

## I Les différentes figures de la discrimination au travail : quelle cohérence ?<sup>1</sup>

Marie Mercat-Bruns

Maître de conférences, HDR au CNAM/LISE CNRS et professeure affiliée à l'École de droit de Sciences-Po

*Le droit de la non-discrimination est complexe. Les figures de la discrimination sont multiples. L'article se propose de réfléchir aux cohérences de ce droit et aux sens qui peuvent lui être prêtés.*

La discrimination est à géométrie variable comme en témoignent les différentes recherches<sup>2</sup>. Mais les observations sur la discrimination peuvent être cloisonnées, tributaires des critères discriminatoires les plus mobilisés<sup>3</sup> ou les plus visibles<sup>4</sup>. La discrimination peut aussi prendre différentes formes selon le contexte de l'emploi dans lequel elle se manifeste. L'article L. 1132-1 du Code du travail qui renvoie à l'article 1<sup>er</sup> 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 n'inclut pas moins de quatre notions pour définir la discrimination : la discrimination directe, la discrimination indirecte, le harcèlement discriminatoire et l'injonction de discriminer. La loi, sous l'impulsion européenne<sup>5</sup>, reflète donc cette diversification des figures de la discrimination mais aucun préambule n'énonce les raisons globales de la lutte menée contre les discriminations ou les objectifs plus profonds de la loi

en dehors de la transposition<sup>6</sup>, qui embrasse autant de notions de discrimination et désormais, autant de critères prohibés<sup>7</sup>. Ces raisons invitent à une première réflexion sur la cohérence des figures de la non-discrimination.

Dans son sens courant, la cohérence implique que « des parties s'enchaînent bien et présentent entre elles des rapports logiques »<sup>8</sup>. 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. Jusqu'à présent, une grande partie des discussions sur le droit de la non-discrimination a porté davantage sur la recherche d'une cohérence *externe* de la non-discrimination qui se dédouble en deux quêtes aussi louables qu'essentiels. La première quête d'une cohérence *externe* se concentre en droit français sur les rapports entre les figures de la non-discrimination et la place qu'occupent déjà le principe d'égalité et celui d'égalité de traitement<sup>9</sup>. Ce serait à travers une

(1) Cet article se situe dans le prolongement de la journée d'études *Approche juridique transversale des discriminations*, coorganisée par l'Université de Strasbourg et le Syndicat des avocats de France, le 12 oct. 2019. Il rend hommage à M<sup>e</sup> E. Boussard-Verrecchia qui donne du sens au droit de la non-discrimination.

(2) V. not., en économie, S. Carcillo et M.-A. Vaifort, *Les discriminations au travail : femmes, ethnicité, religion, âge, apparence, LGBT*, Sciences Po Les Presses, 2018, p. 73-183 ; en sociologie, F. Dubet (2016), *Ce qui nous unit. Discriminations, égalité et reconnaissance*, Seuil, 2016.

(3) V. sur la discrimination religieuse, H. Nassom-Tissandier, « Neutralité religieuse dans l'entreprise : le droit français au prisme du droit européen », *Dr. soc.* 2018. 348.

(4) Sur les critères qui manquent de visibilité, M.-C. Cerrato-Debenedetti, *La lutte contre les discriminations ethno- raciales en France : de l'annonce à l'esquive : 1998-2016*, PU Rennes, 2018.

(5) M.-T. Lanquetin, « Discriminations : loi d'adaptation au droit communautaire du 27 mai 2008 », *Dr. soc.* 2008. 778.

(6) V. les propos d'introduction du projet de la loi du 27 mai 2008 de V. Létard, alors secrétaire d'État chargée de la solidarité qui confirme l'absence de réflexion plus profonde sur les notions de discriminations et leur articulation : « Le seul objet de ce texte est de transposer un certain nombre de dispositions communautaires. Le gouvernement n'a pas choisi d'en faire un instrument d'approfondissement ou de réorientation de la politique de lutte contre les discriminations, car les échéances de la transposition et les procédures en cours ne nous en laissaient pas le temps : le champ concerné est immense et la matière supporte moins que tout autre l'approximation », séance du 25 mars 2008, AN, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/cra/2007-2008/122.asp> ; v. aussi M. Miné, « Discriminations : une transposition laborieuse... », *RDT* 2008. 532 ; « Discriminations : une transposition laborieuse... (suite) », *RDT* 2008. 741.

(7) V. la liste de critères de C. trav., art. L. 1132-1.

(8) V. la définition du *Larousse*.

(9) L. Cluzel, « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation », *RFDA* 2010. 309 ; v. C. Radé, *Discriminations et inégalités de traitement dans l'entreprise*, Éditions Liaisons, 2011, p. 9-25 ; J.-Cl. Libertés 2009, fasc. 500, v<sup>o</sup> Principe d'égalité et droit de la non-discrimination, par E. Dubout, § 2 s.

logique externe de construction d'une grammaire de l'égalité que la non-discrimination trouverait son sens en complément de notions déjà existantes<sup>10</sup>, parfois en opposition avec celles-ci<sup>11</sup>. Mais, au-delà de la perception des fonctions de la discrimination directe, indirecte, voire de l'action positive<sup>12</sup>, la cohérence externe des figures de la non-discrimination nous enseigne peu de choses sur la dynamique propre de l'interdiction de la discrimination directe et indirecte dans le contentieux interne et la dynamique entre les deux concepts et leur lien avec le harcèlement discriminatoire, l'injonction de discriminer ou l'action positive. Articuler non-discrimination et égalité est utile pour dévoiler leur contribution propre mais n'oriente pas sur le sens de la mise en œuvre effective des figures de la non-discrimination.

La deuxième quête de cohérence *externe* des figures de la non-discrimination cherche à inscrire l'évolution du droit de la non-discrimination dans les États membres de l'Union européenne dont la France, comme la nécessaire (voire contraignante) mise en œuvre du droit européen et international<sup>13</sup>. Puisque le droit de la non-discrimination a cette dimension d'extranéité, le sens du droit de la non-discrimination en France peut effectivement se nourrir des pensées européennes sur l'apport ou les limites de la conformité aux traités, aux directives et à l'acquis communautaire développé par la Cour de justice de l'Union européenne<sup>14</sup>.

La cohérence « européenne » des figures de la non-discrimination importe d'autant plus que le *moment* est propice à une réflexion *interne* sur le sens global du droit de la non-discrimination. Il est en effet demandé, notamment par le socle européen des droits sociaux, d'améliorer la mise en œuvre des textes européens existants<sup>15</sup>. Il s'agit de « donner aux citoyens des droits nouveaux et *plus efficaces* »<sup>16</sup> à travers « vingt principes clés se déclinant

autour de trois thèmes » qui indiquent, par leur formulation et leur mise en œuvre, un sens possible au droit de la non-discrimination. Au-delà de la dimension programmatique de ce socle approuvé par le Parlement et le Conseil au sommet social de Göteborg<sup>17</sup>, les trois thèmes que sont « l'égalité des chances et l'accès au marché du travail, les conditions de travail équitables, et la protection sociale et l'inclusion sociale » semblent autoriser l'adoption de mesures plus structurelles dans la lutte contre les discriminations. Plus précisément, les trois objectifs sont de favoriser « l'égalité des chances entre hommes et femmes dans tous les domaines, y compris en ce qui concerne la participation au marché du travail, les conditions d'emploi et la progression de carrière », « encourager l'égalité des chances des groupes sous-représentés », envisager concrètement « l'inclusion des personnes handicapées » par des « aides », des « services » et un « environnement de travail adapté à leurs besoins » et « l'équilibre entre la vie professionnelle et la vie privée des parents et des personnes ayant des responsabilités familiales ».

Les réflexions européennes sur la recherche d'une cohérence *externe* du droit de la non-discrimination explorent, d'un côté, la portée des résistances des juridictions dans les États membres à l'application de certaines notions telles que la discrimination indirecte<sup>18</sup> ou les discriminations multiples<sup>19</sup>; d'un autre côté, la portée et l'évolution des règles européennes<sup>20</sup> sur le plan procédural<sup>21</sup> et l'application des critères prohibés les plus récents (âge, handicap, orientation sexuelle)<sup>22</sup>.

S'agissant de la cohérence *interne* de la non-discrimination au travail, si une étude transversale a trait à la portée des décisions juridictionnelles en droit privé<sup>23</sup>, les études empiriques auprès des acteurs juridiques qui font usage du droit de la non-discrimination et les inventaires qualitatifs et quantitatifs des décisions de justice

(10) Comme l'égalité et l'égalité de traitement, J. Porta, « Non-discrimination, égalité et égalité de traitement », in G. Borenfreund et I. Vacarie, *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Dalloz, coll. « Thèmes et Commentaires », 2013, p. 15; v. aussi Rép. trav., v° Discrimination, par M.-T. Lanquetin.

(11) S. Grosbon, « Regard critique des comités onusiens sur la lutte contre les discriminations à la française », REDH 2016/9 (revue numérique).

(12) V. D. Tharaud, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, PUAM, 2013; M. Sweeney, *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, thèse Université Paris Ouest Nanterre 2010; M. Peyronnet, *La diversité : étude en droit du travail*, Université de Bordeaux 2018, thèse en ligne (<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-02279370>).

(13) V. L. Cluzel et M. Mercat-Bruns, *Étude comparative de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation sur les discriminations dans l'emploi*, Doc. fr., 2011; J.-F. Akandji-Kombé (dir.), *Égalité et droit social*, vol. 1 et 2, IRJS, 2014.

(14) S. Robin-Olivier, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Étude à partir des libertés économiques*, PUAM, 1999; S. Benedi Lahuerta et A. Zbyszewska, *Rethinking EU Equality Law: Towards a more coherent and sustainable regime: Exploring alternatives*, Southampton/Warwick Policy Paper, p. 3; R. Guerrina et A. Masselot, *Walking into the footprint of EU Law: Unpacking the gendered consequences of Brexit*, Social Policy and Society 2018, n° 17(2), p. 319.

(15) T. Givens et R. Case, *Legislating Equality: the politics of antidiscrimination policy in Europe*, Oxford University Press, 2014, p. 130; v. aussi les rapports nationaux pour la Commission européenne, <https://www.equalitylaw.eu/publications>.

(16) Déclaration du président Juncker sur la proclamation du socle européen des droits sociaux, 17 nov. 2017, [https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights\\_fr](https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights_fr).

(17) [https://europa.eu/newsroom/events/social-summit-fair-jobs-and-growth\\_fr](https://europa.eu/newsroom/events/social-summit-fair-jobs-and-growth_fr).

(18) M. Mercat-Bruns, « Tackling Indirect Discrimination in Employment in France: a Relative Success? » in B.B. Havelková et M. Möschel (dir), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, Oxford University Press, 2020, à paraître.

(19) S. Atrey, *Intersectional discrimination*, Oxford University Press, 2019.

(20) V. le colloque *Gender in Law and Courts: Uneasy Encounters? European University Institute*, Florence, 8 nov. 2019, [https://apps.eui.eu/EUI\\_API/EVENTSV2/Attachments/Index?id=13874](https://apps.eui.eu/EUI_API/EVENTSV2/Attachments/Index?id=13874); M. Mercat-Bruns, « The Coherence of EU Antidiscrimination Law: a Look at its Systemic Approach in light of Relational Grounds of Discrimination and Collective Norms in Employment », in *The European Union as a Protector and Promoter of Equality*, Springer, 2020, à paraître.

(21) S. Benedi Lahuerta, *Enforcing EU Equality Law through collective redress: lagging behind?*, Common Market L. Rev., 2018, n° 55, p. 783.

(22) U. Belavusau, K. Henrard, *EU antidiscrimination law beyond gender*, Hart, 2018.

(23) « Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation », rapp. cass. 2008, Doc. fr., 2009.

relative aux discriminations, révèlent l'absence de quête d'un sens commun propre dans la mobilisation de ce droit<sup>24</sup> et les évolutions du droit paraissent obéir à une logique qui varie souvent au gré du critère discriminatoire mobilisé ou de la nature de la discrimination<sup>25</sup>. Les entretiens avec des juges de cours d'appel révèlent que, si la non-discrimination est considérée par les juridictions comme un principe érigé au rang des droits fondamentaux, la pratique révèle une faible autonomie de ces règles, davantage présentées comme accessoires au litige pour compléter des prétentions qui, en quelque sorte, « absorbent » l'objet principal du litige<sup>26</sup>. L'observation empirique de la pratique telle qu'elle est décrite par des juges et des avocats montre que les règles de non-discrimination sont mobilisées par les avocats pour invoquer des sanctions plus lourdes, comme la nullité du licenciement, et permettre de plaider la réparation intégrale du préjudice<sup>27</sup>. Les allégations de discrimination servent souvent de « bouche-trou » en l'absence de preuve d'une autre violation du droit<sup>28</sup>. De ce fait, ces contentieux tendent à banaliser la discrimination qui n'est pas pensée comme une qualification propre, légitime et cohérente mais plus souvent comme un subterfuge.

