLII)
Hanley v. Fairlea Park Housing Co-operative Inc., 2013 HRTO 490 (CanLII)
Macan v. Strongco, 2013 HRTO 841 (CanLII)
Byarubanga v. Toronto Police Services Board, 2013 HRTO 1028 (CanLII)
Gregoire v. Ontario (Government Services), 2013 HRTO 1218 (CanLII)
Tnyne v. Dominion Colour Corporation, 2013 HRTO 1769 (CanLII)
Dewdney v. Toronto Transit Commission, 2014 HRTO 23 (CanLII)
Speelman v. Hotel Dieu Hospital, 2014 HRTO 204 (CanLII)
Salsman v. London Sales Arena Corp., 2014 HRTO 775 (CanLII)
G.M.K. v. Lakefield College School, 2014 HRTO 1581 (CanLII)
Sharpe v. Chenk, 2015 HRTO 10 (CanLII)
Seck v. Mirzaei, 2015 HRTO 101 (CanLII)
Reid v. Squash Ontario, 2015 HRTO 383 (CanLII)

Manu v. Centum Fundamental Financial Inc., 2015 HRTO 725 (CanLII)
Bain v. River Poker Tour, 2015 HRTO 734 (CanLII)
Kamis v. 1903397 Ontario Inc., 2015 HRTO 741 (CanLII)
Lougheed v. Little Buddies Preschool Centre, 2015 HRTO 909 (CanLII)
Wratten v. 2347656 Ontario Inc., 2015 HRTO 1041 (CanLII)
Angeles Toledo v. Mexitaco, 2015 HRTO 1464 (CanLII)
Dana Lowry v. Thames Valley District School Board, 2015 HRTO 1554 (CanLII)
Bonnici v. Loblaw's Inc., 2015 HRTO 1701 (CanLII)

3/ - Juridictions du Québec³⁹⁷³ :

Lévesque c. Québec (Procureur général), 1987 QCCA 964 (CanLII)
Commission des droits de la personne c. Whittom et al., 1993 QCTDP 10 (CanLII)
Commission des droits de la personne c. JM. Brouillette Inc., 1994 QCTDP 191 (CanLII)
Commission des droits de la personne (Ghalaini) c. Québec (ministre de la Justice), 1995 QCTDP 2337 (CanLII)
Commission des droits de la personne c. Lingerie Roxana Ltée, 1995 QCTDP 3209 (CanLII)
Commission des droits de la personne c. STCUM et Gaumond, 1996 QCTDP 20 (CanLII)
Commission des droits de la personne c. Ianiro, 1996 QCTDP 1028 (CanLII)
Commission des droits de la personne c. Société de portefeuille du groupe Desjardins, 1997 QCTDP 47 (CanLII)
Commission des droits de la personne c. Briand, 1997 QCTDP 70 (CanLII)
Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Bourdon et autre) c. Montréal (Ville de), 1997 QCTDP 17156 (CanLII)
Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maison des jeunes, 1998 QCTDP 28 (CanLII)
Sejko c. Gabriel Aubé inc., 1999 QCCQ 10220 (CanLII)
Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Doucet, 1999 QCTDP 49 (CanLII)
Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Sinatra, 1999 QCTDP 52 (CanLII)
Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Commission scolaire des Draveurs, 1999 QCTDP 61 (CanLII)
Québec (Procureur général) c. Tribunal des droits de la personne, 2002 QCCA 31530 (CanLII)

³⁹⁷³ Les références aux décisions des juridictions québécoises correspondent à celles de la base de données numérisée de l'Institut canadien d'information juridique [URL : <https://www.canlii.org/fr/>] et renseignent le nom et l'année de la décision, l'abréviation de la juridiction qui a statué (se reporter à la liste des abréviations au début de l'ouvrage) ainsi que le numéro de la décision.

Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Société de l'assurance automobile), 2003 QCTDP 33421 (CanLII)

R. v. Campbell, 2005 QCCQ 2337 (CanLII)

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gaz métropolitain inc., 2008 QCTDP 24 (CanLII)

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Syndicat des copropriétaires "Les Condominiums Sainte-Marie", 2010 QCTDP 1 (CanLII)

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Montréal (Service de police de la ville de Montréal) (SPVM), 2012 QCTDP 5 (CanLII)

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (A.B.) c. Québec (ministère de la Sécurité publique), 2013 QCTDP 19 (CanLII)

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Anwar, 2015 QCTDP 6 (CanLII)

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Bathium Canada inc., 2015 QCTDP 13 (CanLII)

4/ - Juridictions de la Colombie-Britannique³⁹⁷⁴ :

Faryna v. Chorny, 1951 BCCA 252 (CanLII)

Radek v. Henderson Development (Canada) Ltd. and others, 2003 BCHRT 67 (CanLII)

McDonald v. Schuster Real Estate, 2005 BCHRT 177 (CanLII)

Radek v. Henderson Development (Canada) and Securiguard Services (No. 3), 2005 BCHRT 302 (CanLII)

Matheson v. School District No. 53 (Okanagan Similkameen) and Collis, 2009 BCHRT 112 (CanLII)

Bradshaw v. Stenner, 2010 BCSC 1398 (CanLII)

Pratten v. British Columbia (Attorney General), 2011 BCSC 656 (CanLII)

Lavender Cooperative Housing Assn. v. Ford, 2011 BCCA 114 (CanLII)

Gichuru v. Law Society of British Columbia, 2011 BCHRT 185 (CanLII)

James obo James v. Silver Campsites and another (No. 2), 2011 BCHRT 370 (CanLII)

Coreas and Coreas v. Tuyen (No. 3), 2012 BCHRT 218 (CanLII)

Pratten v. British Columbia (Attorney General), 2012 BCCA 480 (CanLII)

Van Hartevelt v. Grewal, 2012 BCSC 658 (CanLII)

Kooner-Rilcof v. BNA Smart Payment Systems and another, 2012 BCHRT 263 (CanLII)

Lipskaia v. Fabcor, 2013 BCHRT 2 (CanLII)

Dawson v. Vancouver Police Board (No. 2), 2015 BCHRT 54 (CanLII)

Brar and others v. B.C. Veterinary Medical Association and Osborne, 2015 BCHRT 151 (CanLII)

³⁹⁷⁴ *Ibidem*.

5/ - Autres juridictions provinciales (Alberta, Nouvelle-Écosse) :

J.R. v. J.K., 1996 ABCA 378 (CanLII)

Condon v. Prince Edward Island, 2002 PESCTD 41 (CanLII)

Johnson v. Halifax Regional Police Service, 2005 NSCA 70 (CanLII)

Noseworthy v Smith, 2007 NLTD 191 (CanLII)

Strong v. Marshall Estate, 2009 NSCA 25 (CanLII)

Morris v. Kingsway Asset Management Ltd. and Elsafadi, 2012 AHRC 9 (CanLII)

Walsb v. Mobil Oil Canada, 2013 ABCA 238 (CanLII)

6/ - Juridictions fédérales³⁹⁷⁵ :

Basi c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada, 1988 TCDP 108 (CanLII)

Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada, 1999 CF 9380 (CanLII)

McAllister-Windsor c. Canada (Développement des ressources humaines), 2001 TCDP 20691 (CanLII)

Société canadienne des postes c. Alliance de la fonction publique du Canada, 2008 CF 223 (CanLII)

Gorzsas c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2009 CF 458 (CanLII)

Khiamal v. Canada (Human Rights Commission), 2009 FC 495 (CanLII)

Murray c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié), 2009 TDFP 33 (CanLII)

Canada (Attorney General) v. Canadian Human Rights Commission, 2013 FCA 75 (CanLII)

B/ Autres :

Griggs vs. Duke Power Co, 401 US 424 (1971)

Vento v. Chief Constable of West Yorkshire Police (No. 2), [2002] EWCA Civ 1871, [2003] IRLR 102

Babl v. The Law Society, [2004] EWCA Civ 1070, [2004] IRLR 799

Da'Bell v NSPCC, [2010] IRLR 19, [2009] UKEAT 0227-09-2809

Crisp v Iceland Foods Ltd, [2012] EqLR 618

De Souza vs Vinci Construction (UK) Ltd, [2017] EWCA Civ 879

³⁹⁷⁵ *Ibidem*.

ANNEXES

Annexe 1 : tableau indicatif des délais d'adoption des décisions du Défenseur des droits en matière de discrimination pour l'année d'exercice 2015 (unités de mesure : mois et jours).

Annexe 2 : tableau indicatif des délais de traitement contentieux des actions en matière de discrimination devant les juridictions administratives, civiles, prud'homales et répressives (unité de mesure : mois).

Annexe 3 : tableaux synthétiques relatifs aux motifs de discrimination en droit administratif, civil, pénal et en droit du travail.

Méthode de sélection des décisions de l'annexe 2 :

Pour les décisions de première instance et des cours administrative d'appel :

- Base de jurisprudence : Doctrine.
- Mots clefs permettant l'occurrence des décisions : « discrimination » + « fondement juridique » (*i.e.* article 6 de la loi du 13 juillet 1983 ; article L1132-1 du Code du travail ; articles 1 et 2 de la loi du 27 mai 2008 ; articles 225-1 et 225-2 du Code pénal).
- Sélection quantitative des décisions : les trente premières occurrences pertinentes (incluant les décisions de rejet) ont été retenues (les vingt premières décisions pour les TGI).
- Sélection qualitative des décisions. Ont été écartées : les décisions rendues avant 2000 ; les décisions rendues en référé ; les décisions concluant à l'incompétence de la juridiction sur la question de la discrimination ; les décisions pour lesquelles la juridiction ne répondait pas, pour insuffisance de motivation, aux moyens invoquant la discrimination ; les décisions de cassation avec renvoi ou les arrêts sur renvoi.
- Choix des dates de requête : la date de la première requête a été retenue, y compris lorsqu'il s'agissait d'une requête sommaire et incomplète ; lorsque la décision a été rendue à la suite d'un dessaisissement, c'est la date de la décision par laquelle le tribunal se déclare incompétent au profit d'une autre juridiction qui a été retenue.

Pour les décisions des cours d'appel et de la Cour de cassation :

- Identification des décisions : les décisions citées dans la thèse en matière de discrimination ont été retenues. La détermination des délais de traitement s'est ensuite appuyée sur la base de jurisprudence Doctrine.

ANNEXE 1

Décisions	Réclamation	Décision	Délai (mois)	Délai (jours)	Motif(s) en cause	Juridiction saisie	Suite observations
MLD-2014-212	NC	06/01/15	-	-	Âge		
MLD-2014-049	16/01/12	07/01/15	35	1087	Orientation sexuelle		
MLD-2014-209	NC	07/01/15	-	-	Sexe		
MLD-2014-223	26/11/12	08/01/15	25	773	Handicap		
MLD-2014-222	29/09/11	09/01/15	39	1198	État de santé	CPH	NON
MLD-2014-224	01/03/13	09/01/15	22	679	État de santé	CA	OUI
MLD-2014-169	07/04/14	12/01/15	9	280	Handicap		
MLD-2015-004	12/07/12	19/01/15	30	921	Activités syndicales	CA	OUI
MLD-2015-20	NC	20/01/15	-	-	Âge	CE	OUI
MDE-MLD-MSP-2015-015	NC	20/01/15	-	-	Migrants (visa loi 2008)	TI	OUI
MSP-MLD-2015-012	Saisine d'office	20/01/15	-	-	Lieu de résidence (Roms)		
MLD-2015-014	NC	26/01/15	-	-	Grossesse	TA	OUI
MLD-2015-019	30/10/12	05/02/15	27	828	État de santé / handicap		
MLD-2015-032	NC	10/02/15	-	-	Origine (métropolitaine)	CE	Abs. Réponse
MLD-2015-033	11/04/13	16/02/15	22	676	Activités syndicales	CPH	NON
MLD-2015-25	NC	20/02/15	-	-	État de santé		
MLD-2015-36	10/12<x<07/13	20/02/15	-	-	Âge		
MLD-2015-27	06/13<x<11/13	20/02/15	-	-	Activités syndicales		
MLD-2015-030	05/01/15	20/02/15	1	46	État de santé	TA	OUI
MDE-MLD-MSP-2015-041	NC	25/02/15	-	-	Migrants (visa loi 2008)	TI	OUI
MLD-MSP-MDE-2015-049	NC	04/03/15	-	-	Nationalité	CA	NON
MLD-2015-045	19/06/13	05/03/15	20	624	Représailles		
MLD-2015-046	25/04/13	05/03/15	22	679	Représailles		
MLD-2015-064	14/10/13	23/03/15	17	525	Origine	CPH	OUI
MLD-MSP-2015-61	31/03/14	23/03/15	11	357	Grossesse	CA	NON
MLD-MSP-2015-040	NC	24/03/15	-	-	Orientation sexuelle		
MLD-2015-052	15/04/14	26/03/15	11	345	Orientation sexuelle	TA	NON
MLD-2015-044	03/06/14	26/03/15	9	296	Handicap	CA	OUI
MLD-2015-051	NC	30/03/15	-	-	Sexe		
MLD-2015-083	16/07/14	16/04/15	9	274	Grossesse	CPH	NON
MLD-2015-80	13/07/12	17/04/15	33	1008	Handicap		
MSP-2015-088	16/06/14	17/04/15	10	305	Nationalité	TASS	NON
MLD-2015-090	27/02/13	24/04/15	25	786	Sexe	TA	OUI
MLD-2015-071	NC	24/04/15	-	-	État de santé		
MLD-2015-106	21/07/13	04/05/15	21	652	Activités syndicales	CA / CASS	NON

