

COMMISSION OUVERTE DE DROIT SOCIAL

Formation continue

thème: **Principe d'égalité et principe de non-discrimination**

intervenante: **Marie-Thérèse Lanquetin**, professeur émérite (université Paris X-Nanterre)

séance du : 16 juin 2005

Lutte contre les discriminations : initiatives publiques et pratiques d'entreprises

DARES - 9 décembre 2004

Intervention de Marie-Thérèse Lanquetin

Juriste, Chercheur, Université Paris X

Ancien membre du Conseil d'orientation du Geld

Membre 1986-2003 du réseau d'experts de la Commission européenne chargé du suivi des directives relatives à l'égalité entre hommes et femmes.

La lutte contre les discriminations prend un tour nouveau depuis quelques années en France. Longtemps la volonté politique n'était pas très affirmée et les «outils juridiques» existants étaient peu mis en œuvre. Ils l'étaient essentiellement par la voie pénale, mais le pourcentage de décisions rendues restait marginal dans le contentieux¹, compte tenu des difficultés rencontrées.

Quelques dispositions ont été adoptées dans les années 80 en droit du travail mais n'étaient guère mises en œuvre. Ces dispositions marquaient une rupture par rapport à la situation antérieure car seule l'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et travailleurs féminins était inscrite dans le Code depuis une loi de décembre 1972.

En réalité, le système juridique français se caractérise plus par le principe d'égalité que par le principe de non-discrimination : «Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits» et les distinctions ne peuvent résulter que «de leurs vertus et de leurs talents» dans l'accès aux dignités, places et emplois publics. Telles sont les dispositions de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789. La loi pouvait différencier et créer des catégories, mais n'était pas tenue de le faire et s'il y avait des différences, il ne pouvait s'agir que d'«inégalités». Il y avait donc déni quant à l'existence de discrimination.

À cela il y avait plusieurs raisons. La conception de l'universalisme à la française n'est sans doute pas en cause. N'est-ce pas plutôt, la conception française de l'intégration républicaine, mais aussi, par exemple, la conception différentialiste du rôle des hommes et des femmes ? D'une manière plus générale, il s'agirait de la conception même de l'Etat Providence mais aussi d'une vision très morale de certaines différences.

La situation est-elle en train de changer ?

En matière d'égalité entre hommes et femmes, depuis 1997, une ou 2 décisions par an sont rendues par la Chambre sociale de la Cour de cassation sous l'influence du droit et de la jurisprudence communautaire (notamment Usai-Champignons '1997', Thibault '1998'). Mais en matière de discrimination «à raison de l'origine» une seule décision importante a été rendue par la Chambre sociale en 1992. Elle concernait le critère des charges de famille dans l'ordre des licenciements, critère appliqué à un salarié d'origine algérienne, la charge de famille étant appréciée différemment en raison de son origine (arrêt Boufagher). Il a fallu attendre la période récente pour voir d'autres décisions concernant ce motif.

En revanche, s'agissant de la discrimination syndicale, la jurisprudence est actuellement abondante. Cette discrimination vécue longtemps comme une fatalité fait l'objet de décisions judiciaires qui appliquent les «outils» fournis par le droit communautaire, en matière de discrimination entre hommes et femmes. Ce qui conforte l'efficacité de ces outils² !

En effet, un certain nombre de questions de principe commencent à être réglées justement par des arrêts de principe qui nous disent dans quel cadre doit se faire la comparaison lors des reconstitutions de carrières de salariés discriminés. Il ne peut s'agir du cadre ou périmètre étroit où se trouve le salarié. Le cadre mais aussi le temps de cette comparaison. Il ne peut s'agir là aussi de la dernière promotion du salarié par référence à «la moyenne» mais de toute sa carrière comparée à celle «des autres salariés de l'entreprise à diplôme équivalent et même ancienneté» (Cass.crim.9 mai 2004). De même, le recours en justice après une réclamation concernant une discrimination ne peut donner lieu à des mesures de rétorsion...Cela n'est certes pas suffisant, mais traduit une certaine maîtrise de ces outils qui ne sont pas encore assez mobilisés.