En somme, le droit de la non-discrimination ne semble pas avoir de sens. Il devient ou demeure **une série de règles instrumentalisées** en l'absence d'une autre règle applicable et perd sans doute aussi sa consistance dans la hiérarchie des normes fondamentales<sup>29</sup>. Sans adopter une lecture dogmatique sur le sujet qui expliquerait son insertion comme « principe » dans les dispositions liminaires du Code<sup>30</sup> et en l'absence d'une codification propre au droit de la non-discrimination, les tentatives de structurer ce droit et de dévoiler sa dynamique interne se justifient aussi par la dimension très casuistique de ce corpus juridique. Il est peu encadré pour un pays de tradition romano-germaniste alors que de nouveaux critères prohibés de discrimination ne cessent d'apparaître<sup>31</sup>.

Dans ce contexte de faible théorisation du droit de la non-discrimination, peut-on réfléchir au sens à donner aux **figures** de la discrimination au travail en partant des notions de discrimination directe, discrimination indirecte, harcèlement discriminatoire et injonction de discriminer de l'article L. 1132-1 du Code du travail ou leur définition dans l'article 1 de la loi de 2008 ?

La quête de cohérence du droit de la non-discrimination invite, dans un premier temps, à déterminer quels sont les risques qui résultent de l'absence de sens donné au droit de la non-discrimination avant d'envisager les différents sens possibles accordés au droit de la non-discrimination qui orienteraient son application et son interprétation (I). Il s'agit de rechercher une direction qui aiguillerait le juge sur la pertinence des arguments à retenir ou pas pour qualifier la discrimination et guiderait également les avocats et éclairerait leurs conclusions<sup>32</sup>. Dans un second temps, il conviendra de cartographier les rapports entre les figures de discriminations, notamment celles qui sont directes et indirectes à la lumière du sens assigné à ces normes dans le but de favoriser la cohérence interne du droit de la non-discrimination au travail (II).

## I. - La cohérence interne du droit de la non-discrimination: la quête d'un sens à donner aux figures de la non-discrimination ?

Avant de proposer des sens possibles au droit de la non-discrimination qui donneraient une certaine cohérence *interne* à l'usage des figures de la non-discrimination (B), il faut mesurer les risques du *statu quo* en France, autrement dit de l'absence de réflexion globale sur le sens de la mise en œuvre des figures du droit de la non-discrimination au travail (A).

(24) « Le rayonnement du droit antidiscriminatoire s'est accéléré ces vingt dernières années tant du point de vue des domaines (du droit pénal, au droit du travail, au droit de la santé et de l'environnement) que des motifs. Cette accélération rend plus difficile la compréhension d'ensemble du droit antidiscriminatoire et donc sa mobilisation devant les juges », E. Serverin et F. Guiomard, *Des revendications des salariés en matière de discrimination et d'égalité, les enseignements d'un échantillon d'arrêts extrait de la base JURICA (2007-2010)*, p. 162.

(25) B. Bossu, *Les discriminations dans les relations de travail devant les cours d'appel: La réalisation contentieuse d'un droit fondamental*, Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche droit et justice, rapport, sept. 2014, GIP Justice, p. 21.

(26) *Ibid.* En effet, cette étude note une certaine correspondance entre des décisions de justice qui admettent plus souvent la discrimination quand elle est appuyée par une violation autre du droit du travail (maternité, liberté syndicale) et le discours de certains juges sur la perception des contestations sur le fondement de discrimination et de harcèlement qui sont vues comme des prétentions « tartes à la crème », des arguments rajoutés au dernier moment à d'autres prétentions.

(27) M. Mercat-Bruns et J. Perelman, *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination: perspectives pluridisciplinaires et comparées*, 2016, p. 87.

(28) *Ibid.*

(29) L. Favoreu, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du Droit », in *Mélanges L. Hamon*, Economica, 1982, p. 235 et 244.

(30) V. les intitulés du livre premier, chap. II, C. trav.

(31) Parmi les derniers critères en date: la domiciliation bancaire (L. n° 2017-256, 28 févr. 2017, de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique) ou, l'exercice d'un mandat électif local (L. n° 2019-1461, 27 déc. 2019, relative à l'engagement dans la vie locale et à la proximité de l'action publique).

(32) Cette quête d'un sens implicite du droit de la non-discrimination n'est pas nouvelle. On sait que l'émergence de la notion de discrimination indirecte aux États-Unis, non prévue initialement dans la loi sur les droits civiques de 1964, dans l'affaire *Griggs c. Duke Power*, 401 U.S. 424 (1971) est venue d'une interprétation téléologique de la non-discrimination comme moyen économique d'éliminer les entraves à l'emploi. Prévoir l'exigence d'un diplôme pour le recrutement ou la promotion d'un salarié est un critère apparemment neutre de sélection mais peut produire un effet préjudiciable non justifié pour un certain emploi à l'encontre des candidats noirs qui n'ont pas dans leur grande majorité ces diplômes, peu importe l'absence d'intention discriminatoire de l'entreprise.

## A. - Les risques résultant de l'absence de mise en cohérence des règles de non-discrimination

En l'absence d'effort de rationalisation de ce droit, les figures de la non-discrimination sont exposées à trois risques. Le **premier risque** est lié à un cantonnement des figures de la non-discrimination à une individualisation des phénomènes discriminatoires et à l'ignorance de leur dynamique individuelle et collective. Le régime de la preuve des discriminations directes et indirectes inscrit dans l'article L. 1134-1 du Code du travail indique déjà, au singulier, que le candidat à l'emploi ou le salarié présente des éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination directe et indirecte. Cette recherche probatoire est donc souvent présumée individuelle tout comme le préjudice est présumé individuel, lié à la différence de traitement que subit le demandeur. L'avènement de l'action de groupe pose un cadre collectif mais renvoie encore à une similarité de situations individuelles causées par une « même personne » et l'action de groupe peut être exercée au vu des cas « individuels » présentés par le demandeur<sup>33</sup>.

Dans ce cadre probatoire contraint, lorsque les éléments de fait de la discrimination directe ou indirecte sont produits et que la partie défenderesse doit prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, elle a toujours tendance à vouloir prouver que la situation est singulière, propre à la relation individuelle de travail entre un salarié et son supérieur hiérarchique et non associée à des décisions stratégiques de l'entreprise prises à un autre niveau hiérarchique. Même en présence de panels de comparaison sur l'évolution de carrière, la volonté de l'employeur est souvent de tenter de montrer la particularité de la situation du salarié. Même lorsque la discrimination est avérée, des études à l'étranger montrent que, sans réflexion globale sur le but du droit de la non-discrimination, les justifications en défense cherchent à restreindre les contentieux à des phénomènes strictement individuels liés à un comportement discriminatoire d'un individu ayant agi isolément<sup>34</sup>. Or les discriminations directes et indirectes peuvent provenir soit d'une chaîne de décisions individuelles à différents niveaux hié-

rarchiques en cas de discrimination directe, soit de règles générales apparemment neutres instaurées par l'employeur ou les partenaires sociaux de façon parfois involontaire ayant certes des conséquences individuelles mais aussi des effets collectifs discriminatoires comme le montre un dernier arrêt de 2019 relatif à une discrimination indirecte liée à un retour de congé parental<sup>35</sup> et d'autres décisions antérieures<sup>36</sup>. Ce cadre, souvent, à la fois individuel et collectif des discriminations rappelle celui du droit de la concurrence qui met souvent en jeu des intérêts individuels et collectifs de façon dynamique.

Le **deuxième risque** dû à l'absence de réflexion sur le sens des règles de la non-discrimination est de favoriser un *contrôle juridictionnel variable* des différences de traitement selon le critère invoqué et *un éclatement du droit*. En effet, les contentieux sont nombreux sur la discrimination syndicale par rapport aux autres critères<sup>37</sup> et portent très souvent sur les discriminations salariales, celles liées à la promotion ou le licenciement. Malgré la multiplication des critères se construit un droit, en pratique, disparate, partiellement mobilisé, en décalage avec l'inflation croissante de critères prohibés<sup>38</sup>. La multiplication des critères prohibés favorise une hiérarchisation des critères discriminatoires et ainsi une forme de cloisonnement des règles du droit selon les critères sans justification d'ensemble.

Enfin, le **troisième risque** est de réduire le droit de la non-discrimination à un principe de non-discrimination qui sert plutôt à contrôler les conditions d'exercice d'une liberté. En effet, des décisions de justice mais aussi de certains travaux de la doctrine<sup>39</sup> lient la qualification de discrimination aux garanties nécessaires à l'exercice de libertés de l'employeur ou des salariés. Selon une conception « d'une égalité mise en œuvre dans le respect du principe de liberté », pour garantir une égalité « prévisible » pour l'employeur, la non-discrimination permet « d'identifier les distinctions qui sont interdites et d'en déduire que les autres, sous réserve de l'abus, sont possibles »<sup>40</sup>, permettant une meilleure conciliation avec la liberté contractuelle<sup>41</sup>. Cette vision étroite de la non-discrimination permettrait au « législateur d'indiquer à

(33) L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, art. 62 : « lorsque plusieurs personnes placées dans une situation similaire subissent un dommage causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles, une action de groupe peut être exercée en justice au vu des cas individuels présentés par le demandeur ».

(34) T. Green, *Discrimination laundering, The rise of organizational innocence and the crisis of equal opportunity law*, Cambridge University Press, 2017, p. 42.

(35) Soc. 14 nov. 2019, n° 18-15.682, Dalloz actualité, 9 déc. 2019, obs. V. Ilieva ; D. 2019. 2254. La discrimination indirecte d'une salariée qui n'est pas replacée sur son emploi précédent, au retour de son congé parental, contrairement aux dispositions prévues par l'art. L. 1225-55 C. trav. est reconnue ; le traitement individuel est incontestablement préjudiciable pour ce traitement défavorable au retour de congé spécifique et la décision est également discriminatoire en raison de son caractère collectif car il existe un « nombre considérablement plus élevé de femmes que d'hommes qui choisissent de bénéficier d'un congé parental ».

(36) Un arrêt sur la discrimination indirecte fait référence au ressenti discriminatoire individuel des salariées face à l'absence d'affiliation cadre des assistants sociaux et l'effet collectif de l'absence d'affiliation comme cadre, v. Soc. 6 juin 2012, n° 10-21.489, D. 2012. 1619 ; *ibid.* 2013. 1026, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *ibid.* 1235, obs. REGINE ; Dr. soc. 2012. 813, rapp. H. Gosselin ; RDT 2012. 496, obs. M. Miné ; JCP 2012. 908, obs. M. Mercat-Bruns.

(37) Les situations où les discriminations syndicales se cumulent avec d'autres critères tels que le sexe ou l'origine ne sont pas toujours repérées comme telles. Enfin, pour certaines catégories de travailleurs, notamment les femmes précaires ou peu diplômées, les discriminations font peu l'objet de recours. 12<sup>e</sup> baromètre des droits sur la perception des discriminations dans l'emploi : Édition consacrée aux discriminations syndicales, *Le Défenseur des droits*, sept. 2019, p. 7.

(38) V. La multiplication des critères, Colloque du Défenseur des droits 2018, <https://urlz.fr/bAmk>.

(39) J.-F. Césaró, *L'égalité en droit social*, LexisNexis, 2012, p. 3 s.

(40) J.-F. Césaró, *op. cit.*, p. 6-7.

(41) M. Dréano, *La non-discrimination en droit des contrats*, Dalloz, 2018, p. 38 ; C. Jamin, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in G. Lewkowicz et M. Xifaras (dir.), *Repenser le droit des contrats*, Dalloz, 2009, p. 175 et 184.

l'entreprise ce qu'elle ne doit pas faire mais n'entend pas prescrire ni restreindre au-delà de l'interdit posé »<sup>42</sup>.

La Cour de cassation a ainsi eu l'occasion de considérer que « le principe de non-discrimination fondée sur l'âge n'est pas une liberté fondamentale ». Déduisant les conséquences de cette affirmation, les juges ont minoré le montant de la sanction en cas de discrimination fondée sur l'âge<sup>43</sup> en la distinguant de la situation de « faits de discrimination pour activité syndicale », qui constituerait une « atteinte à la liberté, garantie par la Constitution, qu'a tout homme de pouvoir défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale », et permet de reconnaître « le caractère discriminatoire du licenciement »<sup>44</sup>, justifiant l'absence de déduction.

Dans ce cas, l'invocation de la liberté permettrait de distinguer les conséquences des discriminations en fonction des atteintes aux libertés qu'elles peuvent ou non impliquer, opérant une hiérarchisation des discriminations selon leur nature et non en fonction de l'atteinte subie par la personne. Traiter le principe de non-discrimination au travail comme un mode de contrôle des atteintes aux libertés des salariés entraîne non seulement une hiérarchisation entre l'égalité et la liberté, mais aussi une confusion entre la finalité de la lutte profondément contextuelle contre les inégalités et la finalité d'une reconnaissance constitutionnelle de certaines libertés. En outre, si la non-discrimination est pensée comme une atteinte à la liberté contractuelle, elle revêt davantage une dimension individuelle liée à une entrave à une faculté de choix et se concilie plus difficilement avec la prise en compte des discriminations indirectes<sup>45</sup>.

C'est dans la perspective d'éviter des risques de dérive ou d'incohérence dans l'interprétation et l'application du droit de la non-discrimination qu'il est opportun de penser aux sens possibles des figures de la non-discrimination.

## B. - Les sens possibles des figures de la non-discrimination correspondant à des différents registres d'action

Le lien est rarement fait entre le sens des normes de non-discrimination et leur mise en œuvre en vue d'abor-

der la question du sens de cette mise en œuvre par l'action judiciaire. Il existe au moins quatre sens possibles à donner aux figures de la non-discrimination qui peuvent parfois se recouper ou entrer en conflit dans la mise en œuvre des règles: l'objectif de gestion d'une entreprise ou d'une institution, celui de sauvegarde de la dignité de la personne, celui de la redistribution de droits et celui d'une valorisation de l'autonomie de la personne physique ou morale.