Décisions	Réclamation	Décision	Délai (mois)	Délai (jours)	Motif(s) en cause	Juridiction saisie	Suite observations
MLD-2015-122	NC	05/05/15	-	-	Origine	CPH	Prescription
MLD-2015-123	21/01/13	12/05/15	27	841	Activités syndicales	CPH	NON
MLD-2015-119	08/04/13	12/05/15	25	764	Sexe / situation de famille		
MLD-2015-108	03/10/14	13/05/15	7	222	Nationalité		
MLD-2015-102	28/09/13	13/05/15	19	592	Religion		
MLD-2015-116	15/04/11	13/05/15	48	1489	Sexe	CA	OUI
MLD-2015-063	08/08/14	20/05/15	9	285	Lieu de résidence		
MLD-2015-097	15/10/14	20/05/15	7	217	Lieu de résidence		
MLD-2015-114	20/03/14	20/05/15	14	426	Origine		
MLD-2015-098	NC	28/05/15	-	-	Nationalité		
MLD-2015-124	NC	01/06/15	-	-	Handicap		
MDE-MSP-MLD-2015-154	28/05/15	08/06/15	0	11	Origine / état de santé	CE	Non-lieu
MDE-MSP-MLD 2015 -156	05/06/15	08/06/15	0	3	Origine / état de santé	CE	Non-lieu
MLD n°2015-137	NC	17/06/15	-	-	État de santé		
MLD-2015-166	NC	19/06/15	-	-	Âge		
MLD-2015-159	NC	26/06/15	-	-	État de santé		
MLD-2015-100	16/06/12	01/07/15	36	1110	Handicap		
MLD-2015-170	NC	02/07/15	-	-	Grossesse		
MLD-2015-172	NC	03/07/15	-	-	Situation de famille		
MLD-2015-099	15/01/13	07/07/15	29	903	Handicap		
MLD-2015-141	NC	09/07/15	-	-	Origine	TA	Décision avant la réception des observations
MLD-2015-140	NC	09/07/15	-	-	Origine		
MLD-2015-195	11/02/15	24/07/15	5	163	Orientation sexuelle / état de santé	CPH	NON
MLD-2015-144	08/11/10	24/07/15	56	1719	Sexe / grossesse	CA	NON
MLD-2015-196	07/04/14	31/07/15	15	480	Représailles		
MLD-2015-208	NC	03/09/15	-	-	Âge		
MLD-2015-213	NC	04/09/16	-	-	Handicap		
MLD-2015-209	NC	08/09/15	-	-	Origine		
MLD-2015-210	14/04/14	08/09/15	16	512	État de santé		
MLD-2015-216	02/09/14	10/09/15	12	373	Religion		
MLD-2015-198	12/05/14	22/09/15	16	498	Grossesse		
MLD-2015-218	NC	22/09/15	-	-	Handicap		
MLD-2015-219	18/06/13	22/09/15	27	826	Origine		
MLD-2015-101	21/02/14	30/09/15	19	586	Lieu de résidence		
MSP-MLS-2015-182	NC	01/10/15	-	-	État de santé	TA	OUI
MLD-2015-215	01/07/14	06/10/15	15	462	Grossesse / état de santé		
MLD-2015-228	14/03/14	06/10/15	18	571	Identité de genre		
MLD-2015-225	17/09/10	07/10/15	60	1846	Grossesse	TA	NON
MLD-2015-179	12/11/14	08/10/15	10	330	Handicap	TGI	NON
MLD-2015-203	27/01/14	08/10/15	20	619	Handicap		
MLD-2015-250	05/06/13	12/10/15	28	859	Sexe / situation de famille	CPH	NON
MLD-2015-247	16/01/13	12/10/15	32	999	Sexe / représailles	CPH	OUI
MLD-2015-255	17/09/15	14/10/15	0	27	Handicap	CAA	NON

Décisions	Réclamation	Décision	Délai (mois)	Délai (jours)	Motif(s) en cause	Juridiction saisie	Suite observations
MDE-MLD-MSP-2015-260	NC	22/10/15	-	-	Migrants (visa loi 2008)	TGI	Non-lieu
MLD-2015-257	11/03/14	22/10/15	19	590	Grossesse		
MSP-2015-266	01/06/12	27/10/15	40	1243	Situation de famille		
MLD-2015-270	27/08/13	29/10/16	38	1159	Grossesse	TGI	NON
MLD-2015-252	16/12/11	02/11/15	46	1417	Activités syndicales	CA	OUI
MLD-2015-220	21/10/14	12/11/15	12	387	État de santé	CA	OUI
MLD-2015-224	06/08/14	17/11/15	15	468	Grossesse		
MLD-2015-223	NC	17/11/15	-	-	Grossesse		
MLD-2015-145	05/05/14	17/11/15	18	561	Opinions politiques		
MLD-2015-286	07/11/14	17/11/15	12	375	Grossesse		
MLD-2015-282	NC	18/11/15	-	-	Situation de famille		
MLD-2015-264	08/07/14	25/11/15	16	505	Grossesse		
MLD-2015-305	17/12/13	03/12/15	23	716	Sexe		
MLD-2015-304	29/09/14	04/12/15	14	431	Apparence physique, handicap		
MLD-2015-249	NC	04/12/15	-	-	Sexe et origine		
MLD-2015-309	03/10/14	08/12/15	14	431	Nom de famille		
MLD-2015-261	NC	11/12/15	-	-	Nationalité		
MLD-2015-313	01/12/14	17/12/15	12	381	Âge		
MLD-2015-283	NC	17/12/15	-	-	Handicap		
MLD-2015-302	NC	21/12/15	-	-	Nationalité		
MLD-2015-284	18/07/13	21/12/15	29	886	Handicap		
MLD-2015-302	NC	21/12/15	-	-	Nationalité		
Moyenne (base : 64 décisions)			20	619			

ANNEXE 2

Décisions	Saisine / requête	1ère instance	2ème instance	Cassation	Saisine < X < 1ère	1ère < X < 2ème	2ème < X < Cass.
TA Besançon, 1er octobre 2015, n° 1301654	19/12/13	01/10/15			21		
TA Chalons-en-Champagne, 1er avril 2010, nos 0701163 et 0701160	30/05/07	01/04/10			34		
TA Paris, 31 janvier 2013, n° 1109974	07/06/11	31/01/13			19		
TA Bordeaux, 11 avril 2013, n° 1002384	30/06/10	11/04/13			33		
TA Melun, 2 juillet 2015, n° 1302941 (CAA Paris, 5 juin 2018, n° 15PA03446)	11/04/13	02/07/15	05/06/18		26	35	
TA Dijon, 19 novembre 2013, n° 1202754 (CAA Lyon, 7 avril 2015, n° 14LY00120)	03/12/12	19/11/13	07/04/15		11	16	
TA Cergy-Pontoise, 6 mars 2014, n° 1106227 (CAA Versailles, 15 mars 2016, n° 14VE01323)	22/07/11	06/03/14	15/03/16		31	24	
TA Lyon, 3 février 2016, n° 1305036	05/07/13	03/02/16			30		
TA Nîmes, 14 mars 2013, n° 1102555	17/08/11	14/03/13			18		
TA Cergy-Pontoise, 24 juin 2013, n° 1004675	09/06/10	24/06/13			36		
TA Melun, 19 juin 2012, n° 0809414 (CAA Paris, 27 mai 2014, n° 12PA03977)	13/12/08	19/06/12	27/05/14		42	23	
TA Nîmes, 21 juin 2012, n° 1002398	29/09/10	21/06/12			20		
TA Clermont, 21 juillet 2011, n° 1000511 (CAA Lyon, 24 avril 2012, n° 11LY02256)	13/02/10	21/07/11	24/04/12		17	9	
TA Versailles, 11 avril 2014, n° 1008425	29/12/10	11/04/14			39		
TA Paris, 10 juin 2010, n° 0720028 (CAA Paris, 6 novembre 2012, n° 10PA04063)	19/12/07	10/06/10	06/11/12		29	28	
TA Châlons-en-Champagne, 1er décembre 2015, n° 1400446	13/03/14	01/12/15			20		
TA Paris, 17 février 2016, n° 1432280	27/12/14	17/02/16			13		
TA Strasbourg, 29 mai 2012, n° 1003399	17/07/10	29/05/12			22		
TA Strasbourg, 26 mai 2016, n° 1304925 (CAA Nancy, 27 mars 2018, n° 16NCO1542)	04/11/13	26/05/16	27/03/18		30	22	
TA Limoges, 21 juin 2012, n° 1100228	11/02/12	21/06/12			4		
TA Melun, 23 avril 2015, n° 1302956	15/04/13	23/04/15			24		
TA Paris, 4 avril 2013, n° 1115540	07/09/11	04/04/13			18		
TA Cergy-Pontoise, 19 novembre 2009, n° 0709525	20/08/07	19/11/09			26		
TA Châlons-en-Champagne, 31 décembre 2014, n° 1300379 (CAA Nancy, 7 avril 2016, n° 15NCO0512)	06/03/13	31/12/14	07/04/16		21	15	
TA MontPELLIER, 19 décembre 2004, n° 1305700	10/12/13	19/12/14			12		
TA Versailles, 6 juillet 2015, n° 1203354 (CA Versailles, 7 juin 2018, n° 15VE02881)	07/05/12	06/07/15	07/06/18		37	35	
TA Cergy-Pontoise, 3 décembre 2015, n° 1301713	04/03/13	03/12/15			32		
TA Toulouse, 19 mai 2011, n° 1001463 (CAA Marseille, 16 avril 2013, n° 11MAO2662)	09/06/10	19/05/11	16/04/13		11	22	
TA Rouen, 19 juin 2008, n° 0500526	01/03/05	19/06/08			39		
TA MontPELLIER, 16 février 2018, n° 1600328	21/01/16	16/02/18			24		
Moyenne (base : 30 décisions TA pour requête < x < 1ère ; 10 décisions CAA pour 1ère < x < 2ème)					25	23	