Des influences diverses sont à l'œuvre et ont permis ces évolutions. La plus visible et la plus directe est celle du droit communautaire. Mais il faudrait plus largement parler de la montée en charge des droits fondamentaux. Ce qui fait référence d'une part à la Charte communautaire des droits fondamentaux adoptée à Nice en décembre 2000 et annexée au Traité constitutionnel actuellement en débat. Ce qui invite d'autre part à regarder, au plan européen, du côté de la Convention européenne des Droits de l'Homme et de la jurisprudence de la Cour de

Strasbourg. Sans oublier au plan international et mondial, de citer les conventions de l'ONU sur l'élimination de toute discrimination raciale (de 1965, entrée en vigueur en France le 27.08.1971) ou à l'égard des femmes, dite convention Cedaw (de 1979 entrée en vigueur en France le 25.04.1984), mais aussi les conventions de l'OIT, surtout la convention 111 sur la discrimination dans l'emploi (de 1958 ratifiée par la France en 1981). L'influence communautaire est la plus visible en raison des directives récentes adoptées et en cours de transposition³, mais surtout en raison du système de contrôle juridictionnel et des acquis conceptuels élaborés par la CJCE.

Pour comprendre ce qui se joue au travers de ces influences, il convient de les analyser non comme une accumulation de dispositifs mais comme un approfondissement de la notion même de discrimination et de la façon de lutter contre les phénomènes discriminatoires. Cet approfondissement pouvant s'appliquer à divers ordres juridiques, pour autant que ces conventions ont été ratifiées.(ce qui n'est pas le cas des E.U).

Pour cela il convient donc de revenir sur la notion même de discrimination au sens du droit international des droits de l'Homme. Il convient ensuite de dégager les lignes de force de la jurisprudence de la CJCE dans sa définition de la notion de discrimination, avant d'analyser les nécessaires évolutions du rôle de l'Etat et notamment de la conception de l'Etat Providence à la française.

I - LA NOTION DE DISCRIMINATION AU SENS DU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME

Le droit de toute personne a l'égalité devant la loi et à la protection contre la discrimination est un droit universel, un droit fondamental et non pas une simple obligation morale. Ce principe d'égalité est affirmé par le droit international des Droits de l'Homme et au plan de l'Europe par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (article 14).

Les définitions :

Au sens commun du terme discriminer signifie séparer, opérer une distinction.

Mais au sens du droit international des droits de l'Homme, discriminer signifie une différence de traitement arbitraire, illégitime, contraire au droit et comporte donc une connotation péjorative.

Discriminer c'est plus que distinguer ou différencier. Il est des différences légitimes. Ce qui est prohibé ce sont des différences dans des domaines où des droits sont reconnus et protégés et pour des motifs bien précis comme le sexe ou l'origine.

Cette notion ainsi entendue a fait l'objet d'une élaboration plus précise dans les conventions internationales des droits de l'homme.

- Pour la Convention de l'ONU sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (1965 entrée en vigueur en France le 27 août 1971)

Article 1 : Dans la présente convention, l'expression «discrimination raciale» vise **toute distinction, exclusion, restriction ou préférence, fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre** la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique.

- Pour la Convention de l'ONU sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (de 1979 ratifiée 1983 entrée en vigueur en France le 25 avril 1984) (Cedaw) :

Article 1 : Aux fins de la présente convention, l'expression «discrimination à l'égard des femmes» vise **toute distinction, exclusion ou restriction, fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de 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 politique, économique, social et culturel ou civil ou dans tout autre domaine.**

- Enfin pour la Convention n° 111 de l'OIT (1958) concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession (ratifiée 1981) :

Article 1

1. Aux fins de la présente convention, le terme *discrimination* comprend :
toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession;
Mais un Etat pourra spécifier tout autre distinction comme une discrimination (article 1 b)

Les éléments constitutifs de ces définitions:

- la prise en considération de motifs

La «race» dans la convention de 1965 est caractérisée également par «la couleur, l'origine ou l'ascendance

nationale ou ethnique». Dans la convention de l'OIT plusieurs **motifs sont énumérés : la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale.**

La fonction du motif apparaît d'abord comme une fonction procédurale. Dans la mesure où certaines distinctions sont interdites, le constat d'une telle distinction peut créer un doute, une présomption de discrimination.