### 1. - Les figures de la non-discrimination comme satisfaction d'un objectif de gestion

Le droit de la non-discrimination peut constituer une régulation instrumentale afin d'atteindre l'égalité en renvoyant aux impératifs de gestion. La gestion modèle le travail pour atteindre certains objectifs économiques. Elle ignore ou minore alors les exigences de valeurs associées à la non-discrimination et suit plutôt une logique instrumentale. Les considérations éthiques ne sont pas toujours absentes du discours gestionnaire mais les préoccupations sont centrées sur l'analyse économique des coûts de la « discrimination statistique » ou de la discrimination « par goût » avec une forte prise en compte des préjugés, du *testing* et une dénonciation des limites de la règle de droit, perçue surtout à travers son volet punitif<sup>46</sup>. L'analyse économique du caractère parfois involontaire ou rationnellement justifié de la discrimination est invoquée pour substituer ou réduire le nombre de sanctions juridiques au profit de mécanismes d'incitation (*nudging*)<sup>47</sup> à l'inclusion ou à la prévention. La lutte contentieuse pour reconnaître comment peuvent se combiner des discriminations directes et indirectes qui produisent des discriminations systémiques n'est guère envisagée.

C'est l'évolution législative actuelle avec la production d'indicateurs salariaux<sup>48</sup>, de gestion de la diversité<sup>49</sup> qui permet de limiter les risques de poursuite et de responsabilité des entreprises et de l'État par un suivi quantitatif de la discrimination et une négociation d'ajustements progressifs face aux violations de la loi<sup>50</sup>. Ce fondement gestionnaire des règles se renforce avec la rationalisation des outils de *compliance* par les entreprises<sup>51</sup>.

(42) J.-F. Césaro, préc., p. 7.

(43) « 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. », RDT 2018. 132, obs. M. Mercat-Bruns.

(44) Soc. 2 juin 2010, n° 08-43.277, RDT 2010. 592, obs. M. Grévy; v. aussi Soc. 9 juill. 2014, n° 13-16.434, D. 2014. 1594; v. égal. la série d'arrêts qui confrontent l'exigence de parité avec la liberté syndicale dans la constitution des listes électorales, Soc. 17 avr. 2019, n° 17-26.724, D. 2019. 2153, obs. P. Lokiec et J. Porta.

(45) M. Dréano, *op. cit.*, p. 395.

(46) S. Carcillo et M.-A. Vaillfort, *Les discriminations au travail*, préc., p. 185.

(47) Y. Feldman, *The law of good people, Challenging State's ability to regulate human behavior*, Cambridge University Press, 2018, p. 205.

(48) V. L. n° 2018-771, 5 sept. 2018, art. 104 et décr. n° 2019-382, 29 avr. 2019, portant application des dispositions de l'article 104 relatif aux obligations en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans l'entreprise.

(49) M. Doytcheva, *Les politiques de diversité dans l'entreprise. Sociologie des discriminations et des politiques antidiscriminatoires au travail*, Peter Lang, 2015, p. 79.

(50) V., dans le secteur public sur l'égalité, L. n° 2019-828, 6 août 2019, de transformation de la fonction publique, art. 80; dans le privé, v. décr. n° 2019-382, 29 avr. 2019.

(51) Avec la régulation de la responsabilité sociale de l'entreprise et la reconnaissance légale de son intérêt social, v. L. n° 2019-486, 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises; v. aussi N. Maggi-Germain, « Socialisation du risque économique et redistribution des responsabilités », Dr. soc. 2019. 848.



## 2. - Les figures de la non-discrimination comme signe de respect et de dignité de la personne

Le deuxième sens possible du droit de la non-discrimination est d'exprimer et de traduire des normes sociales comme le respect et la dignité de la personne. Toute société possède des normes sociales qui définissent ce qu'est cette société et qui définissent ce qui est souhaité et non souhaité. La non-discrimination tirée d'une lutte progressive pour les droits de l'homme exprime ce sens de la non-discrimination<sup>52</sup>. Différentes sources du droit de la non-discrimination confirment l'ancrage de ce sens dans les normes nationales et internationales<sup>53</sup>. La réflexion européenne<sup>54</sup> traduit un attachement à ce discours. Certains types de contentieux semblent refléter ces atteintes à la dignité dans l'hypothèse des contrôles d'identité discriminatoires face au pouvoir de la police lorsque les procédures sont dévoyées<sup>55</sup>. Dans le contexte du travail, le harcèlement discriminatoire comme forme de discrimination<sup>56</sup> et la promotion du travail décent des salariés vulnérables, plus exposés aux discriminations multiples<sup>57</sup>, sont des manifestations de la mobilisation de ce sens du droit de la non-discrimination. La difficulté survient lorsqu'il s'agit de mesurer la discrimination comme atteinte à la dignité et donc rechercher une égale considération de la valeur de la personne qui paraît, pour certains, plus ambitieuse<sup>58</sup>. Dans un célèbre arrêt canadien, *Law c. Canada*, la Cour suprême considère qu'en dehors du contrôle de la différence de traitement fondée sur un critère, il s'agit également de vérifier « qu'une loi ou une activité en question n'est pas discriminatoire lorsqu'elle perpétue une vision de la personne comme moins capable, moins digne de reconnaissance ou de valeur comme être humain ou comme membre de la société canadienne qui mérite une égale attention, considération et respect »<sup>59</sup>. Cette vision du sens de la non-discrimination à travers la dignité a pu être considérée dans sa dimension objective comme trop ambitieuse<sup>60</sup>, trop

vague<sup>61</sup> ou trop subjective s'il s'agit pour l'individu de déterminer sa propre valeur<sup>62</sup> plutôt que le caractère injuste du traitement en comparaison avec d'autres<sup>63</sup>.

## 3. - Les figures de la non-discrimination comme mode de transformation des normes sociales

Le troisième sens possible du droit de la non-discrimination est de transformer les normes sociales. Le droit de la non-discrimination ne refléterait pas simplement les normes d'une culture mais souhaite les transformer<sup>64</sup>. Le droit s'inscrit dans un cadre et entend le faire évoluer en modifiant les normes en fonction desquelles les personnes agissent et la société fonctionne. Cette transformation peut prendre la forme d'une redistribution de droit<sup>65</sup> (sociaux, syndicaux) dans l'hypothèse où la discrimination affecte la privation d'avantages sociaux ou de droits issus du travail et vise la cessation du manquement collectif à l'instar des dispositions relatives à l'action de groupe<sup>66</sup>. Lorsque le droit de la non-discrimination permet d'apprécier les discriminations directes et indirectes dans les modes d'organisation du travail, l'évolution de carrière ou les régimes de protection sociale, la dimension collective et temporelle indique l'ampleur du phénomène discriminatoire. Le droit vise alors à compenser des différences de traitement qui naissent des dysfonctionnements mêmes des institutions et des entreprises et qui exigent tantôt une reconnaissance *sui generis* de droits liés à la singularité de la situation de désavantage, tantôt une extension de droits à des personnes en situation comparable. Il s'agit ensuite de modifier les schémas dans lesquels s'insèrent les pratiques, les politiques pour éliminer les obstacles, parfois des règles apparemment neutres, qui entravent l'égal accès aux droits et perpétuent les désavantages<sup>67</sup> systématiques vis-à-vis d'un individu ou d'un groupe au-delà de leur différence de traitement à un instant T<sup>68</sup>. Ce sens de la non-discrimination comme vecteur de transformation

(52) V. les travaux de la Commission nationale consultative des droits de l'homme sur les discriminations raciales par exemple.

(53) V. Conv. EDH, art. 14 et les différentes conventions onusiennes sur l'élimination des discriminations au détriment des femmes, des personnes handicapées par exemple.

(54) G. Friedman et J.Q. Whitman, « The European Transformation of Harassment Law: Discrimination versus Dignity », *Columbia Journal of European Law*, 2002, n° 9, p. 241.

(55) Civ. 1<sup>re</sup>, 9 nov. 2016, n° 15-25.872, D. 2018. 259, obs. J.-D. Bretzner et A. Aynès; AJ pénal 2017. 89.

(56) Soc. 30 janv. 2019, n° 17-28.905, D. 2019. 261; JA 2019, n° 595, p. 10, obs. D. Castel; *ibid.*, n° 603, p. 39, étude M. Julien et J.-F. Paulin; RDT 2019. 335, obs. P. Adam; JS 2019, n° 197, p. 8, obs. D. Castel.

(57) V. la nouvelle Conv. OIT n° 190 sur la violence et le harcèlement.

(58) D. Reaume, « Dignity and Discrimination », *Louisiana Law Review* 2002, n° 6, p. 645.

(59) *Law c. Canada* [1991] 1 SCR 497, § 51.

(60) V. un arrêt canadien qui rejette la discrimination fondée sur l'âge en se fondant sur une vision plus exigeante d'atteinte à la dignité, *Gosselin c. Québec* [2002] 4 SCR 429.

(61) V. D. Greschner, « Does Law Advance the cause of equality Queen's ? », *Law Journal* 2001, n° 27, p. 299 et 312.

(62) V. cette difficulté de la subjectivité en Afrique du Sud, C. Abertyn et B. Goldblatt, « Facing the Challenge of transformation: difficulties in the development of an indigenous jurisprudence of equality », *South African Journal of Human Rights*, 1998, n° 14, p. 248 et 272.

(63) S.-R. Moreau, « The wrongs of unequal treatment », *University of Toronto Law Rev.*, 2004, n° 54, p. 291 et 297.

(64) V. lorsqu'un État tente d'instaurer un ensemble de règles de non-discrimination dans un but de transformation sociale après l'apartheid, S. Jagwanth, « Affirmative action in a transformative context: the South African experience », *Connecticut Law Review*, 2003, n° 36, p. 725.

(65) N. Fraser, « From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a Post-Socialist Age », *New Left Review*, 1995, n° 212, p. 68.

(66) Loi de 2016 de modernisation de la justice, préc.

(67) C. O'Conneide, « Fumbling towards coherence: the slow evolution of equality and antidiscrimination law in Britain », *Northern Ireland Law Quarterly*, 2006, n° 57, p. 60.

(68) V. le célèbre article d'O. Fiss, « Groups and the Equal Protection Clause », *Philosophy and Public Affairs*, 1976, n° 5, p. 107.

couvre donc aussi la panoplie de mesures d'inclusion<sup>69</sup> qui embrassent une vision plus large de l'action positive, comme l'égalité dans les résultats, sans la cantonner au rang d'exception à la non-discrimination<sup>70</sup>.

#### 4. - Les figures de la non-discrimination comme mode de valorisation de l'autonomie des individus ou des personnes morales

Le quatrième et dernier sens des figures du droit de la non-discrimination vise à valoriser l'autonomie des individus, et même préserver l'autonomie des entreprises ou des institutions dans l'exercice de leurs droits fondamentaux. Cet objectif de sauvegarde d'un espace d'autonomie peut prendre plusieurs formes. Pour l'individu ou le groupe de salariés, il peut s'agir de reconnaître un droit à l'autodétermination de la personne en lien avec un élément de sa vie privée en tant que personne transgenre ou parent au travail. Mais cela peut aussi englober le droit à l'égalité de représentation dans des instances de gouvernance ou les organisations syndicales afin de contribuer à parts égales à la défense d'une collectivité. Cette forme d'émancipation démocratique valorise l'apport des salariés à la production des normes, même celles sur l'inclusion. Le mécanisme d'aménagement raisonnable reflète également cette recherche de conciliation entre une certaine singularité à reconnaître (handicap ou pratique religieuse) génératrice d'une inégalité d'accès à l'emploi et les contraintes de l'entreprise. S'engage alors, en principe, une médiation sur l'étendue des capacités potentielles de l'individu dans l'avenir au regard des charges de l'entreprise au lieu de ne considérer que ses entraves à l'emploi. Pour l'entreprise, cette considération pour un espace d'autonomie peut fonctionner à l'inverse et tendre à dispenser, dans certaines conditions, l'entreprise de mettre en œuvre les règles de non-discrimination pour les salariés<sup>71</sup>. Dans cette dernière éventualité, la particularité est de réduire le champ d'application du droit de la non-discrimination en discutant de sa portée sans forcément discuter de son sens<sup>72</sup>.

Le choix du ou des sens donnés au droit de la non-discrimination détermine alors les différents registres d'action pour lutter contre les figures de la discrimination directe et de la discrimination indirecte selon leurs spécificités et leurs imbrications possibles.

## II. - La cohérence du droit de la non-discrimination: le sens tiré des rapports entre les figures de la discrimination?

Dans un souci de cohérence, les différents sens attribués au droit de la non-discrimination au travail devraient se retrouver dans l'usage des outils qui rendent les règles de non-discrimination opérationnelles, autrement dit, principalement les figures de la discrimination directe et indirecte et accessoirement les deux notions qui sont assimilées à la discrimination, le harcèlement discriminatoire et l'injonction de discriminer. Il s'agit de ne pas favoriser une pratique dispersée et cloisonnée du droit. Si l'on reprend simplement l'article L. 1132-1 du Code du travail qui mentionne la discrimination directe et indirecte et l'article 1 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations<sup>73</sup>, et leur interprétation par les juridictions, la première tente de différencier, voire d'opposer les deux figures les plus mobilisées de discrimination directe et indirecte afin de tirer de cette distinction un sens grâce aux spécificités de ces notions et leur mise en œuvre (A). Cependant, 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 (B).