Décisions	Saisine / requête	1ère instance	2ème instance	Cassation	Saisine < X < 1ère	1ère < X < 2ème	2ème < X < Cass.
CAA Nancy, 1er décembre 2011, n° 11NC00517	25/04/07	01/02/11	01/12/11		45	10	
CAA Lyon, 20 février 2018, n° 17LY00541	21/08/15	19/01/16	20/02/18		4	25	
CAA Versailles, 15 décembre 2016, n° 15VE01782	04/06/14	09/04/15	15/12/16		10	20	
CAA Douai, 20 décembre 2018, n° 17DA01332		04/05/17	20/12/18			19	
CAA Marseille, 4 avril 2017, n° 16MA00460	02/08/13	11/12/15	04/04/17		28	15	
CAA Douai, 31 décembre 2018, n° 16DA01530		26/04/16	31/12/18			32	
CAA Paris, 19 décembre 2014, n° 13PA02564	25/03/11	02/05/13	19/12/14		25	19	
CAA Nantes, 22 décembre 2017, n° 16NT01136	18/11/13	02/02/16	22/12/17		26	22	
CAA Marseille, 26 novembre 2019, n° 17MA03426		02/06/17	26/11/19			29	
CAA Versailles, 29 décembre 2009, n° 08VE00296		11/12/07	29/12/09			24	
CAA Lyon, 31 janvier 2017, nos 14LY00411 et 15LY00048	25/05/11	08/10/14	13/01/17		40	27	
CAA Lyon, 9 novembre 2017, n° 15LY03629	12/11/12	02/12/15	09/11/17		36	23	
CAA Lyon, 21 février 2013, n° 12LY00750	29/12/09	06/12/11	21/02/13		23	14	
CAA Paris, 2 février 2015, n° 13PA04431	12/04/11	02/10/13	02/02/15		29	16	
CAA Paris, 23 mars 2015, n° 14PA03999	04/10/13	18/07/14	23/03/15		9	8	
CAA Lyon, 10 avril 2018, n° 16LY02135	13/03/15	07/04/16	10/04/18		12	24	
CAA Versailles, 30 avril 2015, n° 14VE00212	13/04/11	21/11/13	30/04/15		31	17	
CAA Lyon, 26 novembre 2013, n° 13LY00362	29/12/10	12/12/12	26/11/13		23	11	
CAA Douai, 17 août 2017, n° 15DA00575	22/04/14	24/02/15	17/08/17		10	29	
CAA Nancy, 24 octobre 2019, n° 17NC01590		10/05/17	24/10/19			29	
CAA Bordeaux, 11 juillet 2017, n° 15EX01923	29/03/14	09/04/15	11/07/17		12	27	
CAA Nantes, 21 décembre 2018, n° 17NT00540		01/12/16	21/12/18			24	
CAA Lyon, 12 avril 2010, n° 08LY02601		28/09/08	12/04/10			18	
CAA Nantes, 10 juillet 2017, n° 16NT00316	08/07/14	19/11/15	10/07/17		16	19	
CAA Lyon, 25 septembre 2012, n° 12LY00206	13/06/08	22/11/11	25/09/12		41	10	
CAA Paris, 19 février 2015, n° 14PA00803	14/12/12	05/12/13	19/02/15		11	14	
CAA Nantes, 6 juillet 2017, n° 15NT03289	01/06/12	25/08/15	06/07/17		38	22	
CAA Paris, 18 janvier 2011, n° 09LY00727	10/04/06	29/04/08	18/01/11		24	32	
CAA Paris, 16 avril 2015, n° 14PA03661	08/11/13	11/06/14	16/04/15		7	10	
CAA Nantes, 19 juillet 2012, n° 10NT01069		18/03/10	19/07/12			28	
Moyenne (base : 22 décisions TA pour requête < x < 1ère ; 30 décisions CAA pour 1ère < x < 2ème)					23	21	
Moyenne cumulée JA (base: 52 décisions TA pour requête < x < 1ère ; 40 décisions CAA pour 1ère < x < 2ème)					24	21	

Décisions	Saisine / requête	1ère instance	2ème instance	Cassation	Saisine < X < 1ère	1ère < X < 2ème	2ème < X < Cass.
CPH Paris, 28 mars 2019, n° F17/06787	18/08/17	28/03/19			19		
CPH Le Mans, 20 avril 2018, n° 17/00075	15/02/17	20/04/18			14		
CPH Nantes, 22 avril 2010, n° 09/00440	29/04/09	22/04/10			11		
CPH Caen, 25 novembre 2008, n° 06000120	20/02/06	25/11/08			33		
CPH Paris, 30 août 2019, n° 18/03850	25/05/18	30/08/19			15		
CPH Troyes, 29 juillet 2019, n° 18/00169	29/06/18	29/07/19			13		
CPH Paris, 16 décembre 2015, n° 14/14901	20/11/14	16/12/15			12		
CPH Versailles, 22 décembre 2017, n° 16/00073	13/01/16	22/12/17			23		
CPH Brest, 25 août 2017, n° F15/00386	18/06/15	25/08/17			26		
CPH Paris, 27 octobre 2017, n° 16/02982	01/03/16	27/10/17			19		
CPH Paris, 29 août 2019, n° 17/07643	22/09/17	29/08/19			23		
CPH Paris, 6 octobre 2010, n° 09/10433	30/07/09	06/10/10			14		
CPH Paris, 9 mars 2018, n° F16/06650 (CA Paris, 20 novembre 2019, n° 18/04530)	20/05/16	09/03/18	20/11/19		21	20	
CPH Paris, 4 mai 2011, n° F09/14625 (CA Paris, 18 avril 2013, n° 11/05892)	09/11/09	04/05/11	18/04/13		17	23	
CPH Paris, 19 octobre 2016, n° 14/00114 (CA Paris, 13 mars 2018, n° 16/14878)	03/01/14	19/10/16	13/03/18		33	16	
CPH Bordeaux, 16 octobre 2009, n° 06/01814	07/08/06	16/10/09			38		
CPH Fréjus, 24 décembre 2019, n° F19/00101	25/04/19	24/12/19			7		
CPH Marseille, 10 mai 2019, n° 1702542	08/11/17	10/05/19			18		
CPH Guigamp, 17 juillet 2012, n° 11/00038	01/04/11	17/07/12			15		
CPH Montmorency, 21 juin 2018, n° F17/00417	26/06/17	21/06/18			11		
CPH Nevers, 6 novembre 2018, n° F18/00028	21/08/17	06/11/18			14		
CPH Paris, 14 mars 2013, n° 10/03904 (CA Paris, 16 octobre 2015, n° 13/03526)	25/03/10	14/03/13	16/10/15		35	31	
CPH Saint-Nazaire, 3 septembre 2013, n° 12/00321	20/09/12	03/09/13			11		
CPH Créteil, 6 février 2014, n° 11/01242 (CA Paris, 25 janvier 2018, n° 14/02861)	18/04/11	06/02/14	25/01/18		33	47	
CPH Boulogne-Billancourt, 9 mars 2018, n° 17/00431	11/04/17	09/03/18			10		
CPH Marseille, 10 octobre 2018, n° 15/01632	15/06/15	10/10/18			39		
CPH Paris, 8 janvier 2015, n° F12/04814 (CA Paris, 30 novembre 2015, n° 15/07547)	30/04/12	08/01/15	30/11/15		32	10	
CPH Toulouse, 11 septembre 2012, n° F10/01649 (CA Toulouse, 12 juin 2015, n° 12/05054)	10/06/10	11/09/12	12/06/15		27	33	
CPH Metz, 20 octobre 2017, n°15/00663	12/06/15	20/10/17			28		
CPH Lyon, 6 novembre 2015, n° 13/03071 (CA Lyon, 14 septembre 2018, n° 17/02967)	23/06/13	06/11/15	14/09/18		28	34	
Moyenne (base : 30 décisions CPH pour requête < x < 1ère ; 8 Décisions CA pour 1ère < x < 2ème)					21	27	

Décisions	saisine / requête	1ère instance	2ème instance	Cassation	Saisine < X < 1ère	1ère < X < 2ème	2ème < X < Cass.
TGI Paris, 2 octobre 2013, nos 12/05871 à 12/05884	11/04/12	02/10/13			17		
TGI Paris, 5 juillet 2016, n° 15/12528	20/06/15	05/07/16			12		
TGI Marseille, 27 mai 2010, n° 08/00095	04/11/08	27/05/10			18		
TGI Nanterre, 13 janvier 2012, n° 10/11665	14/09/10	13/01/12			15		
TGI Paris, 21 juin 2011, n° 11/05126	11/02/11	21/06/11			4		
TGI Paris, 4 juillet 2008, n° 07/08159	16/05/07	04/07/08			13		
TGI Pontoise, 19 novembre 2013, n° 11/07419	30/09/11	19/11/13			25		
TGI Toulouse, 16 juin 2017, n° 16/01340 (CA Toulouse, 10 février 2020, n° 17/03736)	01/04/16	16/06/17	10/02/20		14	31	
TGI Toulouse, 8 février 2012, n° 11/00030	02/08/11	08/02/12			6		
TGI Bobigny, 6 juillet 2017, n° 15/01450 (CA Paris, 4 octobre 2018, n° 17/16478)	22/01/15	06/07/17	04/10/18		29	14	
TGI Bobigny, 16 janvier 2014, n° 11/07789 (CA Paris, 12 mars 2015, n° 14/03281)	07/04/11	16/01/14	12/03/15		33	13	
TGI Paris, 24 mars 2012, n° 1200031	16/08/10	24/03/12			19		
TGI Paris, 20 décembre 2013, n° 12/06960	07/05/12	20/12/13			19		
TGI Paris, 8 avril 2014, n° 11/09793	10/06/11	08/04/14			33		
TGI Nanterre, 12 novembre 2019, n° 08/05690 (CA Versailles, 22 septembre 2011, n° 10/02287)	26/03/08	12/11/09	22/09/11		19	22	
TGI Paris, 22 février 2007, n° 05/10368	17/05/05	22/02/07			21		
TGI Paris, 15 septembre 2015, n° 15/06194	11/03/15	15/09/15			6		
TGI Paris, 21 mars 2018, n° 16020000727	22/06/16	21/03/18			20		
TGI Grasse, 10 août 2017, n° 15/04238	29/07/15	10/08/17			24		
TGI Paris, 15 octobre 2008, n° 07/15412	01/06/06	15/10/08			28		
					19	20	
					20	25	

Moyenne (base : 20 décisions TGI pour requête < x < 1ère ; 4 décisions CA pour 1ère < x < 2ème)

Moyenne cumulée JJ (base : 50 décisions CPH/TGI pour requête < x < 1ère ; 12 décisions CA pour 1ère < x < 2ème)