### A. - Les figures de la discrimination: le sens tiré de notions distinctes?

Il est courant de dissocier schématiquement la discrimination directe de la discrimination indirecte et de mettre en exergue leurs caractéristiques, leurs effets et leur régime propres<sup>74</sup>. Cette dichotomie est justifiée formellement, par les textes qui les définissent séparément<sup>75</sup>, et chronologiquement, par la reconnaissance plus tardive de la notion de discrimination indirecte en droit étranger, en droit de l'Union européenne et dans le contentieux des droits de l'homme<sup>76</sup>. Quels sont les éléments et la pertinence de cette différenciation des figures de la discrimination au regard des sens possibles du droit de la non-discrimination au travail?

(69) H. Collins, « Discrimination, Equality and Social Inclusion », *Modern Law Review*, 2003, n° 66, p. 16 et 26.

(70) V. C. McCrudden, « Gender-based positive action in employment in Europe: a comparative analysis of legal and policy approaches in the EU and EEA », oct. 2019, p. 12.

(71) CJUE 11 sept. 2018, aff. C-68/17, *Egenberger*, D. 2018. 1755; *ibid.* 2019. 910, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau; RTD civ. 2018. 870, obs. A.-M. Leroyer; RTD eur. 2019. 395, obs. F. Benoît-Rohmer; *ibid.* 397, obs. F. Benoît-Rohmer; Dr. soc. 2018. 916, note J. Mouly; v. aussi, G. Calvès, « Salariés laïcs des Églises: la CJUE impose un contrôle de proportionnalité », SSL 2019. 34; sur l'affaire *Achbita* (C-157/15), Y. Pagnerre, « Liberté de religion vs liberté d'entreprise », Dr. soc. 2017. 450; on note la même tendance à l'étranger, V. *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. (2014); *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. (2018); 138 s. CT 1719.

(72) L'exemption qui dispense de l'application d'une règle n'est pas une exception à la règle, la première est plus fréquente en droit fiscal.

(73) Modifié en dernier lieu par L. n° 2017-256, 28 févr. 2017.

(74) J.-P. Lhernould, « Les discriminations indirectes fondées sur le sexe et la Cour de cassation », RJS 2012. 731; E. Fondimare, « La difficile appréhension juridictionnelle des discriminations indirectes fondées sur le sexe », REDH 9/2016; M. Mercat-Bruns, « Discriminations en droit du travail: dialogue avec la doctrine américaine », D. 2013. 246.

(75) L. n° 2008-496, 27 mai 2008, art. 1.

(76) V. arrêt *Griggs*, préc.; V. aussi CEDH 13 nov. 2007, req. n° 57325/00, *D.H. et a. c. République tchèque*, AJDA 2008. 978, chron. J.-F. Flauss.

### 1. - Le sens tiré des particularités de la discrimination directe

Selon l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 27 mai 2008, « constitue une discrimination directe une situation dans laquelle sur le fondement » (d'un critère) [...] « 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 ». Cette définition de la discrimination directe fournit des indications sur les éléments qui la caractérisent et la pertinence de ses éléments selon le sens des actions de lutte contre les discriminations.

#### *Éléments fonctionnels de la discrimination directe : les effets d'une situation objective*

Cette prise en compte de la « situation » d'une personne dans la définition de la discrimination directe est intéressante car elle permet de porter l'attention sur la situation objective du traitement défavorable de la victime<sup>77</sup> plutôt que sur la recherche de l'intention discriminatoire de l'auteur<sup>78</sup> loin de la vision gestionnaire des discriminations qui se focalise essentiellement sur les mobiles, les raisons des choix et préférences de la personne qui peut potentiellement discriminer<sup>79</sup>. L'intérêt est majeur en termes de preuve car, peu importe la preuve de la motivation derrière la discrimination, c'est l'effet de la discrimination directe révélé par les éléments de fait laissant supposés du traitement défavorable de la victime qui fait présumer son illicéité. C'est « l'effet de la distinction opérée, c'est-à-dire son résultat objectif »<sup>80</sup> qui est en cause comme le confirment les conventions internationales dans leur définition de la discrimination : selon la Convention n° 111, « le terme de discrimination comprend toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur [...] qui a pour effet de détruire

ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession »<sup>81</sup>.

Prendre en compte la situation de la victime de discrimination directe permet également de rechercher la spécificité du contexte préjudiciable de la discrimination directe en lien avec les contours du critère discriminatoire mais ce fondement du critère n'est qu'un élément pour justifier l'application des textes, le périmètre de comparaison lorsqu'il est utile<sup>82</sup> et indiquer la nature des stéréotypes à l'œuvre. Le rattachement au critère prohibé<sup>83</sup> ne doit pas enfermer la réflexion de la discrimination directe sur les caractéristiques de la victime mais plutôt guider l'appréciation de la nature des relations discriminatoires qui reflète sa situation dans un cadre temporel très vaste prévu par la loi (différence de traitement passée, présente ou privation de chance future dans le cadre d'une évolution professionnelle par exemple)<sup>84</sup>.

C'est pourquoi l'individualisation de la *situation de la personne* telle qu'elle a été décrite dans la loi n'a pas empêché de développer, dans le cadre de contentieux stratégiques, des instruments détectant des situations individuelles et collectives, notamment grâce à la méthode dite « Clerc » de panels de comparaison<sup>85</sup>. Ont été mis en lumière les effets des discriminations individuelles dans le temps, comme l'affaire *Niel* après un congé parental<sup>86</sup> et des discriminations liée à des pratiques collectives (discrimination fondée sur l'origine liée à des formes d'emploi<sup>87</sup>, discrimination syndicale dans l'évolution professionnelle<sup>88</sup> ou discrimination salariale après l'exercice du droit de grève<sup>89</sup>). Certaines décisions sur la discrimination directe en matière de rémunération à l'embauche relèvent même qu'elle peut s'amplifier au cours de la carrière au détriment, par exemple, d'une femme dessinatrice d'un bureau d'études

(77) Le droit de l'Union européenne est plus radical à ce propos et indique que la discrimination directe est avérée lorsque le traitement défavorable est fondé ou causé par une catégorisation prohibée, cette mesure est illégale et ne peut être admise qu'en soulevant une exception à la discrimination comme l'exigence essentielle et déterminante de l'article 4 (dir. 2000/78), v. C. Barnard, *EU Employment Law*, p. 278.

(78) Le caractère intentionnel de la discrimination directe « n'est plus un élément constitutif sur les terrains civils et administratifs », v. M. Miné, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, Larcier, 2016, p. 90.

(79) V. *infra* la vision gestionnaire décrite.

(80) V. les travaux du Groupement 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, oct. 2000, p. 15.

(81) La Convention de l'ONU sur l'élimination de toute discrimination à l'égard des femmes de 1979 évoque aussi « toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politiques, économique, social, culturel, civil ou tout autre domaine [...] ».

(82) Parfois, la discrimination ne nécessite pas une comparaison, v. *infra*, II<sup>e</sup> partie.

(83) En l'absence de motif prohibé, c'est l'absence de qualification de discrimination directe comme le rappelle la Cour de cassation, v. Soc. 17 avr. 2019, n° 16-15.199.

(84) [...] ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable [...].

(85) Méthode qui permet de modéliser l'analyse des carrières et le calcul des dommages par l'analyse de la situation des salariés en situation comparable.

(86) Paris, 5 mai 2010, n° 08-8694, JCP S 2010, n° 277.

(87) Soc. 15 déc. 2011, n° 10-15.873, RDT 2012. 291, obs. J. Bouton. Dans cette affaire *Airbus*, il s'agissait d'un contentieux individuel mais qui révélait une pratique collective de recrutement liée aux formes de travail (interim ou CDI) qui variait selon le patronyme.

(88) V. par ex. Soc. 4 mars 2008, n° 06-45.258. La cour d'appel, qui avait constaté que « M. X..., après avoir connu une progression rapide à ses débuts, avait, à compter de l'exercice de ses premiers mandats, stagné au même coefficient durant trente ans et perçu un salaire régulièrement en dessous de la moyenne annuelle des salaires de sa catégorie, sans que l'employeur justifie par des éléments objectifs cette différence de traitement... », a admis que M. X. avait fait l'objet d'une discrimination prohibée au sens de l'article L. 2141-5 du Code du travail.

(89) En cas de grève, v. Soc. 7 nov. 2018, n° 17-15.833, D. 2018. 2238; JA 2018, n° 590, p. 12, obs. D. Castel.



dans un secteur à prédominance masculine et justifier des dommages-intérêts correspondant au préjudice global subi<sup>90</sup>. Enfin, l'appréciation des discriminations directes issues d'un accord collectif traduit également – à la différence du contrôle de l'égalité de traitement – l'exigence de cerner la *situation* produite par la norme juridique<sup>91</sup>, sans qu'il soit nécessaire de rechercher la cohérence interne de la norme.

### *La pertinence des éléments caractéristiques des discriminations directes selon le sens des actions*

Ce changement d'échelle vers une reconnaissance du *continuum* dans le temps de la discrimination directe et de sa dimension collective s'explique par le sens de ces actions, dépassant la logique de gestion économique derrière les différences de traitement individuelles pour s'inscrire dans une logique de transformation des normes sociales par la force de la dissuasion<sup>92</sup>. En effet, la sanction la plus rigoureuse, la nullité, des discriminations directes permet de compenser les effets discriminatoires à plus long terme comme le blocage de la carrière des femmes et des syndicalistes<sup>93</sup>, grâce au principe de la réparation intégrale, et augmente la crainte des entreprises d'une nouvelle mise en jeu de sa responsabilité à l'avenir. L'interdiction des discriminations directes dans les normes questionne également l'équale répartition des droits issus des accords collectifs vis-à-vis des groupes ne représentant pas la majorité des salariés<sup>94</sup> et devrait ainsi, par sa fonction disruptive, guider la négociation des partenaires sociaux dans l'avenir sur la question, notamment, des droits des travailleurs selon leur âge ou leur état de santé.

Ce changement progressif du cadre d'appréciation de la discrimination directe collective semble partiellement être pris en compte par l'objet de l'action de groupe consacrée en 2016 qui renvoie, comme la loi de 2008 à une *situation* similaire dans laquelle sont placées *plusieurs* personnes mais la loi demeure attachée à une qualification étroite d'un manquement causé par une même personne ayant pour cause commune un manquement de même nature... « et »... l'action de groupe est exercée... au vu « des cas individuels présentés par le demandeur »<sup>95</sup>. La logique de transformation des normes sociales est davantage présente dans la possibilité de requérir la cessation du manquement collectif dans l'avenir que dans les conditions de sa reconnaissance<sup>96</sup>. Sur ce dernier point, le Défenseur des droits préconise, dans le cadre de la première action de groupe pour discrimination syndicale, une appréhension plus fine du caractère systémique de la discrimination collective couverte<sup>97</sup>.

L'analyse des discriminations directes en matière syndicale révèle que dans plus de 40 % des cas, la discrimination est accompagnée d'une dégradation des conditions de travail et du climat au travail<sup>98</sup> portant atteinte à la dignité du salarié. Le sens de certaines décisions confirme ce registre d'action du respect des droits humains pour lutter contre les discriminations directes qui est alors assorti d'une sanction pour harcèlement moral<sup>99</sup>.

Enfin, d'autres arrêts sur la discrimination directe semblent mobiliser un respect de l'autonomie des individus à leur poste, le respect de certains choix du salarié qui ne peut engendrer des discriminations au travail, non justifiées, notamment liés à l'apparence physique au travail<sup>100</sup>.

(90) V. déc. du Défenseur des droits n° 2018-039, 9 févr. 2018 <https://urlz.fr/bAnr>. Par un arrêt du 4 avr. 2019, la cour d'appel saisie suit le raisonnement du Défenseur des droits en estimant, d'abord, que l'enquête de l'institution, et notamment le panel de comparaison qu'elle a réalisé, laisse présumer l'existence d'une discrimination en raison du sexe. Ensuite, la cour réalise sa propre comparaison du niveau de rémunération de la réclamante et constate qu'elle « a bien été victime d'une discrimination en raison de sexe dès son embauche » et « qu'il résulte ensuite des éléments produits et notamment du rapport du Défenseur des droits, que la différence salariale a, pendant la relation contractuelle, augmenté de manière très importante et permanente ». En conséquence, la cour d'appel considère que la réclamante a fait l'objet d'un licenciement discriminatoire et que l'employeur mis en cause a manqué à son obligation de sécurité en accablant la réclamante qui souhaitait bénéficier d'une juste rémunération. Pour l'ensemble de ces préjudices, la cour a ordonné le versement de près de 70 000 € à la réclamante à titre des dommages et intérêts.

(91) V. une discrimination fondée sur l'état de santé dans un accord qui privait d'une indemnité conventionnelle de licenciement les salariés licenciés ayant une inaptitude non professionnelle, Soc. 8 oct. 2014, n° 13-11.789, D. 2014. 2055; *ibid.* 2015. 829, obs. J. Porta et P. Lokiec; RDT 2015. 119, obs. M. Mercat-Bruns.

(92) Le droit européen préconise des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives sans imposer des dommages-intérêts punitifs, dir. 2000/78/CE (cadre), art. 17 et dir. 2006/54/CE (refonte), art. 25.

(93) L. Marie et J.-F. Pilliard, *Repérer, prévenir et lutter contre les discriminations syndicales*, avis du CESE, juill. 2017, p. 23.

(94) Soc. 8 oct. 2014, n° 13-11.789, préc.

(95) L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, art. 62 : « Lorsque plusieurs personnes placées dans une situation similaire subissent un dommage causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles, une action de groupe peut être exercée en justice au vu des cas individuels présentés par le demandeur... »

(96) Art. 62, *in fine* : « cette action peut être exercée en vue soit de la cessation du manquement mentionné au premier alinéa, soit de l'engagement de la responsabilité de la personne ayant causé le dommage afin d'obtenir la réparation des préjudices subis, soit de ces deux fins ».

(97) V. avis Défenseur des droits du 13 mai 2019 dans la phase contentieuse de la première action de groupe pour discrimination syndicale contre le groupe Safran qui dispose déjà d'éléments suffisants pour conclure à l'existence d'une discrimination « systémique et collective ». Le DDD considère à cet égard que les accords de dialogue social ainsi que leur mise en œuvre sont « en eux-mêmes » discriminatoires, v. *infra* deuxième partie.

(98) V. Défenseur des droits et OIT, *12<sup>e</sup> Baromètre de la perception des discriminations dans l'emploi : étude consacrée à la discrimination syndicale*, sept. 2019 p. 23 <https://urlz.fr/bAnl>.

(99) Soc. 20 juin 2018, n° 16-19.536.

(100) Respect d'un choix d'apparence qui n'est pas conforme au genre masculin, v. Soc. 11 janv. 2012, n° 10-28.213, D. 2012. 290; *ibid.* 901, obs. P. Lokiec et J. Porta; Dr. soc. 2012. 346, note J.-P. Lhernould; RDT 2012. 159, obs. N. Moizard; JT 2012, n° 141, p. 13, obs. L.T.; RTD civ. 2012. 288, obs. J. Hauser; JCP 2012. 28, obs. M. Mercat-Bruns; v. J. Mattiussi, *L'apparence de la personne physique : pour la reconnaissance d'une liberté*, thèse Paris I, 2016; v. aussi pour une reconnaissance d'une discrimination fondée sur l'apparence physique au travail (barbe), Grenoble, 8 déc. 2010, n° 09/04074; v. R. Post, *Prejudicial Appearances, The logic of American antidiscrimination law*, Duke Univ. Press, 2001, p. 2.

## 2. - Le sens tiré des particularités de la discrimination indirecte

Selon l'article 1<sup>er</sup> 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, 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 soient nécessaires et appropriés. Compte tenu de cette définition, quels sont les éléments caractéristiques de la discrimination indirecte et la pertinence de ces éléments au regard du sens des actions de lutte contre la non-discrimination ?

La discrimination indirecte se différencie de la discrimination directe en visant non pas les effets possibles d'une situation mais les effets (« le désavantage particulier ») « susceptibles » d'être produits par une règle (une disposition, un critère) ou une pratique (décisions ayant un effet collectif) neutre, pouvant toucher « plusieurs personnes ». La discrimination indirecte se différencie aussi de la discrimination directe par l'admission, dans la définition même de la discrimination indirecte, des possibles justifications de l'usage de ces dispositions, critères ou pratiques d'apparence neutre ayant un effet discriminatoire.

### *Éléments pratiques et procéduraux de la discrimination indirecte : les effets d'une règle ou d'une pratique potentiellement désavantageuse non justifiée ou disproportionnée*

Si l'on reprend les origines de la construction de la discrimination indirecte, on comprend mieux que les éléments constitutifs de la discrimination indirecte

marquent une progression dans la réflexion sur la discrimination mais aussi une rupture. Par une interprétation essentiellement téléologique et extensive des textes, les juges hors de l'Europe comme en Europe, ont envisagé la finalité des lois antidiscriminatoires, c'est-à-dire l'élimination d'obstacles à l'égalité dans les résultats lorsque des règles<sup>101</sup> ou pratiques patronales qui traitaient de façon apparemment égale des personnes, en fait, désavantageaient ces personnes par l'effet concret de l'application de ces règles ou pratiques<sup>102</sup>. Dans un premier temps en Europe, il s'agissait, en dehors des considérations d'égalité, d'éliminer les entraves à la liberté de circulation des travailleurs et des services<sup>103</sup>.

La particularité de la discrimination indirecte se trouve donc dans sa dimension essentiellement procédurale et pragmatique<sup>104</sup>. En effet, à la différence de la discrimination directe, si une disposition, un critère ou une pratique ne fait pas référence à un critère (neutralité qui paraît être une situation objective), il existe, avec la reconnaissance de la discrimination indirecte, toujours une voie de recours contentieuse pour la ou les victimes afin de dénoncer les conséquences d'un acte susceptible de créer un désavantage particulier, quelle que soit la nature de cet acte (disposition, critère, pratique) issu d'une convention collective, d'un texte législatif, d'une décision patronale<sup>105</sup>. L'intention ou le mobile de celui qui adopte ou applique l'acte sont également indifférents. Donc la prise en compte de l'ancienneté<sup>106</sup>, d'un métier<sup>107</sup>, d'une affiliation<sup>108</sup>, d'un statut temporaire et précaire qui perdure<sup>109</sup>, d'une forme d'emploi (temps partiel)<sup>110</sup>, du temps de travail<sup>111</sup>, d'absences au travail<sup>112</sup>, de congés spécifiques<sup>113</sup>, des résultats d'un

**(101)** En France, Soc. 9 janv. 2007, n° 05-43.962, D. 2007. 375, obs. A. Fabre; Dr. soc. 2007. 496, obs. J. Barthélémy; RDT 2007. 182, obs. M. Véricel; *ibid.* 245, obs. M. Miné.

**(102)** Le premier arrêt sur la question vient des États-Unis : *Griggs c. Duke Power*, 401 U.S. 424 (1971); CJCE 31 mars 1981, aff. C-96/80, *Jenkins* et CJCE 13 mai 1986, aff. C-170/84, *Bilka*, Rev. UE 2015. 547, étude L. Allart.

**(103)** Une entrave c'est-à-dire une mesure susceptible « de rendre moins attrayant l'exercice de libertés fondamentales en s'appliquant de manière non discriminatoire » notamment la libre circulation des personnes et des services, v. D. Martin, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruylant, 2006, p. 130; v. le premier arrêt sur la discrimination indirecte liée à une discrimination fondée sur la nationalité : les règles d'égalité de traitement prohibent non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent, en fait, au même résultat. La prise en considération, comme critère d'attribution d'une indemnité de séparation, du fait qu'un travailleur a son domicile dans un autre État membre peut, selon les circonstances, constituer une discrimination interdite. Tel n'est pas le cas si le régime d'une telle indemnité tient compte de différences objectives entre la situation des travailleurs suivant qu'ils ont, au moment d'accéder à leur emploi, leur domicile sur le territoire national ou à l'étranger, 12 févr. 1974, aff. C-152/73, *Sotgiu*.

**(104)** V. P. Bosset, *La discrimination indirecte dans le domaine de l'emploi. Aspects juridiques*, Éditions Y. Blais, 1989, p. 46.

**(105)** Sur une discrimination indirecte fondée sur l'état de santé par l'instauration d'un entretien en cas d'absence, v. Soc. 12 févr. 2013, n° 11-27.689, D. 2013. 513; *ibid.* 1026, obs. P. Lokiec et J. Porta.

**(106)** Au regard de la discrimination indirecte fondée sur l'âge, une différence de traitement issue d'un accord n'est pas présumée justifiée au regard du principe de non-discrimination, v. Soc. 9 oct. 2019, n° 17-16.642, D. 2019. 1999.

**(107)** Soc 30 sept. 2013, n° 12-14.752, D. 2013. 2345; RDT 2014. 45, obs. M. Mercat-Brun; JAC 2013, n° 7, p. 12, obs. L.T.; RTD eur. 2014. 435, obs. B. Le Baut-Ferrarese; *ibid.* 440, obs. S. Adalid.

**(108)** L'affiliation à l'AGIRC, Soc. 6 juin 2012, n° 10-21.489, D. 2012. 1619; *ibid.* 2013. 1026, obs. P. Lokiec et J. Porta; *ibid.* 1235, obs. REGINE; Dr. soc. 2012. 813, rapp. H. Gosselin; RDT 2012. 496, obs. M. Miné.

**(109)** L'arrêt de la cour d'appel de Paris 31 janv. 2018 sur les travailleurs marocains Chibani cantonnés par la SNCF pendant un certain temps à un statut temporaire moins favorable fondé sur la nationalité moins avantageux que le statut permanent.

**(110)** Soc. 11 juill. 2018, n° 16-27.825, D. 2018. 1557; RTD civ. 2019. 67, obs. P. Deumier; RTD eur. 2019. 416, obs. A. Jeuneau; CJUE 8 mai 2019, aff. C-486/18, AJDA 2019. 1641, chron. H. Cassagnabère, P. Bonneville, C. Gänser et S. Markarian; RTD eur. 2019. 693, obs. S. Robin-Olivier.

**(111)** Même reproche à des systèmes de pension qui n'accordent des retraites supplémentaires qu'à ceux qui travaillent au-dessus d'un certain nombre d'heures (200 heures), créant une discrimination directe vis-à-vis des femmes.

**(112)** Soc. 9 janv. 2007, n° 05-43.962, D. 2007. 375, obs. A. Fabre; Dr. soc. 2007. 496, obs. J. Barthélémy; RDT 2007. 182, obs. M. Véricel; *ibid.* 245, obs. M. Miné.

**(113)** Soc. 14 nov. 2019, n° 18-15.682, préc.

examen physique préalable<sup>114</sup>, autrement dit d'une variété de normes d'apparence neutre, n'empêche pas une contestation si la norme crée un désavantage particulier vis-à-vis de personnes protégées par rapport à d'autres personnes.

Les éléments distinctifs de la discrimination indirecte revêtent également une dimension pratique car, en principe, il suffit que les règles, les critères ou les pratiques soient *susceptibles* de créer un désavantage à l'examen de leur énoncé, de leur contenu. La question est donc davantage de regarder l'effet potentiel de la règle<sup>115</sup> même si d'autres règles peuvent *in fine* compenser ses effets<sup>116</sup>. Plus récemment, la Cour de justice de l'Union européenne a accru ses exigences et ne retient pas, en matière d'origine ethnique, l'identification d'un groupe ethnique spécifique qui aurait été désavantagé<sup>117</sup>.

Cependant, la possibilité d'invoquer une justification est aussi un élément pratique de la discrimination indirecte qui fonctionne à double tranchant selon le contrôle des juges: tantôt le contrôle de justification de la règle ou de la pratique selon son but et le contrôle de proportionnalité des moyens d'atteindre ce but sont rigoureux (faisant alors apparaître une règle ou pratique récurrente structurellement incohérente<sup>118</sup> ou excessivement préjudiciable pour les personnes<sup>119</sup>); tantôt le contrôle est plus souple et la justification économique de l'intérêt d'une bonne gestion de l'entreprise ou de l'État<sup>120</sup> a pu être invoquée pour tenter d'écarter la qualification de discrimination indirecte<sup>121</sup>.

C'est dans ce contexte que le contrôle judiciaire des éléments caractéristiques des discriminations peut varier

selon le sens donné aux actions en discrimination et la logique de la non-discrimination privilégiée.

#### *La pertinence des éléments caractéristiques des discriminations indirectes selon le sens des actions*

Le sens des discriminations indirectes reflète les logiques du droit de la non-discrimination à l'œuvre. La nature du désavantage particulier dévoilé et la nature des justifications admises pour écarter la discrimination indirecte sont révélatrices du sens de l'évolution jurisprudentielle sans forcément aboutir à une cohérence d'ensemble.

Lorsque la discrimination indirecte sert à reconnaître le désavantage économique lié à un statut temporaire accordé à des travailleurs d'origine marocaine qui a freiné leur évolution professionnelle et a limité le montant des pensions de salariés en raison de leur origine<sup>122</sup>, elle traduit une logique du droit de la non-discrimination qui cherche à transformer des normes sociales issues de la colonisation et résiste à une logique gestionnaire qui évalue le coût économique de cette réparation<sup>123</sup>.

Lorsque la discrimination indirecte met en lumière « l'exploitation » de travailleurs à domicile en situation irrégulière qui ne bénéficient pas de la protection du droit du travail<sup>124</sup> ou dénonce une pratique procédurale qui affecte de façon disproportionnée les salariés malades en exigeant un entretien avec l'employeur après l'absence, il semble que l'objectif de respect de la personne et de sa dignité soit davantage inscrit dans ce registre.

Lorsque la justification d'une discrimination indirecte est liée à la pérennité et à la cohérence d'un système

(114) CJUE 18 oct. 2017, aff. C-409/16, *Kaliri*, RTD eur. 2019. 399, obs. F. Benoît-Rohmer (sur l'exigence d'une taille minimum pour être policier).

(115) Notamment si les moyens de la règle mise en place n'ont pas un effet excessivement préjudiciable, CJUE 6 déc. 2012, aff. C-152/11, *Odar c. Baxter Deutschland GmbH*, D. 2012. 2973; RDT 2013. 254, étude M. Mercat-Bruns.