Décisions	Saisine / requête	1ère instance	2ème instance	Cassation	Saisine < X < 1ère	1ère < X < 2ème	2ème < X < Cass.
CA Nancy, 29 juin 2007, n° 04/03291 et 04/03292	28/04/04	15/10/04	29/06/07		5	32	
CA Pan, 10 septembre 2007, n° 06/01482	09/09/04	20/03/06	10/09/07		18	17	
CA Agen, 6 novembre 2007, n° 06/01400 (Cass. soc., 11 mars 2009, n° 08-40.132)	08/12/05	21/09/06	06/11/07	11/03/09	9	13	16
CA Paris, 26 mars 2008, n° 05/00312	24/07/03	09/09/04	26/03/08		13	42	
CA Donai, 27 juin 2008, n° 07/02646	01/08/06	12/10/07	27/06/08		14	8	
CA Paris, 23 septembre 2008, n° 06/07596 (Cass. soc., 10 février 2010, n° 08-45.109)	16/09/02	30/01/06	23/09/08	10/02/10		31	16
CA Paris, 6 novembre 2008, n° 07/05190 (Cass. soc., 6 juillet 2010, n° 09-40.021)		03/05/04	06/11/08	06/07/10	19	54	20
CA Paris, 19 février 2009, n° 07/03072		09/01/07	19/02/09			25	
CA Montpellier, 3 juin 2009, n° 08/06324		09/06/08	03/06/09			11	
CA Lyon, 4 septembre 2009, n° 08/04068 (Cass. soc., 28 septembre 2011, n° 09-70.689)	18/09/06	12/06/08	04/09/09	28/09/11	20	14	24
CA Nîmes, 13 octobre 2009, n° 08/03546		12/11/08	13/10/09			11	
CA Toulouse, 19 février 2010, n° 08/06630 (Cass. soc., 15 décembre 2011, n° 10-15.873)		11/12/08	19/02/10	15/12/11		14	21
CA Paris 1er juillet 2010, n° 09/08522		20/02/09	01/07/10			16	
CA Nîmes, 14 septembre 2010, n° 09/00235 (Cass. soc., 3 juillet 2012, n° 10-25.747)		29/05/08	13/09/10	03/07/12		27	21
CA Paris, 28 septembre 2010, n° 09/08200		31/03/09	28/09/10			17	
CA Versailles, 27 octobre 2010, n° 10/00254		04/12/09	27/10/10			10	
CA Versailles le 28 octobre 2010, n° 09/02217	06/02/07	09/04/09	28/10/10		26	18	
CA Bordeaux, 22 septembre 2011, n° 10/05162	27/11/08	13/07/10	22/09/11		19	14	
CA Nîmes, 11 octobre 2011, n° 10/01411		24/02/10	11/10/11			19	
CA Orléans, 15 novembre 2011, n° 10/01990		07/06/10	15/11/11			17	
CA Donai, 3 février 2012, n° 11/00193 et al.	30/01/08	16/12/10	03/02/12		34	13	
CA Colmar, 15 mars 2012, n° 10/05414		16/09/10	15/03/12			17	
CA Lyon, 10 septembre 2012, n° 11/03177	12/06/09	07/04/11	10/09/12		21	17	
CA Paris, 8 novembre 2012, n° 11/10742, 11/10744 (Cass. soc., 18 fév. 2014, n° 13-10.293)		16/09/11	08/11/12	18/02/14		13	15
CA Paris, 13 décembre 2012, n° 11/12367	03/07/06	08/06/09	13/12/12		35	42	
CA Nîmes, 29 janvier 2013, n° 11/05375, 11/05376 et 11/05377		03/11/11	29/01/13			14	
CA Versailles, 19 février 2013, n° 11/04707	31/07/09	12/10/11	19/02/13		26	16	
CA Colmar, 28 mars 2013, n° 11/04717 (Cass. soc., 16 juin 2015, n° 13-28.129)	18/04/08	27/05/10	28/03/13	16/06/15	25	34	26
CA Auzers, 16 avril 2013, n° 11/01063 (Cass. soc., 5 novembre 2014, n° 13-19.666)	12/04/10	30/03/11	16/04/13	05/11/14	11	24	18
CA Paris, 15 mai 2013, n° 11/12675	23/12/05	25/03/09	15/05/13		39	49	
CA Paris, 22 mai 2013, n° 11/07510 (Cass. soc., 3 décembre 2014, n° 13-21.611)		31/05/11	22/05/12	03/12/14		11	30
CA Aix-en-Provence, 8 octobre 2013, n° 2013/841 1/22183		05/12/11	08/10/13			22	

Décisions	Saisine / requête	1ère instance	2ème instance	Cassation	Saisine < X < 1ère	1ère < X < 2ème	2ème < X < Cass.
CA Paris, 26 février 2014, n° 11/11688	09/04/10	20/10/11	26/02/14		18	28	
CA Versailles, 28 mai 2014, n° 12/01256		24/01/12	28/05/14			28	
CA Paris, 24 juin 2015, n° 13/24255 et al.	11/04/12	02/10/13	24/06/15		17	20	
CA Paris 22 octobre 2015, n° 14/09895	27/03/14	29/08/14	22/10/15		5	13	
CA Angers, 2 février 2016, n° 13/01210 (Cass. soc., 5 avril 2018, n° 16-14.918)	14/10/11	27/03/13	02/02/16	05/04/18	17	34	26
CA Besaçon, 2 février 2016, n° 15/02035, 15/02036 et 15/02037		30/09/15	02/02/16		4		
CA Versailles, 18 mars 2016, n° 14/04196		02/05/14	18/03/16		22		
CA Riom, 7 juin 2016, n° 14/00514	13/05/13	21/02/14	07/06/16		9	27	
CA Paris, 22 septembre 2016, n° 14/07337	05/11/12	25/11/13	22/09/16		12	33	
CA Versailles, 25 octobre 2016, n° 15/05515		26/10/15	25/10/16		11		
CA Versailles, 4 janvier 2017, n° 15/02008		08/04/15	04/01/17		20		
CA Amiens, 10 janvier 2017, n° 14/02952		20/05/14	10/01/17		31		
CA Paris, 24 janvier 2017, n° 12/09692 (Cass. soc. 21 novembre 2018, n° 17-15.174)	21/07/10	27/09/12	24/01/17	21/11/18	26	51	21
CA Paris, 22 mars 2017, n° 15/07533		15/04/15	22/03/17		23		
CA Douai, 27 octobre 2017, n° 16/03685		24/06/16	27/10/17		16		
CA Paris, 9 novembre 2017, n° 14/14485 et 14/14486	20/04/11	28/11/14	09/11/17		43	35	
CA Paris, 22 novembre 2017, n° 13/10542	15/05/12	01/10/13	22/11/17		16	49	
CA Paris, 31 janvier 2018, n° 15/11747 (Cass. soc., 29 mai 2019, n° 18-14.492)	30/12/07	21/09/15	31/01/18	29/05/19	92	28	15
CA Caen, 2 février 2018, n° 16/02344	14/08/14	11/05/16	02/02/18		20	20	
CA Paris, 21 février 2018, n° 16/02237		16/12/15	21/02/18		26		
CA Paris, 3 mai 2018, n° 15/12973	04/08/14	10/12/15	03/05/18		16	28	
CA Nancy, 18 mai 2018, n° 16/01083	25/08/15	10/03/16	18/05/18		6	26	
CA Paris, 5 juin 2018, n° 15/10871 (Cass. soc. 29 janvier 2020, n° 18-21.862)	15/02/13	18/09/15	05/06/18	29/01/20	31	32	19
CA Paris, 6 juin 2018, n° 16/13093	20/11/14	07/09/16	06/06/18		21	20	
CA Versailles, 26 juin 2018, n° 16/01701	14/06/13	15/03/16	28/06/18		33	27	
CA Paris, 29 août 2018, n° 18/01214		19/12/14	28/08/18		44		
CA Paris, 31 octobre 2018, n° 16/08572	03/02/15	03/06/16	31/10/19		16	40	
CA Paris, 16 janvier 2019, n° 16/07403	16/11/14	18/04/16	16/01/19		17	32	
Moyenne (base : 34 décisions CPH/TGI pour requête < x < 1ère ; 60 décisions CA pour 1ère < x < 2ème ; 14 décisions cass. pour 2ème < x < cass.)					22	24	21
Moyenne cumulée JJ (base : 84 décisions CPH/TGI pour requête < x < 1ère ; 77 décisions CA pour 1ère < x < 2ème ; 14 décisions cass. pour 2ème < x < cass.)					21	24	21
Moyenne cumulée JA et JJ (base : 136 décisions TA/CPH/TGI pour requête < x < 1ère ; 112 décisions CAA et CA pour 1ère < x < 2ème ; 14 décisions cass. pour 2ème < x < cass.)					22	23	21

ANNEXE 3

Motifs énumérés				
Date	Code pénal (art. 416 puis 225-1)	Code du travail (art. L. 122-45 puis L. 1152-1)	Loi du 13 juillet 1983 (art. 6 & 6 bis)	Loi du 27 mai 2008 (art. 1)
1972 (juillet)	Origine, ethnie, prétendue race, nation, religion (5)			
1982 (août)		Origine, sexe, situation de famille, ethnie, nation, prétendue race, opinions politiques, activités syndicales, religion (9)		
1983 (juillet)	Sexe + situation de famille (7)		Sexe, opinions politiques, syndicales, philosophiques, religieuses, ethnie (6)	
1985 (janvier)		Activités manuelles + exercice normal du droit de grève (11)		
1985 (juillet)	Mœurs (8)			
1989 (janvier)	Handicap (9)			
1990 (juillet)	État de santé (10)	État de santé + handicap + mœurs (14)	État de santé + handicap (8)	
1993 (janvier)		Exercice normal du droit de grève bascule hors liste vers L.122-45 al. 2 (13)		
1994 (mars)	Opinions politiques + activités syndicales (12)			
2001 (mai)			Sexe bascule vers article 6 bis (7+1)	
2001 (novembre)	Orientation sexuelle + âge + patronyme + apparence physique (16)	Orientation sexuelle + âge + patronyme + apparence physique (17)	Orientation sexuelle + âge + patronyme + apparence physique + origine + prétendue race (13+1)	
2002 (mars)	Caractéristiques génétiques (17)	Caractéristiques génétiques (18)		
2006 (mars)	Grossesse (15)	Grossesse (19)		
2008 (mai)			Ethnie, prétendue race, religion, conviction, âge, handicap, orientation sexuelle, sexe (8)	
2012 (août)	Identité de genre (19)	Identité de genre (20)	Identité de genre (14+1)	Identité de genre (9)
2014 (février)	Lieu de résidence (20)	Lien de résidence (21)		Lien de résidence (10)
2015 (déc.)				Perte d'autonomie (11)
2016 (avril)			Situation de famille (15+1)	
2016 (juin)	Vulnérabilité économique (21)	Vulnérabilité économique (22)		Vulnérabilité économique (12)
2016 (novembre)	Perte d'autonomie + langue (23)	Suppression liste et renvoi à l'art. 1 de la loi du 27 mai 2008 (9)		Origine + situation de famille + grossesse + apparence physique + patronyme + état de santé + caractéristiques génétiques + mœurs + opinions politiques + activités syndicales + langue + nation + suppression des convictions (23)
2017 (mars)		Rétablissement liste de la loi de 2008 + rétablissement activités manuelles + domiciliation bancaire (25)		Domiciliation bancaire (24)
2019 (août)			Grossesse (16+1)	
2019 (déc.)		Exercice d'un mandat électif local (26)		

Motifs " annexes "					
Date	Code pénal (art. 225-1-1 à 225-1-2)	Code du travail (art. L. 1132-2 à L. 1132-3-3)	Loi du 13 juillet 1983 (art. 6 à 6 ter)	Loi du 27 mai 2008 (art. 2 et 3)	
1992 (novembre)			Avoir subi ou refusé de subir des faits de harcèlement + avoir témoigné de tels faits (2)		
1993 (janvier)		Exercice normal du droit de grève - sort de la liste de l'al. 1 (1)			
2001 (novembre)		Avoir témoigné/relaté des faits discriminatoires (2)	Avoir contesté de manière gracieuse ou contentieuse des faits discriminatoires (3)		
2005 (juillet)			Harmonisation des trois motifs annexes qui se déclinent aux art. 6, 6 bis et 6 ter (3)		
2008 (mai)				Grossesse + maternité + avoir témoigné/relaté des faits discriminatoires + avoir subi ou refusé de subir des faits discriminatoires (4)	
2011 (août)		Exercice de la fonction de juré ou citoyen assesseur (3)			
2013 (mai)		Avoir refusé une mutation dans pays incriminant orientation sexuelle (4)			
2012 (août)	Avoir subi ou refusé de subir harcèlement sexuel + avoir témoigné de tels faits (2)				
2013 (décembre)		Avoir témoigné/relaté de bonne foi des faits constitutifs de délit ou crime après en avoir eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions (5)	Ajout 6 ter A : Avoir témoigné/relaté de bonne foi des faits constitutifs de délit ou crime après en avoir eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions (4)		
2016 (décembre)		Avoir signalé une alerte conformément à la loi Sapin 2 (6)	Ajout 6 ter A : Avoir signalé une alerte conformément à la loi Sapin 2 (5)		
2017 (janvier)	Avoir subi ou refusé de subir des faits de bizutage + avoir témoigné de tels faits (4)				

LEXIQUE

CONCEPTS THÉORIQUES :

Effectivité : appréciation pragmatique de la correspondance entre la signification de la norme et les comportements de ses destinataires.

Efficacité : appréciation téléologique de la correspondance entre la volonté de l'auteur de la norme et les faits sociaux supposément produits par elle.

Efficience : appréciation économique de la performance des modalités de réalisation de la norme.

Réalisation : appréciation dynamique du passage du sens de la norme aux comportements conformes de ses destinataires.

Validité : appréciation intrajuridique de la conformité matérielle et formelle de la norme aux normes qui lui sont supérieures.

TYPOLOGIE DE LA DISCRIMINATION :

Présomption de discrimination ou discrimination *prima facie* : éléments de fait justifiables qui laissent supposer l'existence d'une discrimination.

Discrimination : traitement défavorable non justifié et apprécié au regard d'une ou plusieurs caractéristiques protégées (voir annexe 3).