(116) V. un arrêt en sens contraire sur une différence de traitement fondée sur l'expérience qui était compensée pour certains travailleurs âgés par l'ordre des licenciements, Soc. 19 oct. 2010, n° 08-45.254, RDT 2011. 441, obs. M. Mercat-Bruns: « Mais attendu qu'ayant constaté que la distinction entre la catégorie des seniors et celle des juniors reposait sur la seule prise en compte de l'expérience professionnelle des salariés, sans que les salariés plus âgés soient désavantagés dans la mise en œuvre de l'ordre des licenciements du fait de l'attribution d'un plus grand nombre de points liés à l'âge, la cour d'appel a pu en déduire que la discrimination invoquée n'était à ce titre pas caractérisée ».

(117) CJUE 6 avr. 2017, aff. C-668/15, *Jyske Finans AS*: « l'argument selon lequel l'utilisation du critère neutre en cause au principal, relatif au pays de naissance, affecterait plus probablement, de manière générale, des personnes d'« une origine ethnique donnée » par rapport à « d'autres personnes » ne saurait être accueilli ».

(118) Soc. 6 juin 2012, n° 10-21.489, préc.

(119) CJUE 18 janv. 2018, aff. C-270/16, *Carlos Enrique Ruiz Conejero*, § 51: « Dans l'appréciation du caractère proportionné des moyens prévus par l'article 52, sous d, du statut des travailleurs, il convient également de ne pas méconnaître le risque encouru par les personnes atteintes d'un handicap, lesquelles rencontrent en général davantage de difficultés que les travailleurs valides pour réintégrer le marché de l'emploi et ont des besoins spécifiques liés à la protection que requiert leur état ».

(120) Par exemple, au niveau européen, les juges admettent que les justifications économiques en matière de discrimination indirecte peuvent être légitimes, v. CJCE 31 mars 1981, aff. C-96/80, *Jenkins*, § 12, la justification de l'employeur; CJCE 10 janv. 2006, aff. C-402/03, *Bilka*, § 36, D. 2006. 1259, obs. C. Nourissat; *ibid.* 1929, obs. P. Brun et P. Jourdain; RTD civ. 2006. 265, obs. P. Remy-Corlay; *ibid.* 333, obs. P. Jourdain; RTD com. 2006. 515, obs. M. Luby (la nécessité de l'établissement); CJCE 27 oct. 1993, aff. C-127/92, *Enderby*, AJDA 1994. 698, chron. H. Chavrier, E. Honorat et P. Pouzoulet; D. 1994. 301, obs. M.-T. Lanquetin: la Cour accepte l'argument de l'état du marché de l'emploi comme justification légitime invoquée par l'employeur pour augmenter la rémunération d'une catégorie d'emploi pour attirer des candidats.

(121) Aux États-Unis, l'ensemble de la jurisprudence sur la justification d'une nécessité de l'entreprise pour écarter la qualification de discrimination indirecte a permis de réduire la portée de la discrimination indirecte, v. M. Selmi, *Was disparate impact theory a mistake?*, UCLA Law Rev., 2006, n° 53, p. 701.

(122) V. S. Séréno, « Épilogue de la bataille judiciaire des Chibanis contre la SNCF (Paris, 31 janv. 2018) », Gaz. Pal. 2018, n° 20, p. 70.

(123) V., dans les pièces du dossier, un compte rendu d'une réunion avec des organisations syndicales qui confirme une motivation économique derrière cette discrimination indirecte intentionnelle: selon le dirigeant, « l'incorporation au cadre permanent des agents SNCF étrangers actuellement contractuels, résultat d'une suppression de la clause de nationalité, se traduirait par une dépense annuelle supplémentaire pour l'entreprise de 70 millions d'euros qui représente approximativement le montant d'une négociation salariale annuelle. L'enjeu est par conséquent trop lourd financièrement pour la SNCF », v. M. Mercat-Bruns, « Racisme au travail: les nouveaux modes de détection et les outils de prévention », Dr. soc. 2017. 361.

(124) Soc. 3 nov. 2011, n° 10-20.765.

distinguant cadre et non-cadre, le contrôle de proportionnalité tend à mesurer la cohérence du mode de sélection des métiers assimilés cadre. Il semble alors que le sens de l'action contre les discriminations s'inscrive dans une volonté de transformer les normes sociales en luttant contre la ségrégation sexuée des métiers.

Lorsque la justification d'une exigence de neutralité dans l'entreprise imposée aux salariés en contact avec la clientèle, source d'un désavantage particulier pour les salariés porteurs de signes religieux, est admise, c'est la logique gestionnaire du coût de l'image de l'entreprise et la logique de l'autonomie des personnes morales qui semblent primer.

Enfin lorsque la discrimination indirecte est retenue quand un salarié opte pour un congé parental à temps partiel ou à temps plein et souffre de ce fait d'une diminution de droits<sup>125</sup>, il semble qu'à la fois la logique de transformation des normes sociales sur la parentalité et le respect de l'autonomie des salariés vis-à-vis de certains choix liés à la conciliation de leur vie privée et professionnelle soient à l'œuvre.

Ainsi les discriminations directes et indirectes sont envisagées séparément et le sens de leur invocation peut varier selon les caractéristiques propres de ces discriminations. Mais une articulation des figures de la discrimination directe et indirecte est intéressante à analyser<sup>126</sup>.

## **B. - Les figures de la discrimination : le sens tiré du croisement des notions ?**

L'article L. 1132-1 du Code du travail évoque une « mesure discriminatoire directe ou indirecte ». Il a été montré que les décisions de cour d'appel ne précisent pas toujours la nature de la discrimination visée<sup>127</sup> et même la Cour de justice a reconnu que parfois la qualification peut venir dans un deuxième temps en raison du manque de transparence du motif derrière la différence de traitement<sup>128</sup>. On assiste parfois à une certaine confusion au moment de qualifier la discrimination. Par ailleurs, l'évolution du droit semble révéler un certain rapprochement dans l'usage des notions de discrimination directe, indirecte ainsi que des notions de harcèlement discriminatoire, d'injonction de discriminer et de protection contre

les représailles. Cette nouvelle dynamique du droit de la non-discrimination qui traduit l'interaction entre des figures de la non-discrimination semble prendre tout son sens selon les registres d'action privilégiés.

### *1. - L'existence de confusion entre les discriminations directes et indirectes*

On observe, dans les juridictions françaises et européennes, une certaine reconnaissance de l'interchangeabilité des figures de la discrimination directe et indirecte. L'évolution législative elle-même est ambivalente lorsque la loi adopte des critères indirects de discrimination qui visent des situations apparemment neutres et moins des caractéristiques inhérentes à la personne.

### *Le flou des juges dans le choix des qualifications de discrimination directe et indirecte*

La Cour de justice de l'Union européenne, dans son interprétation de la notion de discrimination directe, a montré qu'elle peut être retenue même lorsque la différence de traitement n'est pas explicitement fondée sur un motif prohibé. La Cour recherche si, « sous une apparence de neutralité, la règle est inextricablement liée à un motif de discrimination interdit »<sup>129</sup>. L'application d'un critère apparemment neutre aboutit à exclure en pratique ou en droit une catégorie de personnes. Elle a raisonné ainsi dans le passé, dans l'arrêt *Dekker*<sup>130</sup>, lorsqu'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. La Cour a considéré qu'il s'agissait d'une discrimination fondée sur le sexe<sup>131</sup>, avant l'adoption d'une interdiction spécifique de discrimination liée à la grossesse. Alors que la Commission suggérait de retenir une discrimination indirecte, l'avocat général a rappelé la proximité de la grossesse avec le critère prohibé, le fait d'être femme et non homme et que la discrimination indirecte fondée sur le sexe devait être applicable à des cas où les deux sexes sont concernés comme le temps partiel dans l'affaire *Bilka*<sup>132</sup>. La Cour de justice, quant à elle, a considéré que la question fondamentale était de

(125) CJUE 8 mai 2019, aff. C-486/18, *Praxair*, AJDA 2019. 1641, chron. H. Cassagnabère, P. Bonneville, C. Gänser et S. Markarian ; RTD eur. 2019. 693, obs. S. Robin-Olivier.

(126) Harcèlement discriminatoire et injonction de discriminer sont également abordés.

(127) Le recueil d'arrêts de cours d'appel en ce sens, v. M. Mercat-Bruns et J. Perelman, *op. cit.*, p. 91.

(128) V. CJCE 17 oct. 1989, aff. C-109/88, *Danfoss*, § 13, AJDA 1990. 281, chron. T. Debard et C. Alibert : il convient de souligner, ensuite, que, 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.

(129) V. S. Lulom, « Un affaiblissement de la protection européenne contre les discriminations », SSL 2017, n° 1762, p. 6 ; v. H. Nassom-Tissandier, « Neutralité religieuse dans l'entreprise : le droit français au prisme du droit européen », *Dr. soc.* 2018. 348.

(130) CJCE 8 nov. 1990, aff. C-177/88, *Dekker*, D. 1992. 288, obs. M.-T. Lanquetin ; RTD eur. 1991. 425, chron. E. Traversa ; *ibid.* 565, étude P. Rodière ; v. aussi CJCE 30 avr. 1996, aff. C-13/94, AJDA 1996. 739, chron. H. Chavrier, E. Honorat et G. de Bergues ; *ibid.* 1998. 801, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; D. 1997. 212, obs. J. Rideau ; *Dr. soc.* 1997. 397, chron. S. Van Raepenbusch ; *ibid.* 510, chron. S. Van Raepenbusch (arrêt qui assimile la discrimination directe fondée sur la transidentité à une discrimination fondée sur le sexe).

(131) CJCE 8 nov. 1990, aff. C-177/88, *Dekker*, préc.

(132) CJCE 10 janv. 2006, aff. C-402/03, *Bilka*, préc.

savoir si le refus d'emploi s'appliquait aux hommes et aux femmes ou à un sexe exclusivement et si la raison de ce refus était la grossesse, une décision directement liée au sexe de la candidate. Le choix de la discrimination directe n'était pas anodin et comportait un enjeu : même si le désavantage, en l'espèce, n'affectait que les femmes, symboliquement le fait d'associer le sexe avec la maternité en choisissant la discrimination directe ne permettait pas de sonder les causes plus profondes de la division sociale des rôles liant genre et maternité.

De même, la fluidité entre les figures peut être relevée dans l'arrêt *Hay*. La Cour y rappelle « qu'une différence de traitement fondée sur l'état de mariage des travailleurs et non expressément sur leur orientation sexuelle reste une discrimination directe, dès lors que, le mariage étant réservé [à l'époque] aux personnes de sexe différent, les travailleurs homosexuels sont dans l'impossibilité de remplir la condition nécessaire pour obtenir l'avantage revendiqué »<sup>133</sup>. Pourtant, la Cour de cassation avait posé sa question préjudicielle en se fondant sur la discrimination indirecte liée à l'état de mariage, disposition d'un accord d'apparence neutre créant un désavantage particulier pour les couples de même sexe qui ne pouvaient se marier à l'époque<sup>134</sup>. Elle a dû rebrousser chemin ensuite<sup>135</sup>. La qualification de discrimination directe était similaire dans l'arrêt *Maruko* dans lequel une pension de réversion accordée au seul conjoint avait été refusée à un partenaire de vie d'un homme décédé qui était dans une situation comparable à un veuf<sup>136</sup>. De même dans l'arrêt *Chez*<sup>137</sup>, les juges vont même un peu plus loin dans leur explicitation des croisements entre la discrimination directe et indirecte, en considérant que la pratique qui consiste à installer des compteurs électriques à une hauteur inaccessible dans un quartier densément

peuplé de Roms était indirectement discriminatoire mais pouvait quand même être qualifiée de discrimination directe si elle était « instituée en considération de » l'origine ethnique<sup>138</sup> ou que « l'origine ethnique a déterminé » cette mesure. La Cour ajoute qu'un indice de discrimination directe peut être le fait qu'une pratique [apparemment neutre] peut reposer sur des stéréotypes ou préjugés à l'égard de personnes déterminées<sup>139</sup>.

Parfois, c'est la discrimination indirecte qui est privilégiée pour qualifier un acte de discriminatoire alors que tous les ingrédients laissent à penser que l'on est en présence d'une discrimination directe. Dans l'arrêt *Achbita*<sup>140</sup>, il était possible de se demander si la règle de neutralité au regard du port des signes religieux, politiques et philosophiques était suspecte dans son intention, alors qu'elle était adoptée par le comité d'entreprise. En outre, la Cour de justice choisit de montrer l'absence de différence de traitement dans la règle, en comparant les personnes qui souhaitent manifester leurs convictions religieuses avec celles manifestant d'autres convictions et non de retenir comme périmètre de comparaison les personnes souhaitant manifester leurs convictions religieuses et celles qui ne le souhaitent pas ou n'en ont pas<sup>141</sup>. Le choix du cadre de comparabilité est décisif en matière de discrimination directe lorsqu'il y a comparaison<sup>142</sup>. Les juges de la Cour de cassation semblent comprendre les risques de discrimination directe masquée derrière la neutralité puisqu'ils exigent, sous couvert du contrôle de la proportionnalité, un moindre mal : qu'en présence d'une clause de neutralité, l'employeur manifeste ostensiblement, en quelque sorte, sa bonne foi ou l'absence d'abus de droit, en cherchant à reclasser la salariée voilée pour qu'elle ne soit plus en contact avec la clientèle, plutôt que de la licencier<sup>143</sup>. En d'autres occasions, la Cour de

**(133)** CJUE 12 déc. 2013, aff. C-267/12, *Hay*, § 44, D. 2014. 24 ; *ibid.* 1115, obs. P. Lokiec et J. Porta ; AJ fam. 2014. 127, obs. H. Roberge ; RTD civ. 2014. 342, obs. J. Hauser.

**(134)** Soc. 23 mai 2012, n° 10-18.341, *Hay*, D. 2012. 1487 ; *ibid.* 1765, chron. P. Bailly, E. Wurtz, F. Ducloux, P. Flores, L. Pécaut-Rivolier et A. Contamine ; *ibid.* 2013. 1089, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau.

**(135)** Soc. 9 juill. 2014, n° 10-18.341, D. 2015. 1408, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; Dr. soc. 2014. 854, obs. J. Mouly ; RDT 2014. 627, obs. A. Gardin.

**(136)** CJCE 1<sup>er</sup> avr. 2008, aff. C-267/06, *Maruko*, pt 73, AJDA 2008. 871, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; D. 2008. 1873, note C. Weisse-Marchal ; *ibid.* 1786, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *ibid.* 3038, obs. F. Muller et M. Schmitt ; AJ fam. 2008. 215, obs. F. C. ; Dr. soc. 2008. 712, étude J.-P. Lhernould ; RDT 2008. 458, obs. M. Schmitt ; RTD civ. 2008. 458, obs. J. Hauser ; CJUE 10 mai 2011, aff. C-147/08, *Römer*, pt 52, D. 2011. 1485 ; *ibid.* 2012. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; Rev. UE 2013. 313, chron. E. Sabatakakis.

**(137)** CJUE 16 juill. 2015, aff. C-83/14, *Chez*, AJDA 2015. 2257, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser ; D. 2015. 1599 ; RTD eur. 2016. 362, obs. F. Benoît-Rohmer.

**(138)** *Chez*, préc. pt 75.

**(139)** *Chez*, préc., pt 81.

**(140)** CJUE 14 mars 2017, aff. C-157/15, AJDA 2017. 551 ; *ibid.* 1106, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère, C. Gänser et P. Bonneville ; D. 2017. 947, note J. Mouly ; *ibid.* 2018. 813, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Dr. soc. 2017. 450, étude Y. Pagnerre ; *ibid.* 2018. 663, étude Y. Pagnerre et S. Dougados ; RDT 2017. 422, obs. P. Adam ; Constitutions 2017. 249, chron. A.-M. Le Pourhiet ; RTD eur. 2017. 229, étude S. Robin-Olivier ; *ibid.* 2018. 467, obs. F. Benoît-Rohmer ; *ibid.* 2019. 85, étude J.H.H. Weiler ; *ibid.* 105, étude S. Hennette Vauchez ; Rev. UE 2017. 342, étude G. Gonzalez.

**(141)** V. P. Adam, « La CJUE ou l'anticyclone européen. À propos de la neutralité religieuse dans l'entreprise privée », RDT 2017. 422.

**(142)** Mais l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés, v. Soc. 10 nov. 2009, n° 07-42.849, D. 2009. 2857, obs. S. Maillard ; *ibid.* 2010. 672, obs. O. Leclerc, E. Peskine, J. Porta, L. Camaji, A. Fabre, I. Odoul-Asorey, T. Pasquier et G. Borenfreund ; Dr. soc. 2010. 111, obs. C. Radé.

**(143)** Soc. 22 nov. 2017, n° 13-19.855, D. 2018. 218, et les obs., note J. Mouly ; *ibid.* 190, chron. F. Ducloux, F. Salomon et N. Sabotier ; *ibid.* 813, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Just. & cass. 2019. 253, rapp. J.-G. Huglo ; *ibid.* 266, avis C. Courcol-Bouchard ; Dr. soc. 2018. 348, étude H. Nasom-Tissandier ; RDT 2017. 797, obs. M. Miné : « qu'en présence du refus d'une salariée de se conformer à une telle clause dans l'exercice de ses activités professionnelles auprès des clients de l'entreprise, il appartient à l'employeur de rechercher si, tout en tenant compte des contraintes inhérentes à l'entreprise et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire, il lui est possible de proposer à la salariée un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec ces clients, plutôt que de procéder à son licenciement ».



cassation semble utiliser la discrimination indirecte pour qualifier une situation où le calcul de la rémunération paraît directement lié à l'exercice d'un droit protégé par le droit de la non-discrimination en montrant le caractère suspect de la justification non étrangère aux circonstances de l'exercice du droit<sup>144</sup>.

Selon certains auteurs, la ligne de démarcation européenne entre la discrimination directe et indirecte dépendrait de savoir si la raison fondamentale de la différence de traitement contestée s'applique sans distinction à des personnes de groupes différents (discrimination indirecte potentielle) ou inversement, s'applique exclusivement à des personnes d'un groupe protégé<sup>145</sup>.

#### *L'incertitude du législateur dans l'adoption de nouveaux critères « indirects » de discrimination ?*

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<sup>146</sup> mais couvrent un état, une situation qui affecte 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. Cependant, pour des raisons tenant à l'absence de statistiques (origine, race) ou à des difficultés de champ d'application pour la perte d'autonomie<sup>147</sup>, le législateur privilégie une augmentation des critères au risque de perdre le sens et la logique du droit de la non-discrimination.

Dans ces deux hypothèses, la recherche du sens de la non-discrimination s'avère très utile pour comprendre à la fois cette confusion des notions et cette évolution des critères et réfléchir à sa signification. Les juges peuvent se concentrer en matière de discrimination directe et indirecte sur les effets discriminatoires, les résultats des pratiques qu'elles soient neutres ou pas, qu'elles excluent en pratique ou dans la règle elle-même. Une

première conclusion à tirer serait de considérer que les effets vont être interprétés différemment selon les diverses logiques déjà citées au cœur du droit de la non-discrimination. La divergence en termes de justification des discriminations directes et indirectes demeure un point plus délicat à prendre en considération. Une deuxième conclusion à tirer serait de voir ces confusions entre les figures de la discrimination comme un signe d'enrichissement du droit de la non-discrimination qui reflète la complémentarité des notions.

#### *2. - L'existence de rapprochements ou de fusion entre les discriminations directes et indirectes ?*

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 pour faciliter la preuve<sup>148</sup>. Faut-il voir dans ces recoupements entre les notions une chance de les rapprocher et de les articuler afin de donner du sens au droit de la non-discrimination au travail ? Le rapprochement et l'étude des rapports entre les notions sont utiles pour trois raisons. L'enjeu de la preuve de la discrimination, l'appréhension de la discrimination systémique, désormais reconnue comme une combinaison de discriminations directes et indirectes, d'injonction de discriminer et de harcèlement discriminatoire notamment et enfin la cessation des manquements discriminatoires prévue par l'action de groupe qui suppose une action positive transversale. Ces trois arguments militent en faveur d'une vision plus fusionnelle ou interactive des discriminations directes et indirectes qui aurait du sens dans une logique de transformation des normes sociales.

#### *Les défis de la preuve de la discrimination*

Il est courant que la Cour de cassation accepte le raisonnement de la cour d'appel qui déduit de la chronologie que ces éléments, « pris dans leur ensemble » laissent supposer l'existence d'une discrimination, par exemple fondée sur l'état de santé dans le cas d'une fécondation in vitro d'une salariée<sup>149</sup>. On retrouve ce même raisonne-

(144) Soc. 9 juill. 2015, n° 14-12.779, D. 2015. 1648; *ibid.* 2340, obs. P. Lokiec et J. Porta; RDT 2015. 698, obs. I. Odoul-Asorey; v. M. Peyronnet, « Une mesure prenant en compte le degré de mobilisation des salariés, selon les services, et ses conséquences sur le fonctionnement de l'entreprise institue une discrimination indirecte en raison de l'exercice normal du droit de grève et ne peut être justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination en raison de la grève dès lors que la parution en retard des magazines résulte des conséquences inhérentes à la cessation collective du travail », Dalloz actualité, 1<sup>er</sup> sept. 2015.

(145) C. Tobler, *Indirect Discrimination: A case study into the development of the legal concept of indirect discrimination under EC Law*, Oxford, p. 368 qui cite Dekker mais l'analyse semble avoir évolué.

(146) A. Lyon-Caen, « Variations sur la discrimination ou le pluriel derrière le singulier », in G. Borenfreud et I. Vacarie (dir.), *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, op. cit., p. 55.

(147) Pour pallier l'absence d'application de la loi de 2008 dans les institutions EPHAD, v. M. Mercat-Bruns, « Lutte contre les discriminations : nouveau critère tiré de la perte d'autonomie ? », D. 2015. 1957.

(148) O. de Schutter, *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Peter Lang, 2001, p. 82 s.

(149) Soc. 28 juin 2018, n° 16-28.511, Dr. soc. 2018. 953, obs. J. Mouly (mais les arrêts sont nombreux); v. Soc. 21 janv. 2016, n° 14-26.698; 23 oct. 2019, n° 18-14.886.

ment s'agissant de la preuve du harcèlement<sup>150</sup>. Qu'est-ce qui empêcherait de prendre, dans leur ensemble, les discriminations directes et indirectes pour retenir une conjugaison d'effets discriminatoires? L'analyse des éléments caractéristiques des discriminations directes et indirectes a montré que le propre des discriminations directes et indirectes est de scruter les effets discriminatoires. Les éléments constitutifs de la discrimination directe et indirecte sont prouvés grâce à un faisceau d'indices composés de faits et parfois de normes qui constituent les mesures de discrimination directe ou indirecte que le législateur mentionne ensemble, de façon alternative (« ou ») dans l'article L. 1132-1 du Code du travail.

*Le rapprochement entre la discrimination directe et indirecte, le harcèlement discriminatoire, l'injonction de discriminer dans le cadre de la reconnaissance judiciaire des discriminations systémiques*

Si la logique du droit de la non-discrimination au travail est celle de transformation des normes sociales, la reconnaissance des discriminations systémiques offre un cadre d'analyse cohérent qui implique une réflexion sur l'articulation des mesures de discriminations directes et indirectes selon la suggestion de la Cour suprême du Canada qui considère la discrimination systémique comme « une situation d'inégalité cumulative et dynamique résultant de l'interaction sur le marché du travail, de pratiques, de décisions ou de comportements, individuels ou institutionnels, ayant des effets préjudiciables, voulus ou non sur les membres de groupes protégés »<sup>151</sup>.

Cette logique plus structurelle du droit de la non-discrimination s'éloigne de la logique gestionnaire du marché du travail lorsqu'elle s'en tient à l'analyse économique néoclassique selon laquelle l'interdépendance des agents économiques permettrait de résorber les exclusions temporaires de groupes ou les rigidités dans l'évolution professionnelle de travailleurs plus exposés aux discriminations. En revanche, si le marché du travail est vu comme structurellement segmenté selon « une vision d'un double marché du travail, les membres des groupes ciblés par le droit de la non-discrimination, comme les femmes, les travailleurs âgés et handicapés, les personnes LGBT ou les personnes de certaines origines, se trouvent relégués dans un marché secondaire » où la discrimination est récurrente et protéiforme<sup>152</sup>.

Un exemple tiré du contentieux naissant sur la discrimination systémique montre effectivement comment l'organisation du travail, la répartition et l'évolution de l'emploi peuvent produire des discriminations directes et indirectes. D'autres notions comme le harcèlement discriminatoire, l'injonction de discriminer et les mesures de rétorsion peuvent se combiner aux discriminations directes et indirectes pour révéler comment les discriminations systémiques se construisent dans un certain environnement et ensuite se pérennisent en cas d'inaction ou d'action insuffisante de l'employeur.

Le Conseil des prud'hommes de Paris, le 17 décembre 2019<sup>153</sup>, a en effet reconnu que vingt-cinq ouvriers maliens en situation irrégulière, employés sur un chantier de démolition parisien, avaient fait l'objet d'une « discrimination systémique » en raison de l'origine et de leur situation irrégulière, un critère apparemment neutre<sup>154</sup>, à la suite de deux accidents du travail où l'employeur refusait de faire intervenir les secours. En considération de l'avis du Défenseur des droits, du témoignage au procès d'un sociologue spécialiste et du procès-verbal de l'inspection du travail, est constaté « un système pyramidal d'affectation professionnelle en raison de l'origine, et ce au détriment des travailleurs maliens ». Les responsables de la société plaçaient ainsi les Maliens en bas de l'échelle de l'organisation du travail et les appelaient du même nom pour les « déshumaniser » et leur montrer qu'ils étaient « interchangeables », selon l'inspecteur du travail<sup>155</sup>. Tous les travailleurs maliens étaient des manœuvres assignés aux tâches les plus pénibles du chantier, à savoir les travaux de démolition consistant à casser les murs et les plafonds à la masse, dans des conditions extrêmement dangereuses. Les salariés d'origine maghrébine étaient leur supérieur direct, leur donnaient des directives, s'assuraient de la bonne exécution des travaux, du respect des délais et payaient les salariés en liquide. Et le jugement de conclure : « Chaque groupe est ainsi prédestiné à certaines tâches et cela, non en fonction de ses compétences réelles, mais semble-t-il uniquement en fonction de son origine, origine qui lui attribue une compétence supposée, l'empêchant ainsi de pouvoir occuper un autre positionnement au sein de ce système organisé »<sup>156</sup>. Selon les études du secteur d'activité du bâtiment menées par le sociologue témoin<sup>157</sup>, cette situation caractérise l'existence d'une discrimination systémique en termes de rémunération, d'affectation, d'évolution professionnelle à l'égard de ces

(150) Soc. 20 mars 2019, n° 17-27.854 ; 26 juin 2019, n° 17-20.723.