Discrimination directe : traitement moins favorable non justifié d'une personne par rapport à une autre qui est fondé sur la prise en compte d'une caractéristique protégée.

Discrimination indirecte : traitement non justifié qui, par l'intermédiaire d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique en apparence neutre, engendre un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres, eu égard à l'une des caractéristiques protégées.

Discrimination par association : traitement défavorable non justifié d'une personne par rapport à une autre du fait de son rapport, de son association ou de son lien quelconque avec une personne ou un groupe de personnes identifiées par l'une des caractéristiques protégées.

Discrimination multiple : traitement défavorable non justifié et apprécié au regard de plusieurs caractéristiques protégées.

- **Discrimination composée** (ou approche composée de la discrimination multiple) : discrimination multiple qui est sous-tendue par une appréciation disjointe mais cumulative de l'influence des motifs. Il s'agit d'insister sur le fait que la prise en compte d'une caractéristique s'ajoute à la prise en compte préalable d'une autre afin de renforcer l'effet défavorable³⁹⁷⁶.
- **Discrimination intersectionnelle** (ou approche intersectionnelle de la discrimination multiple) : discrimination multiple qui est sous-tendue par une appréciation jointe de l'influence des motifs, sous

³⁹⁷⁶ À titre d'illustration, la période du congé maternité et celle du mandat syndical d'une salariée peuvent être soustraites du calcul de son ancienneté au sein d'une entreprise. Il est alors possible d'apprécier l'effet de la prise en compte de la situation de maternité, qui engendre un manque à gagner évaluable pour la requérante, auquel s'ajoute un second manque à gagner imputable à la prise en compte cumulative de l'activité syndicale.

l'angle de leur interaction. Il s'agit d'insister sur le fait qu'ils produisent ensemble – et parfois ensemble seulement – l'effet défavorable, sans chercher à établir de hiérarchie ou de prépondérance et, surtout, sans chercher à apprécier séparément leurs influences respectives³⁹⁷⁷.

Discrimination formelle : traitement défavorable non justifié, apprécié au regard d'une caractéristique protégée, qui repose sur une différenciation (traitement différent de situations semblables).

Discrimination matérielle : traitement défavorable non justifié, apprécié au regard d'une caractéristique protégée, qui repose sur une indifférenciation (traitement identique de situations différentes).

TYPOLOGIE DE L'ÉGALITÉ :

Égalité (principe d') : principe de justification qui repose sur une appréciation de comparaison des situations et sur une appréciation de proportionnalité du traitement entre individus.

Égalité abstraite (point de vue) : point de vue particulier selon lequel l'appréciation de la justification au titre de l'égalité repose principalement sur la comparaison *ex ante* des situations.

Égalité concrète (point de vue) : point de vue particulier selon lequel l'appréciation de la justification au titre de l'égalité repose principalement sur la proportionnalité *ex post* du traitement.

Isonomie (mode de réalisation) : mode de réalisation principal de l'égalité qui repose sur le traitement identique de situations semblables (v. modèle de l'isonomie de Frédéric Edel).

Relativité (mode de réalisation) : mode de réalisation accessoire de l'égalité qui repose sur le traitement différent de situations différentes (v. modèle de relativité de Frédéric Edel).

Égalité matérielle : conception de l'égalité qui se concentre sur les effets de la réglementation et qui, lorsqu'elle met en lumière un désavantage supporté par certains sujets de droit, spécifique à une particularité ou une vulnérabilité catégorielle, engendre une volonté d'égalisation des capacités de jouissance des droits, en s'appuyant sur un travail de catégorisation pour établir une différence de traitement de situations différentes.

Égalité substantielle : conception de l'égalité qui se concentre sur l'environnement social et qui, lorsqu'elle met en lumière un désavantage supporté par certains sujets de droit, spécifique à une particularité ou une vulnérabilité, engendre une volonté d'égalisation des capacités de jouissance des droits, en s'appuyant sur l'adaptation de cet environnement pour établir une différence de traitement de situations différentes.

Égalité réelle : conception de l'égalité qui se concentre sur un état de fait quantifié et qui, lorsqu'elle met en lumière un désavantage supporté par certains sujets de droit, apprécié au regard d'une caractéristique protégée, engendre une volonté d'égalisation de la jouissance effective des droits, en s'appuyant sur une différence de traitement pour établir une voie d'accès préférentiel en vue de l'atteinte d'un objectif chiffré.

³⁹⁷⁷ Un employeur peut, par exemple, licencier un de ses salariés, homosexuel séropositif, en invoquant des raisons de sécurité, sans remettre en cause le maintien dans l'emploi de ses collègues homosexuels et de ses collègues hétérosexuels séropositifs. La discrimination intersectionnelle permet ici la mise en lumière du stéréotype ou préjugé situé au cœur de la combinaison des motifs de l'orientation sexuelle et de l'état de santé, qui fonde le traitement défavorable.

INDEX

Les numéros renvoient aux paragraphes

Les numéros suivis d'un astérisque () renvoient aux notes*

Formulation de la problématique de l'étude : 47

Formulation de la thèse de l'étude : 60-62

Formulation des conclusions de l'étude : 182, 286-289, 430, 513-519, 657, 776-779, 889, 1038-1048

A

Accès au juge : 522-527, 541, 556-557, 572-573, 578-579, 583-584, 613-615, 619, 626-627, 635, 643-644, 658, 716, 820, 999

Action : 525-526, 658

Action de groupe : 584, 600, 615-627, 656, 676, 679-681, 865, 1033-1034

- Conditions de déclenchement : 627-635
- Phases de négociation : 627, 636-644, 802
- Indemnisation du préjudice : 622-623, 636, 642-652
- Complexification des voies d'action : 645, 653-655

Action de substitution : 584-586, 592, 598-599, 508, 612, 614

- Associations : 587-591, 593-595, 600-604, 606-607
- Syndicats : 589, 591, 596, 605, 607
- Individus : 613-614

Action publique : 537, 540, 565, 588, 601

Actions positives : 309-310, 475, 484-485, 490, 493, 503-509, 511-512, 1025-1026

- « Discriminations » positives 493, 1823*, 503, 505-506

Aide juridictionnelle : 663-665, 667, 688

Aide juridique spécialisée : 165-166, 556, 568-570, 577, 582-583

- À l'étranger : 571-576, 582, 665, 667
- En France : 570, 577-582, 664-665, 688, 704-705, 713, 771-774, 811, 845

Alternatives aux poursuites : 536-537, 539, 542-543, 545, 548, 555

Aménagements raisonnables : 384, 481-482

Amicus curiae : 610, 761, 968

Approche transversale (du droit de la non-discrimination) : 12-16

Axiologie : 54-57

B

Baromètres et eurobaromètres de la discrimination : 7, 198, 246-248, 720, 734

C

Classement sans suite : 536-538

Cohérence (du droit) : 290-293, 431-432

Comparaison (en droit) : 58-59

Conciliation :

- Conciliation extrajudiciaire / bons offices : 581, 791-795, 797, 811
- Conciliation judiciaire : 804-805, 809-812

Concrétisation du droit : 194*

Connaissance du droit : 246-251

Conseil constitutionnel : 111, 113, 118-123, 244, 499, 508, 680, 753, 819, 857

Consolidation du droit : 12, 274, 281-282

- À l'étranger : 275-280, 284, 1012
- En France : 281, 283, 285, 821, 946

Constitution : 110, 118-120, 122, 265

Constitutionnalisation du droit de la non-discrimination : 112

Contradictoire (principe) : 742-744, 746-751, 754-758, 765, 775, 857

CODAC/COPEC/CORA : 140, 533

Coûts : 659-660, 719

D

DDHC : 111, 121, 265, 464, 466

Délégation interministérielle à l'égalité républicaine : 138-139, 141-142

Défenseur des droits : 249

- Fonction d'organisme de promotion de l'égalité : 144-153, 255, 548, 570, 577-582, 626, 632-634, 652, 677, 763, 769-773, 811, 867, 981-982, 990, 1019, 1026, 1029-1031, 1034, 1037
- Fonction d'*ombudsman* : 144, 154-156, 161-167, 580, 697-705, 742-743, 745, 759, 763
- (Im)partialité : 163-166, 703-704, 759, 769-771, 775, 796

- Observations en justice : 581-582, 610, 612, 695, 713, 742, 759-768, 772-773, 775, 811, 852, 937, 938, 968
- Pouvoirs d'enquête : 742-751, 764, 772, 774-775, 845-848

Délais de traitement : 659-660, 689

- Juridictionnels : 706-713, 715
- Extrajuridictionnels : 690-696, 710, 715
- Suspension des délais contentieux : 689, 696-704, 700, 801

Dépens (frais) : 565, 633, 668-670, 674

Diffusion du droit : 251-261, 569

Discrimination (terminologie) :

- Notion / concept : 404-405, 424
- Catégories : 401-403, 406-407, 409-412, 419, 424-425
- Types : 403, 408-410, 413-414, 421, 424, 931
 - o Consécration des types en droit positif : 415-419, 939

Discrimination (définitions juridiques) :

- Code pénal : 205-209
- Code du travail : 217-221
- Loi du 13 juillet 1983 : 223-226
- Loi du 27 mai 2008 : 210-215
- Proposition de redéfinition : 227-242

Discrimination (types) :

- Discrimination formelle : 381, 383, 392, 397
- Discrimination matérielle : 381-383, 392, 397, 475, 479-480, 495-496, 497-498, 500
- Discrimination directe : 228, 230, 234-235, 239, 297-301, 304-305, 320, 334, 455, 467, 471, 475, 478, 485, 504, 826, 917, 919, 937, 942, 954, 956
- Discrimination indirecte : 229-230, 236, 240, 298, 301, 311-313, 318, 320, 364, 366-371, 373-380, 382-385, 389-390, 392, 397, 457, 469, 470, 472, 498, 500,

551-554, 656, 826, 918-919, 938, 942, 954, 956, 971

- Discrimination par association : 209, 231, 241, 400, 408, 415, 422, 932-946
- Discrimination multiple : 400, 408, 415, 629, 948-971, 1002
 - o Discrimination composée : 400, 408, 950-952, 958, 960-964
 - o Discrimination intersectionnelle : 400, 408, 417, 423, 948, 950-952, 954-971
- Discrimination par refus d'aménagement raisonnable : 415, 475, 483, 997
- Discrimination systémique : 400, 415, 554, 628, 651, 852, 884-885, 992, 1025-1026
- Injonction à la discrimination : 232, 400, 408, 997
- Harcèlement discriminatoire : 232, 400, 880, 997

Discrimination (qualification) : 293-294

- Concurrence des qualifications : 292
- Distinction entre discriminations directes et indirectes : 295-296, 311, 319-322, 324, 365-366, 368, 371-372, 386-402, 406-407, 409-412, 421, 425, 551-552
- Qualification unifiée : 293, 365, 402, 410-411, 419-421, 424-429, 893, 946, 971

Diversité : 272, 1013

Dogmatique : 12, 51-53

Domages-intérêts punitifs : 671, 674, 1035

Droit de l'égalisation : 18, 118-121, 199, 476, 478, 481-483, 485, 494, 504, 508

Droit de la réalisation : 17, 83*

Droits de la défense : 759, 766, 819, 857

E

Effectivité : 2, 21-26, 30-31, 542, 545-546

- Effectivité attendue : 186-189, 196
- Distinction effectivité et réalisation : 33
- Distinction effectivité et efficacité : 28-29, 140*, 32
- Distinction effectivité et validité : 12*, 34, 167*

Efficacité : 30

Efficience : 30, 542, 545, 623, 649, 702-703

Égalité des armes : 659, 716, 737, 742, 752, 759, 764-767, 775, 819, 845

Égalité (principe) : 433, 438, 448, 459-460, 487, 505-512, 560

- Maxime formelle : 439-442, 460
- Principe de justification : 449, 450, 453
 - o Justification de comparaison : 451, 453, 455-458, 461, 471-473
 - o Justification de proportion : 314-317, 452-453, 456-458, 461, 471-473, 475

Égalité (points de vue) : 461-462

- Égalité abstraite : 461-463, 471, 473
- Égalité concrète : 461-462, 470, 472-475, 494, 496-501
- Autres (évoqueries doctrinales) :
 - o Égalité devant la loi : 462, 1699*
 - o Égalité dans la loi : 462
 - o Égalité par la loi : 495, 497

Égalité (mode de réalisation) : 461

- Isonomie (traitement identique de situations semblables) : 463-467, 480, 509-511
 - o Isonomie universelle : 299, 464-465
 - o Isonomie sectorielle : 353, 466-467, 469, 471, 473
- Relativité (traitement différent de situations différentes) : 299, 463, 468-469, 471, 475, 510-511

- Égalité matérielle : 475-480, 495, 497, 499-500
- Égalité substantielle : 475, 481-483
- Dérogation à l'isonomie (traitement différent de situations semblables au nom de l'intérêt général) : 506, 509, 511
 - Égalité réelle : 475, 484-485, 504, 508, 512, 1025

Égalité (relations avec le droit de la non-discrimination) :

- Tension avec le droit de la non-discrimination : 432-434, 436, 486, 488-490, 492-495, 503, 507, 910
- Conciliation avec le droit de la non-discrimination : 435-438, 443, 444-448, 454-455, 459-460, 486-487, 491, 502

Equality Bodies : 160, 582

Exigence professionnelle essentielle et déterminante : 327-333, 410, 456

F

Fonds d'aide aux recours : 661, 675, 688

- Fonds d'aide aux recours collectifs : 633, 675-681, 688, 1035
- Programme de contestation judiciaire : 675, 681-688

Force perlocutoire (de la modalité) : 197-199

Formations : 257-261, 1014, 1018-1020

Frais irrépétibles : 633, 668, 674

H

HALDE : 144-146, 160-161, 165, 249, 255, 548, 577, 610, 693, 710, 743-744, 746, 763, 766-767, 769-770, 787-788, 790-792, 796, 846-847, 852, 859, 863, 918, 935, 937, 941, 943, 991

Honoraires de résultats : 633, 665

I

Ineffectivité du droit de la non-discrimination : 4, 6-9, 198, 268, 661, 972

Injonction : 892, 974, 976, 978, 980-981, 1009, 1011-1017, 1026-1028, 1030, 1032, 1036-1037

Instruction : 565-566, 752-753, 872-874

- Pouvoirs généraux d'instruction : 565-567, 835, 837-838, 840, 855
- Instruction au cours du procès : 566, 835-836, 838, 840
- Mesures d'instruction *in futurum* : 566, 754, 757-758, 838-840

Intelligibilité et accessibilité du droit : 184, 244, 262, 273-274, 569, 897, 946

Intentionnalité : 387, 542, 549-555, 794-795, 830, 833, 879

Inspection du travail : 534, 739, 842-848

J

Juridictions spécialisées (non-discrimination) : 155, 168-175, 713, 764, 968, 1010

Justifications (motifs) :

- Âge : 307, 456
- État de santé et handicap : 306, 456
- Lieu de résidence : 308
- Nationalité : 308, 345, 456
- Sexe : 308, 312, 327
- Mesures préférentielles : 309-310, 456, 478, 485
- Origine, patronyme, ethnie, prétendue race (non-justification) : 343

Justifications (régime) : 293-296, 305, 319, 321-322, 324-326, 328-329, 333, 344, 346-347, 354, 357, 363, 402, 410, 456, 964-965

- *Numerus clausus* / système fermé : 297-300, 304-305, 320, 332, 354, 410, 469, 471
- *Numerus apertus* / système ouvert : 301-303, 311, 312-318, 354, 410-411, 472,
- Clause commune : 295, 325, 334-363, 458
- Gradation du contrôle en fonction des motifs : 323, 343

L

Légistique : 65-66

- Légistique matérielle : 67-71, 78, 88-89, 107, 125-126
- Légistique formelle : 201-202, 244, 273-274

Lisibilité (du droit) : 184, 262-263, 268, 273, 283-285, 624-625

- Fragmentation formelle des sources du droit de la non-discrimination : 264-268, 279, 284, 624, 821
- Fragmentation matérielle et hétérogénéité du droit de la non-discrimination : 269-273, 284, 821, 987

Loi du 1^{er} juillet 1972 : 87, 558, 585, 587, 602

Loi du 4 août 1982 : 559

Loi du 13 juillet 1983 : 559- 560, 562

Loi du 23 décembre 1989 : 561

Loi du 6 juin 2000 : 95

Loi du 16 novembre 2001 : 91-94, 559, 589

Loi du 30 décembre 2004 : 77, 80, 787, 796

Loi du 27 mai 2008 : 72, 76, 80-85, 97-102, 106, 285, 342, 345, 561, 589-590, 600

Loi organique du 29 mars 2011 : 72-75, 103-106, 113, 699-701, 788, 796

Loi du 4 août 2014 : 77

Loi du 18 novembre 2016 : 83-84, 106, 285, 342-343, 562, 615-618, 623-624, 628-629, 632, 636, 639-641, 643-644, 647-651, 654-655, 676, 802, 900-902

Loi du 27 janvier 2017 : 285, 902

Lutte contre les discriminations : 4, 9, 88-89, 102, 107, 128-137, 143, 542, 548

M

Mains-courantes : 531

Médiation : 705, 784-785

- Médiation institutionnelle (Défenseur des droits) : 166, 570, 580-582, 703-704, 713, 771, 773-774, 786-790, 792-802, 805-806
- Médiation conventionnelle : 581, 641, 698, 703-704, 713, 799-800, 802, 807, 810
- Médiation judiciaire : 581, 704, 713, 799-800, 802, 808, 810-812

Mesures de redressement systémique / d'intérêt public : 797, 802, 867, 972, 1009-1010

- Mesures d'intérêt public à l'étranger : 1011-1025
- Mesures de redressement systémique en France : 1026-1034, 1036-1037

Mesures préférentielles : 309-310, 490

Ministère public : 569, 588, 762, 767

Mise en œuvre et application du droit : 194*

Modalité (déontique et grammaticale) : 187-197, 199-201

Motifs de discrimination : 16, 446, 455

- Approche légistique : 237-238, 559-562, 896-905, 922
- Modalité de prise en compte : 239-241, 831, 833, 941, 945

- Réalité du motif pris en compte : 832-833
- Interprétation constructive : 894, 915-922, 934-935, 940
- Interprétation extensive : 894, 915, 923-930
- Liste fermée : 390, 894-895, 896, 905, 912-913, 915-916, 922
- Liste ouverte : 390, 894-895, 905-908, 910, 913, 914
- Motifs énumérés : 898-902, 906
- Motifs annexes : 902-904
- Motifs analogues : 390, 895, 905-909, 936
- Principe d'identification des motifs : 909, 911-912, 922

N

Non-discrimination : 11

- Droit à la non-discrimination : 11, 214*, 190
- Droit de la non-discrimination : 4, 11-12, 17-18, 46, 214*, 362, 438, 443-448, 454-455, 459-460, 494, 504, 521
- Interdiction de la discrimination : 11, 214*, 190
- Principe de non-discrimination : 11, 486-487, 505
- Droit antidiscriminatoire : 20*, 11

Non-recours au droit : 246-247, 249-250, 573, 583-584, 613-614, 619, 632, 659, 661, 664, 672, 693, 707, 717, 734, 992, 999

O

Office du juge : 347, 358-362, 364, 489, 496-502, 780-781, 891, 893, 913, 921, 1003, 1010-1011, 1032

Ombudsman : 156, 279

- *Parliamentary Ombudsman* : 157-158, 770
- *Militieombudsman* : 157

- *Human Rights Ombudsman* : 159, 770

Opposabilité : 108-115

Ordonnances sur requête : 743, 745, 758, 838

P

Plainte :

- Plainte simple : 530-531
- Plainte avec constitution de partie civile : 540-541, 588

Pôles anti-discrimination : 176-180, 534

Politique pénale : 537, 543-544

Politiques antidiscriminatoires : 127-137, 143

Préjudice moral (indemnisation) : 650, 993-994, 999-1000

- Montant : 995-998, 1001-1002
- Méthode d'évaluation : 1001, 1003-1008
- Présomption de préjudice : 999, 1004

Prescription : 655

Présomption de discrimination (discrimination *prima facie*) : 293-294, 297, 300-305, 311, 320, 334-343, 471, 504, 563, 654, 816, 826-827, 972

Preuve : 781, 783, 814, 849

- Accès à la preuve : 620, 744, 754, 756-758, 783, 815, 834, 849, 856, 878
 - o Droit d'accès à la preuve : 868-872, 875-876
- Approche circonstancielle : 868, 879, 881-885
- Approche globale : 868, 879-880
- Charge de la preuve : 294, 334-340, 410, 563, 654, 725, 753, 764, 783, 815-825, 866, 964-965
- Seuil et objet de la preuve : 825-833
- Liberté, loyauté, licéité : 564, 857, 860
- Statistiques : 850-856, 984-985

- Panels : 852-855, 984-985
- Tests de situations : 850, 857-867
 - Tests scientifiques : 866
- Valeur probante du silence en cas de mesure d'instruction : 872-874, 876

Procéduralisation : 67, 127

Procès équitable : 747, 752, 759, 765, 769, 857, 860

Profilage racial : 866

Programme d'accès à l'emploi : 1025

Provision sur frais d'instance : 672-674

Q

Qualités du droit : 63-66, 290-291

Question prioritaire de constitutionnalité : 113, 120, 499, 683, 857

R

Réalisation : 3, 30, 194*, 63-65, 124, 183-186, 188-189, 201, 290-292, 431-432, 520-524, 658, 780-782, 890, 972

- Facteurs de réalisation du droit : 43-44, 49-50
- Facteurs juridiques de réalisation du droit : 42, 45-46, 49-50
- Points de vue juridiques sur la réalisation : 36-41
- Point de vue sociologique sur la réalisation : 41

Réception du droit : 183-185, 274

Recours effectif : 658-660, 716, 718, 732, 735

Référé : 748-749

- Référé instruction : v. mesures d'instruction *in futurum*

Réintégration : 976, 983

- Référé réintégration : 717, 728-734

Réparation du préjudice : 563, 892, 972-973, 1010, 1035, 1037

Réparation en nature : 974-975, 982

- Exécution forcée du contrat : 976, 978, 982
- Modification du contrat : 976-977, 979, 982
- Conclusion forcée du contrat : 980, 982
- Incitation encadrée à la conclusion du contrat : 981-982

Réparation par équivalent : 974, 987, 988

- Perte de revenus : 974, 983-987
- Perte de chance : 974, 988-992

Représailles : 415, 619, 640, 659, 716-717, 735, 793, 903-904

- Effets dissuasifs : 718-720, 727, 734
- Sanctions *a posteriori* : 720-723, 727, 793
- Conditions de protection : 724-726
- Salarié protégé (statut) : 735-741, 793

Revendication : 520-521, 584, 658-660

S

Sanctions : 547, 555, 563, 622, 742, 745, 780, 822, 892, 972, 1010, 1028, 1036

Sémantique : 185, 202

Signalements (voie pénale) : 528-535, 555

Signification normative : 117, 475*, 155, 167, 780, 891, 893-894, 937, 947

Stages de citoyenneté : 543, 1028

Syntaxe : 185-190, 200

T

Taux de poursuites : 539, 555

Témoignage : 861, 886-888

Témoins : 719, 721-722, 760

Temps partiel : 312, 370, 374

Tierce intervention : 599, 609, 611-612, 614,
760

Transaction pénale : 543-546, 570, 580, 703,
771, 773-774

V

Validité : 30

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	i
ABRÉVIATIONS	iii
SOMMAIRE	vii
INTRODUCTION.....	1
I. Le droit de la non-discrimination comme objet de la recherche	4
A. Le constat récurrent de l'ineffectivité du droit de la non-discrimination.....	4
B. Le droit de la non-discrimination, objet transverse.....	7
II. L'effectivité du droit comme préoccupation de la recherche.....	14
A. La multiplicité des acceptions doctrinales de l'effectivité.....	14
B. La précision des définitions stipulatives retenues.....	17
III. La réalisation du droit comme ambition de la recherche	24
A. D'une préoccupation pour l'effectivité au stade de la production normative à l'analyse des facteurs juridiques de réalisation du droit.....	25
B. L'identification doctrinale des facteurs de réalisation du droit	29
IV. Méthodologie et épistémologie de la recherche.....	33
A. La relativité des facteurs juridiques de réalisation du droit.....	34
B. Le cadre épistémologique et la justification d'une posture affiliée à la dogmatique juridique	36
C. Les fonctions de la comparaison.....	41
V. Annonce de la thèse et du plan	43