(151) *Action Travail des Femmes c. Canadien National* (1987) 1 RCS 1114. 1139 (1987) 8CHRR D/4210 (SCC) ; M. Mercat-Bruns, « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ? », REDH 2018/14, <https://journals.openedition.org/revdh/3972>.

(152) M.-T. Chicha Pontbriand, *Discrimination systémique-Fondement et méthodologie : des programmes d'accès à l'égalité en emploi*, Y. Blais 1989, p. 52-53.

(153) Cons. prud'h. Paris, 17 déc. 2019, n° 17/10051, Dalloz actualité, 8 janv. 2020, obs. M. Peyronnet.

(154) Ce n'est pas la première fois que la situation irrégulière de travailleurs peut entraîner une discrimination indirecte, V. Soc. 3 nov. 2011, n° 10-20.765.

(155) V. Cons. prud'h. Paris, 17 déc. 2019, préc.

(156) Décis. du Défenseur des droits n° 2019-108, 19 avr. 2019, p. 18.

(157) N. Jounin, *Chantier interdit au public*, La Découverte, 2009 ; N. Jounin, « Humiliations ordinaires et contestations silencieuses. La situation des travailleurs précaires des chantiers », *Sociétés contemporaines* 2008/2 (n° 70), p. 25-43 ; « L'ethnisation en chantiers : reconstruction des statuts par l'ethnique en milieu de travail », *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 20, n° 3, 2004, travaux cités par le Défenseur des droits.

travailleurs maliens. En raison de la situation irrégulière des travailleurs, il n'existait pas de points de comparaison possibles avec d'autres salariés dans une situation équivalente et donc la preuve de la discrimination est déduite des effets discriminatoires de l'organisation du travail.

Selon le Défenseur des droits, « c'est ainsi l'analyse de la somme et de la répétition des actes visant à stigmatiser, exclure et/ou défavoriser un groupe considéré, lesquels relèvent bien souvent d'un système organisationnel et d'un processus historique, qui va conduire à la reconnaissance de la discrimination systémique. Ce cumul de critères, nationalité et origine, produit pour le groupe stigmatisé – les travailleurs maliens en situation irrégulière – un désavantage qui n'est pas ponctuel mais récurrent permettant de mettre en évidence, au-delà de discriminations multiples, une discrimination systémique »<sup>158</sup>.

Le témoignage du sociologue expert de la discrimination systémique permet de confirmer que cet environnement de travail produit une combinaison de discriminations directes et indirectes et de harcèlement discriminatoire. Celle-ci se manifeste par les méthodes de recrutement informelles<sup>159</sup> par des proches dans la même situation irrégulière, la ségrégation des postes selon l'origine des travailleurs, l'absence d'évolution professionnelle, maintenant les Maliens dans l'emploi précaire et la dévalorisation du groupe par des insultes indifférenciées<sup>160</sup>.

Plus généralement, les juges ne sont pas insensibles à l'usage de différentes notions assimilées à la discrimination qui permettent de révéler la pérennisation des discriminations systémiques d'impulsion verticale, celles qui suivent plutôt la ligne hiérarchique, et les discriminations systémiques à forte dimension horizontale liée à l'environnement de travail. La notion de harcèlement discriminatoire qui conjugue la discrimination directe avec l'obligation de sécurité des salariés qu'implique la prévention du harcèlement permet de révéler un environnement hostile<sup>161</sup> et dégradant dans le cas d'une salariée en contrat précaire exposée aux pires indignités (jets de débris et insultes sexistes), de personnes exté-

rieures à l'entreprise, sans que son tuteur réagisse<sup>162</sup>. La reconnaissance récente dans une décision pénale de « harcèlement moral institutionnel » s'inscrit dans cette vision plus structurelle du harcèlement<sup>163</sup>.

De même, la protection contre les mesures de rétorsion qui s'applique aux mesures de discrimination directe et indirecte<sup>164</sup> devient un instrument indispensable à la fois pour permettre de prouver la discrimination et pour empêcher que perdure une injonction de discriminer lorsque la discrimination systémique verticale suit la ligne hiérarchique<sup>165</sup>. En ce sens, la Cour de justice rappelle, dans une décision où une responsable d'un magasin avait alerté sa direction d'une discrimination fondée sur la grossesse et par la suite était licenciée, que « l'effectivité de la protection exigée par la directive 2006/54 contre la discrimination fondée sur le sexe ne serait pas assurée si celle-ci ne couvrait pas les mesures qu'un employeur pourrait être amené à prendre à l'encontre de travailleurs ayant, *de manière formelle ou informelle*, pris la défense de la personne protégée ou témoigné en sa faveur »<sup>166</sup>. Ainsi, comme cela a été le cas avec la reconnaissance de la discrimination par association dans l'arrêt *Coleman*<sup>167</sup>, il convient, pour comprendre le droit de la non-discrimination au travail comme vecteur d'une transformation des normes sociales, que son champ d'application vise la personne discriminée mais aussi tous ceux qui peuvent être désavantagés dans les relations qui se nouent avec elle et qui sont constitutives de ou consécutives à l'inégalité de traitement.

*La cessation des discriminations directes et indirectes : lorsque l'action positive n'est plus seulement une exception à la non-discrimination*

Si le sens du droit de la non-discrimination est, moyennant une articulation des discriminations directes et indirectes et des notions qui leur sont assimilées, de transformer les pratiques sociales, il ne s'agit pas seulement de détecter et sanctionner les discriminations systémiques. L'avènement de l'action de groupe invite à

(158) Décision du Défenseur des droits, n° 2019-108, 19 avr. 2019, p. 14.

(159) V. Cons. prud'h. Paris, 17 déc. 2019, préc.

(160) Le Défenseur des droits a également rendu un avis sur l'existence d'une discrimination systémique dans la première action de groupe en cours, en matière de discrimination syndicale, déc. n° 2019-109, 13 mai 2019. Le contentieux vise l'insuffisance d'accords de dialogue social qui fixent des critères d'analyse de l'évolution de carrière et de rémunération des représentants syndicaux et leur mise en œuvre, entraînant une injonction de discriminer.

(161) En cas de harcèlement sexuel, v. quelques efforts de prévention, L. n° 2018-703, 3 août 2018 ; v. L. Lerouge, « Harcèlement sexuel au travail et droit comparé : comparaison des approches juridiques », JCP S 2019. 1074.

(162) Soc. 30 janv. 2019, n° 17-28.905, D. 2019. 261 ; JA 2019, n° 595, p. 10, obs. D. Castel ; *ibid.*, n° 603, p. 39, étude M. Julien et J.-F. Paulin ; RDT 2019. 335, obs. P. Adam ; JS 2019, n° 197, p. 8, obs. D. Castel.

(163) T. corr. Paris, 20 déc. 2019, rendu dans le cadre du procès contre France Telecom, <https://urlz.fr/bAtL>.

(164) C. trav., art. L. 1132-3.

(165) Interdiction de l'injonction de discriminer, L. n° 2008-496, art. 1<sup>er</sup>.

(166) CJUE 20 juin 2019, aff. C-404/18, *Hakelbacht*, § 34, RTD eur. 2019. 693, obs. S. Robin-Olivier, en l'espèce la loi belge avait adopté une définition stricte des personnes protégées en cas de représailles en couvrant que celles ayant agi en tant que témoin dans une action ; v. dir. 2006/54, art. 24, qui prévoit la protection contre les représailles. De nombreux arrêts dans le cadre de la discrimination syndicale, de discrimination fondée sur le sexe et de harcèlement sexuel font référence aux mesures de rétorsion ; v. déc. du Défenseur des droits n° 2018-041, 1<sup>er</sup> févr. 2018, relative à des faits de harcèlement sexuel et à des mesures de rétorsion en raison de la dénonciation de ces faits, <https://urlz.fr/bAu7>.

(167) CJCE 17 juill. 2008, aff. C-303/06, *Coleman*, § 51, AJDA 2008. 2327, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; D. 2008. 3038, obs. F. Muller et M. Schmitt ; RDT 2009. 41, obs. M. Schmitt ; RDSS 2008. 865, note A. Boujeka ; RTD civ. 2008. 653, obs. J. Hauser : « une interprétation de la directive 2000/78 limitant l'application de celle-ci aux seules personnes qui sont elles-mêmes handicapées serait susceptible de priver la directive d'une partie importante de son effet utile et de réduire la protection qu'elle est censée garantir ».

rechercher également une cohérence dans les modes de cessation des manquements discriminatoires<sup>168</sup>. Or on assiste à la recherche d'un régime légal d'actions positives cantonné pour l'instant, par interprétation du droit européen, au rang d'exception à la non-discrimination<sup>169</sup> qui ne favorise pas l'égalité dans les résultats<sup>170</sup>. Si l'on suit véritablement l'esprit de l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) en tant qu'il se préoccupe de la *pleine* égalité des sexes par la prévention et la compensation de désavantages<sup>171</sup> présents et passés, la cohérence dans la mise en œuvre du droit de la non-discrimination suppose une interprétation des règles qui, au lieu d'interdire simplement des actes discriminatoires, encourage des mesures qui s'en prennent à leurs effets discriminatoires plus structurels liés souvent à l'inaction des entreprises et des institutions, ou des efforts d'aménagement raisonnable *de minima*<sup>172</sup>. Certains arrêts récents en France traduisent cette nouvelle dynamique dans la recherche d'une meilleure articulation entre les concepts de non-discrimination et d'action positive<sup>173</sup> qui devrait tendre sans doute vers des programmes d'équité avant ou après un contentieux<sup>174</sup>.

## Conclusion

La recherche d'une cohérence du droit de la non-discrimination incite à donner un sens à l'interprétation des figures de la discrimination qui permettrait de mieux comprendre l'articulation entre les formes de discrimination directe et indirecte pour transformer les pratiques sociales et l'action positive dans le sens de l'égalité inclusive<sup>175</sup> et d'un « nivellement par le haut »<sup>176</sup>, au lieu de laisser libre cours à l'instrumentalisation des droits fondamentaux. Pour certains, il faut toujours revenir à l'analyse des désavantages socio-économiques pour repenser le droit de l'égalité<sup>177</sup>. L'émergence de formes encore plus complexes et moins transparentes de discriminations produites par l'intelligence artificielle, telles que les discriminations algorithmiques<sup>178</sup>, peut être aussi l'occasion de trouver de nouveaux mécanismes de contrôle et de suivi de l'usage direct ou indirect de données personnelles impliquant des obligations de faire et de transparence, proches de ceux développés dans le règlement général sur la protection des données<sup>179</sup>.

(168) V. L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, art. 62; v. F. Guiomard, « L'action de groupe dans le projet de loi sur la justice du XXI<sup>e</sup> siècle: un texte d'anesthésie ? », RDT 2016. 52; A. Bugada, « L'action de groupe contre les discriminations au travail: Une menace judiciaire au service du dialogue social ? », in La promotion de l'égalité dans l'entreprise: le poids des acteurs, le choix des instruments, Chroniques de droit du travail, 2018, n° 8 p. 191.

(169) V. le dernier rapport en matière d'égalité femmes hommes pour la Commission européenne, C. McCrudden, *Gender-based positive action in employment in Europe: a comparative analysis of legal and policy approaches in the EU and EEA*, oct. 2019, p. 12.

(170) J. Cavallini, « La discrimination positive en droit de l'Union européenne », JCP S 2019. 1077.

(171) TFUE, art. 157: 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.

(172) CJUE 14 mars 2017, aff. C-157/15, *Achbita*, préc.

(173) V. en dernier Soc.17 avr. 2019, n° 17-26.724, préc.; F. Petit, « Parité électorale dans l'entreprise: tant qu'il y aura des hommes », Dr. soc. 2018. 921; sur une politique de rattrapage des salaires féminins qui peut justifier une rupture du principe « à travail égal, salaire égal », v. Soc. 6 nov. 2019, n° 18-13.235.

(174) Au Canada, v. C. Sheppard, *Study Paper on litigating the relationship between equity and equality*, Ontario Law Reform Commission, p. 73.

(175) V. C. Sheppard, *Inclusive Equality McGill*, University Press, 2010.

(176) R. Medard, « Le droit à la non-discrimination fait peau neuve. Brèves considérations sur les incidences de la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle », <https://urlz.fr/bAux>.

(177) D. Barrett, « The importance of equality law and human rights in addressing socio-economic inequality », in D. Cuyppers et J. Vrieling, *Equal is not enough*, Intersentia, 2016, p. 22.

(178) V. M. Mercat-Bruns (dir.), *Nouveaux modes de détection et de prévention de la discrimination et accès au droit: action de groupe et discrimination systémique; algorithmes et préjugés; réseaux sociaux et harcèlement sexuel*, actes du colloque Trans Europe Expert, Société de législation comparée, 2020, à paraître.

(179) V. RGPD n° 2016/679, art. 22, 32 et 33.