PARTIE 1 : LA RÉALISATION PAR LA CONCEPTION DU DROIT DE LA NON-DISCRIMINATION.....47

TITRE 1 : LES PROPRIÉTÉS LÉGISTIQUES DE LA NORME49

CHAPITRE 1 : LES FONDEMENTS PRÉCAIRES DU DROIT DE LA NON-DISCRIMINATION.....51

SECTION 1 : L'IMPLICATION AMBIVALENTE DES AUTEURS CRÉDITÉS D'UNE HABILITATION GÉNÉRALE D'ÉLABORATION DU DROIT53

I. Les diverses influences des auteurs intellectuels sur la formulation de l'énoncé53

A. Pluralité des auteurs et qualité du contenu de la règle de droit antidiscriminatoire54

1) La consultation parcimonieuse de la société civile par les parlementaires55

2) L'insuffisante collaboration parlementaire.....60

B. Intentions des auteurs et objectifs de la règle de droit antidiscriminatoire65

1) La lutte contre les discriminations comme finalité supposée.....66

2) La mise en échec de la lutte contre les discriminations comme stratégie récurrente70

II. Les influences perfectibles des autorités normatives sur l'opposabilité de l'énoncé...76

A. Opposabilité et valeur juridique de l'énoncé antidiscriminatoire : l'enjeu de la constitutionnalisation77

B. Opposabilité et signification normative de l'énoncé antidiscriminatoire : la réserve de l'interprète constitutionnel82

SECTION 2 : L'INSTITUTIONNALISATION INABOUTIE DES AUTEURS SPÉCIALISÉS89

I. L'inégale participation des organismes d'impulsion et de pilotage des politiques publiques à l'élaboration de la règle de droit.....90

A. La rationalisation de l'action des organismes gouvernementaux.....91

1) Une gouvernance antidiscriminatoire minée par des mandats sectoriels91

2) L'utilité d'une approche transversale et d'une Délégation interministérielle à l'égalité républicaine.....96

B. L'apport crucial du Défenseur des droits sur le développement du droit de la non-discrimination.....100

II. L'absence de « tiers impartiaux » spécialisés chargés de la détermination de la règle de droit antidiscriminatoire.....	107
A. L'absence de détermination de la norme par la fonction d' <i>ombudsman</i> du Défenseur des droits	108
1) Une institution hybride.....	109
2) Une institution partielle de mobilisation plus que de détermination de la norme... ..	113
B. L'absence d'institutionnalisation de juridictions spécialisées en France.....	119
1) L'institutionnalisation de tribunaux spécialisés à l'étranger.....	120
2) L'échec des pôles anti-discriminations en France.....	124

CHAPITRE 2 : LE LANGAGE HÉSITANT DU DROIT DE LA NON-DISCRIMINATION.....131

SECTION 1 : L'ÉNONCÉ ANTIDISCRIMATOIRE À L'ÉPREUVE D'UNE ANALYSE SYNTAXIQUE ET SÉMANTIQUE.....133

I. La syntaxe comme précision de l'objectif de réalisation de la norme	134
A. La modalité, instrument de décryptage de l'effectivité attendue	134
B. La diversité déontique des énoncés du droit de la non-discrimination et du droit de l'égalisation.....	137
C. L'incertaine force perlocutoire de la modalité.....	140
II. La sémantique comme précision du contenu de la norme à réaliser	143
A. Les interdictions de la discrimination, entre divergences et imprécisions	143
1) Les interdictions générales de la discrimination.....	144
2) Les interdictions spécifiques de la discrimination dans l'emploi.....	150
B. La nécessaire unification des définitions de la discrimination	155
1) Le traitement défavorable, élément matériel principal commun aux différents types de discrimination.....	155
2) Au-delà du traitement défavorable, les nuances irréductibles des définitions de la discrimination	159

SECTION 2 : LES DÉFAUTS D'ACCESSIBILITÉ ET D'INTELLIGIBILITÉ DU DROIT DE LA NON-DISCRIMINATION.....165

I. Favoriser la connaissance du droit de la non-discrimination.....	166
A. La méconnaissance du droit de la non-discrimination.....	167

B.	La diffusion du droit de la non-discrimination : un levier récemment actionné.....	171
1)	La diffusion des textes antidiscriminatoires.....	171
2)	La diffusion politique du droit de la non-discrimination.....	173
3)	La diffusion professionnelle du droit de la non-discrimination	178
II.	La difficile lisibilité du droit de la non-discrimination.....	181
A.	Le constat d'une double fragmentation du droit de la non-discrimination	182
1)	La fragmentation formelle et la dispersion des règles de droit.....	182
2)	La fragmentation matérielle et l'hétérogénéité des règles de droit	186
B.	Les bienfaits d'une consolidation du droit de la non-discrimination.....	191
1)	Les initiatives des législateurs étrangers : un décentrement instructif	191
2)	En France : dégager les enseignements, esquisser les perspectives.....	195
	CONCLUSION DU TITRE 1	201

TITRE 2 : LA COHÉRENCE DU CADRE NORMATIF.....203

CHAPITRE 1 : L'INCONSISTANCE DE LA QUALIFICATION DE DISCRIMINATION.....205

SECTION 1 : LA COHÉRENCE PERDUE DES CLAUSES DE JUSTIFICATION

I.	Une conception initialement divergente des modalités de justification.....	208
A.	Les justifications <i>numerus clausus</i> des présomptions de discrimination directe.208	
1)	La non-justification de principe des présomptions de discrimination directe.....	209
2)	Les justifications exceptionnelles des présomptions de discrimination directe.....	213
B.	Les justifications <i>numerus apertus</i> des présomptions de discrimination indirecte.....	218
1)	La justification, principe intrinsèque à la qualification de discrimination indirecte	219
2)	La justification systématique comme indulgence face à l'absence de caractère manifeste de la discrimination indirecte.....	222
II.	Le rapprochement progressif des régimes juridiques ou l'obsolescence du double standard de justification	226
A.	Un rapprochement en deux temps des régimes de justification.....	226

1) L'apparition d'un régime semi-ouvert de justification des présomptions de discrimination directe	227
2) L'émergence d'un régime ouvert de justification des présomptions de discrimination directe	232
B. Les conséquences du rapprochement des régimes de justification.....	243
1) La modération des craintes d'un affaiblissement du droit de la non-discrimination	243
2) L'atténuation de la critique d'un trop large pouvoir d'appréciation du juge.....	248
SECTION 2 : L'INOPPORTUNITÉ DE LA CATÉGORISATION ENTRE DISCRIMINATIONS DIRECTES ET INDIRECTES.....	253
I. L'émergence de la discrimination indirecte : entre volonté d'expansion et perte de cohésion du droit de la non-discrimination.....	254
A. L'émergence de la discrimination indirecte au service de l'expansion du droit de la non-discrimination	254
1) La volonté d'appréhender un plus grand nombre de différences de traitement.....	255
2) La volonté d'appréhender également l'indifférence dans le traitement.....	260
B. La distinction entre discriminations directes et indirectes : une <i>summa divisio</i> relative et incomplète	264
1) Une distinction menacée par sa grande porosité	265
2) Une distinction questionnée par l'apparition successive et complémentaire d'autres « formes » de discriminations	272
II. Unifier la qualification juridique de discrimination : entre conséquence logique et nécessité stratégique.....	275
A. L'inopportunité d'une déclinaison des régimes juridiques en fonction des types de discrimination.....	276
1) Préciser les « formes » de discrimination par la distinction entre « catégories » et « types »	276
2) La disparition des « catégories » et l'importance secondaire des « types » de discrimination	279
B. L'opportunité d'une qualification juridique unifiée, opérationnelle et cohérente.....	284
1) Unification de la qualification et appréhension inclusive des types de discrimination	285
2) Recentrer la qualification juridique sur le noyau dur du concept de discrimination	288

CHAPITRE 2 : LA COEXISTENCE COMPLEXE ENTRE ÉGALITÉ ET NON-DISCRIMINATION	293
SECTION 1 : LE DROIT DE LA NON-DISCRIMINATION, COMPLÉMENT TECHNIQUE DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ	301
I. La proclamation de l'égalité juridicisée par l'organisation d'un contrôle contentieux opérationnel	301
A. L'égalité comme principe vide	302
B. Le droit de la non-discrimination comme fondement d'un contrôle prioritaire de certaines inégalités apparentes de traitement.....	305
II. Le sens de l'égalité précisé par le développement du droit de la non-discrimination	307
A. L'égalité comme impératif de justification des traitements personnels	307
B. Le droit de la non-discrimination comme cadre de justifications	311
SECTION 2 : LA QUALIFICATION DE DISCRIMINATION, PROLONGEMENT DES EXIGENCES D'ÉGALITÉ	317
I. L'influence de l'égalité abstraite et de la comparaison <i>ex ante</i> des situations comme point de vue privilégié	319
A. L'égalité par l'isonomie : fondement du sens originel de la discrimination et de la discrimination directe.....	320
B. L'égalité par la relativité : première limite à la discrimination directe et amorce de la discrimination indirecte	323
II. L'influence de l'égalité concrète ou la proportionnalité <i>ex post</i> du traitement comme point de vue privilégié	329
A. L'égalité matérielle : deuxième limite à la discrimination directe et fondement de la discrimination matérielle.....	330
B. L'égalité substantielle : fondement de la discrimination pour refus d'aménagement raisonnable.....	334
C. L'égalité réelle : troisième limite à la discrimination directe	336
SECTION 3 : LE CONCEPT DE NON-DISCRIMINATION, SUPPORT THÉORIQUE AU CLOISONNEMENT DES NOTIONS	339
I. Derrière l'allégation d'une dénaturation de l'égalité par la non-discrimination, une conception traditionnelle de l'office du juge.....	342
II. Derrière le fondement de l'égalité réelle dans la non-discrimination, la négligence de la structure interne du principe d'égalité.....	353
CONCLUSION DU TITRE 2	361
CONCLUSION DE LA PARTIE 1	365

PARTIE 2 : LA RÉALISATION PAR LA REVENDICATION DU DROIT À LA NON-DISCRIMINATION.....367

TITRE 1 : L'ACCESSIBILITÉ DES AUTORITÉS D'APPLICATION DU DROIT 371

CHAPITRE 1 : LES LIMITES DES DIFFÉRENTES VOIES D'ACTION373

SECTION 1 : LE POTENTIEL VARIABLE DES VOIES D'ACTION INDIVIDUELLE375

- I. Le potentiel limité de la voie pénale375
 - A. Le difficile accès au juge pénal pour les victimes de discrimination376
 - 1) Les obstacles à l'émergence des signalements376
 - 2) Les obstacles à l'engagement des poursuites380
 - B. Entre contentieux pénal et lutte contre les discriminations : des dynamiques divergentes384
 - 1) Effectivité du droit pénal ou efficacité de la voie pénale : l'émergence d'injonctions contradictoires ?384
 - 2) Une appréhension limitée des discriminations intentionnelles : symptôme d'une utilité subsidiaire de la voie pénale.....388
- II. Le potentiel renforcé des voies civile et administrative.....393
 - A. Les actions civiles et administratives : un développement récent mais imparfait394
 - 1) Le renforcement progressif des fondements législatifs aux actions civiles et administratives394
 - 2) Les obstacles procéduraux persistants.....397
 - B. Le soutien institutionnel des actions civiles et administratives par la fourniture d'une aide juridique spécialisée400
 - 1) Envisager l'hypothèse d'une aide juridique spécialisée sur le modèle des expérimentations étrangères401
 - 2) Les implications potentielles d'une aide juridique spécialisée en France406

SECTION 2 : LES OBSTACLES À L'ORGANISATION COLLECTIVE DE L'ACTION413

- I. Favoriser la participation contentieuse des tiers, non-victimes de discrimination.....413
 - A. La mobilisation contentieuse des associations et des syndicats.....414

1) Les fondements juridiques et l'impact contentieux de la mobilisation des associations et syndicats	414
2) Les restrictions juridiques à l'action des associations et syndicats	419
B. Dynamiser les actions de substitution ou en soutien de la victime	422
1) Assouplir les conditions d'habilitation à ester en justice pour les associations et syndicats.....	422
2) Simplifier l'action des tiers intervenants.....	427
II. Relativiser l'apport des actions de groupe en matière de discrimination.....	431
A. La mise en place de l'action de groupe.....	432
1) Une émergence pleine de promesses.....	432
2) Une rapide remise en cause.....	435
B. Une action visant la simple cessation amiable, négociée et collective de l'atteinte... ..	437
1) Une action contentieuse limitée par sa mise sous conditions, matérielles et personnelles.....	438
2) L'action contentieuse comme instrument auxiliaire d'une cessation amiable privilégiée.....	443
C. Le choix de l'efficacité contre celui de la réparation intégrale du préjudice ...	448
1) Une indemnisation minimaliste au détriment de la réparation intégrale	449
2) L'action collective en cessation : voie d'action complémentaire ou superfétatoire ?	453

CHAPITRE 2 : LES DIFFICULTÉS RELATIVES À LA CONDUITE DE L'ACTION.....

SECTION 1 : L'INSUFFISANTE PRISE EN COMPTE DES CONDITIONS MATÉRIELLES DES REQUÉRANTS.....	459
I. Atténuer les implications financières du procès	459
A. Les perspectives limitées des modalités classiques de soutien financier au bénéficiaire du requérant.....	460
1) La sous-dotation des dispositifs d'aides financières accessibles dès la phase précontentieuse.....	460
2) Le potentiel restreint des aides financières accessibles sur décision juridictionnelle	464
B. Le concours inexploité des fonds spéciaux d'aide aux actions contentieuses .	468
1) L'échec de la mise en place d'un fonds de participation au financement des actions de groupe en matière de non-discrimination.....	469

2) L'hypothèse d'un programme de contestation judiciaire finançant les « causes types » en matière d'égalité.....	472
II. Atténuer les délais de règlement des litiges	476
A. Délai raisonnable et réclamations devant le Défenseur des droits : une prise de position diligente à défaut de règlement systématique du litige.....	477
B. Les répercussions de l'effet non suspensif de la saisine du Défenseur des droits.....	480
C. Le contentieux de la non-discrimination au révélateur du délai raisonnable...	484
 SECTION 2 : LA GARANTIE PERFECTIBLE DES DROITS PROCÉDURAUX DES PARTIES	 491
I. La nécessaire compensation de l'inégalité des positions	492
A. La protection première du requérant par la sanction des actes de représailles....	492
1) L'annulation rétroactive des actes de représailles	493
2) Une annulation rétroactive triplement conditionnée	496
B. La protection complémentaire du droit d'ester en justice du requérant.....	499
1) La réintégration prononcée en référé comme garantie d'urgence du droit d'ester en justice	499
2) Contrer les effets de l'acte litigieux par l'extension du statut de salarié protégé.....	503
II. La compensation mesurée de l'inégalité des armes.....	507
A. Le principe du contradictoire face aux nécessités de l'instruction	508
1) Devant le Défenseur des droits : des prérogatives d'instruction globalement respectueuses du contradictoire	508
2) Devant le juge : le potentiel inexploité des ordonnances sur requête.....	513
B. Les exigences du procès équitable face au rôle contentieux du Défenseur des droits.....	518
1) La conformité aux droits de la défense des observations en justice	519
2) Le cumul des mandats comme atteinte au procès équitable ?	526
 CONCLUSION DU TITRE 1	 533

TITRE 2 : L'EFFICACITÉ DES MÉCANISMES DE RÈGLEMENT DES LITIGES
.....535

**CHAPITRE 1 : L'UTILITÉ CONTRASTÉE DES PROCÉDURES *SUI GENERIS*
DE LA NON-DISCRIMINATION**537

SECTION 1 : UN RECOURS ÉQUIVOQUE À LA MÉDIATION539

- I. Les limites de la médiation extrajudiciaire devant le Défenseur des droits539
 - A. La pratique de la médiation institutionnelle et des bons offices.....540
 - B. Les rapports ambivalents de la médiation institutionnelle et des bons offices à l'effectivité du droit commun544
- II. Le rapprochement des modes alternatifs de règlement des litiges et de la phase contentieuse549
 - A. La complémentarité de la médiation et de la voie contentieuse550
 - B. Favoriser la médiation et la conciliation de droit commun, à l'initiative du juge et des parties553

SECTION 2 : UN AMÉNAGEMENT NÉCESSAIRE DU RÉGIME DE PREUVE561

- I. L'aménagement des tâches des acteurs dans l'administration de la preuve561
 - A. Faciliter l'effort probatoire du requérant.....562
 - 1) Un allègement de la charge de la preuve indispensable mais incomplet562
 - 2) La clarification du seuil de la preuve des discriminations *prima facie*570
 - B. La contribution réservée des tiers à l'effort probatoire du requérant576
 - 1) Le juge, acteur clef de l'accès aux éléments probants577
 - 2) La mobilisation de l'inspecteur du travail et du Défenseur des droits.....583
- II. L'aménagement des techniques de preuve.....588
 - A. La contribution en demi-teinte des modes de preuve fondés sur des données quantitatives.....589
 - 1) La complexité de la preuve par le biais de la comparaison statistique.....589
 - 2) La lourdeur de la preuve par le biais des tests de situation595
 - B. Quelles perspectives pour une optimisation de la preuve ?604
 - 1) La consécration d'une valeur probante au silence du mis en cause face à une mesure d'instruction, à défaut de droit à la communication des données.....605
 - 2) La généralisation d'une approche globale et circonstancielle de la preuve ...610

CHAPITRE 2 : L'AUDACE RESTREINTE DES JUGES DE LA NON-DISCRIMINATION.....621

SECTION 1 : L'INTERPRÉTATION AU SERVICE DE L'APPRÉHENSION DE LA DISCRIMINATION625

- I. Les motifs de discrimination, objets limités d'interprétation jurisprudentielle626
 - A. Le cadre d'interprétation des motifs et l'inévitable dilemme relatif au caractère limitatif ou indicatif des listes.....626
 - 1) La multiplication désordonnée des motifs de discrimination, dommage collatéral des listes fermées627
 - 2) Vers la consécration d'une liste ouverte ?.....633
 - B. Les interprétations constructives et extensives des motifs.....640
 - 1) Les interprétations constructives, une réponse au caractère limitatif des listes.640
 - 2) Les interprétations extensives des motifs, une technique de protection rehaussée.....645
- II. L'appréhension contentieuse complexe des nouveaux types de discrimination..651
 - A. L'appréhension précaire de la discrimination par association.....651
 - 1) Les techniques palliatives d'appréhension contentieuse de la discrimination par association652
 - 2) Favoriser l'appréhension contentieuse par la consécration de la discrimination par association en droit positif.....658
 - B. L'appréhension partielle de la discrimination multiple ou la mise au ban de la discrimination intersectionnelle.....665
 - 1) Un concept émergent confronté à la pusillanimité des cours européennes..665
 - 2) Face à la réticence des juridictions, quelles perspectives ?675

SECTION 2 : L'INNOVATION AU SERVICE DE LA SANCTION DE LA DISCRIMINATION687

- I. Renforcer la sanction classique et la réparation intégrale du préjudice688
 - A. Étayer la réparation du préjudice matériel par l'inventivité des modes de réparation et la revalorisation des pertes688
 - 1) Multiplier les modes de réparation en nature par l'aménagement des relations contractuelles689
 - 2) Maximiser la réparation par équivalent au moyen de l'évaluation de la perte de revenus et de la perte de chance696

B.	Assurer la réparation du préjudice moral face à une évaluation quantitative et qualitative économe.....	705
1)	La faiblesse relative de l'évaluation du préjudice moral par les juridictions françaises	705
2)	Les carences méthodologiques lors de l'évaluation du préjudice moral par les juridictions françaises	711
II.	Dépasser le caractère rétrospectif de la sanction par le développement de mesures d'intérêt public ou de redressement systémique	716
A.	Les mesures d'intérêt public, une innovation anglo-saxonne	716
1)	L'usage juridictionnel des mesures d'intérêt public à l'étranger	717
2)	La déclinaison plurielle des mesures d'intérêt public	721
B.	La perspective d'un développement en France de mesures de redressement systémique.....	726
1)	Un usage actuel mais insuffisant des mesures de redressement systémique.....	727
2)	L'hypothèse du développement contentieux des mesures de redressement systémique	730
	CONCLUSION DU TITRE 2	735
	CONCLUSION DE LA PARTIE 2	739
	CONCLUSION GÉNÉRALE.....	741
	BIBLIOGRAPHIE.....	745
	TABLE DE LA JURISPRUDENCE CITÉE.....	801
	ANNEXES	837
	LEXIQUE.....	849
	INDEX.....	851
	TABLE DES MATIÈRES	859

La réalisation du droit de la non-discrimination

Le droit de la non-discrimination s'est considérablement étendu lors des dernières décennies et constitue désormais un corpus juridique étoffé. Structuré autour d'une interdiction fondatrice (l'interdiction de la discrimination) et d'un droit subjectif (le droit à la non-discrimination), il fait l'objet d'un enrichissement continu dont témoigne, entre autres, la profusion des caractéristiques protégées. À mesure que croissent les exigences normatives qui lui sont assignées, persiste en contraste un état pragmatique : celui de son ineffectivité. La crédibilité du droit et la protection des victimes sont alors mises à l'épreuve et invitent à penser, au-delà des incantations, une politique sur mesure de réalisation du droit.

L'ambition excède manifestement les seules capacités des juristes et du législateur. Parce que le droit de la non-discrimination repose sur l'organisation du contrôle juridictionnel de traitements défavorables, il décharge considérablement le processus de réalisation sur la victime. C'est cette dernière qui doit procéder, d'une part, à un acte de qualification juridique de la situation vécue et, d'autre part, à un acte de mobilisation de la norme en vue de la réparation. Le droit n'est toutefois pas étranger à ce processus. Il l'encadre. En amont, sa conception détermine les qualités de l'outil mis à disposition des acteurs. En aval, la manière dont il règle la contestation judiciaire conditionne la capacité des juridictions à satisfaire une revendication qui se révèle fondée. Un examen critique de l'appréhension des facteurs juridiques de réalisation par les autorités normatives s'impose. Si l'analyse révèle quelques carences, elle dévoile par un mouvement symétrique des espaces inexploités que le droit de la non-discrimination pourrait être amené à explorer.

Mots-clés : Réalisation ; Effectivité ; Discrimination ; Égalité ; Légistique ; Application

The Realization of Anti-Discrimination Law

Over the last decades, anti-discrimination law significantly expanded and appears now as a wide body of rules. Founded upon a main prohibition (the prohibition of discrimination) and a right to be exercised (the right to be free from discrimination), anti-discrimination law is subject to a continuous growth, as the abundance of protected grounds attests. While its normative requirements increase, the social behaviours show in contrast one of its main challenges: its lack of effectiveness. The credibility of law as well as the protection of victims are then strained and lead up to conceive a tailor-made policy to support the realization of law.

Such an ambition plainly exceeds the sole capacity of legal practitioners and lawmakers. As anti-discrimination law mainly consists in referring illegitimate treatments to the courts, it considerably unloads the process of realization on the victim. She/he is the one who must legally qualify the situation she/he experienced and then claim her/his right by engaging through a judicial combat to obtain redress. The law is, however, no stranger to this process, and frames it. Beforehand, it shapes the qualities of the tool made available to stakeholders. Afterwards, the way it deals with the proceedings determines the ability of courts to satisfy a rightful claim. Therefore, it is required to enter into a critical examination of the ways whereby normative authorities seize the legal factors of realization. While the analysis reveals some shortcomings, it exposes at the same time some proposals that anti-discrimination law could explore.

Keywords : Realization ; Effectiveness ; Discrimination ; Equality ; Legislative drafting ; Enforcement