- **Le champ d'application est plus ou moins large selon les conventions l'emploi ou la profession ou tous les domaines.** Domaines où des droits sont garantis et protégés.

- Enfin dans ces définitions, la distinction, l'exclusion ou la préférence concerne l'**effet** de la mesure dans la convention de l'OIT, **le but ou l'effet** dans les conventions de l'ONU.

Ces textes visent d'abord l'**effet** de la distinction opérée, c'est-à-dire son résultat objectif. Les mobiles ou les intentions de l'auteur de la distinction, exclusion ou préférence peuvent ne pas être pris en considération et la discrimination peut exister indépendamment de toute recherche sur le but et les intentions de l'auteur. Ces textes consacrent une **conception objective** de la discrimination même si la preuve de l'intention ou du but discriminatoire peut également concourir à cette qualification.

Cette conception de la discrimination est conforme à la conception civile de la discrimination tandis que la recherche de l'intention renvoie aux débats sur les éléments constitutifs de l'infraction pénale de discrimination.

Mais le terrain civil et le terrain pénal se distinguent aussi par des régimes probatoires différents. Au pénal, en effet, la preuve peut se faire par tout moyen. Ce qui explique la réception du «testing» par la Chambre criminelle de la Cour de cassation. Au civil, la preuve doit être loyale, d'où l'importance de la discussion sur les allégations, sur les éléments de fait précis apportés dans le procès.

- Quant au terme de **discrimination ositive**, il n'est pas reçu par le droit international des DH. L'article 4 paragraphe 1 de la convention Cedaw admet des mesures temporaires pour tendre à l'égalité. Ce sont au sens du droit communautaire des «**actions positives**», celui-ci refusant également la notion de discrimination positive au sens des premières jurisprudences de la Cour Suprême des Etats-Unis.

Entre les différentes cours juridictionnelles des emprunts peuvent exister. Mais chacune construit ses notions propres en fonction de la nature du système juridique concerné.

Ce que l'on peut montrer au travers de la jurisprudence de la CJCE.

II – QUELQUES LIGNES DE FORCE DE LA JURISPRUDENCE DE LA CJCE

Le droit communautaire et spécialement la CJCE s'appuie sur ces conventions internationales des droits de l'Homme Pour preuve, la référence à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, dans les dispositions liminaires des traités communautaires successifs, ou la référence à telle ou telle convention de l'OIT dans la jurisprudence communautaire.

Le droit communautaire en effet, a depuis longtemps lutté contre les discriminations d'abord à raison de la nationalité (article 7 du traité CEE) puis à raison du sexe. Depuis le traité d'Amsterdam, la lutte contre les discriminations porte sur d'autres motifs (article 13) et notamment la race et l'origine ethnique.

Il s'agit d'une construction jurisprudentielle élaborée depuis les premiers règlements communautaires puis de la directive de 1976. Cette jurisprudence est reprise dans les directives 2000 et la directive 2002 pour définir la notion de discrimination directe et celle de discrimination indirecte La Cour de justice a ainsi construit une conception plus concrète de l'égalité de traitement et de la non-discrimination que celle du droit français.

Les notions de discrimination

La notion de discrimination directe. La jurisprudence la construite au cas par cas et alors qu'elle n'était pas définie dans la directive de 1976, sa définition est synthétisée dans les directives 2000 et 2002 :

«Une discrimination directe se produit lorsque pour des raisons de «race ou d'origine ethnique ou pour des raisons de sexe ou de situation de famille, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable »

la comparaison peut donc se faire au présent

- au passé quand des salariés sont embauchés pour un même poste de travail mais à des conditions différentes et successivement dans le temps.

- mais elle peut être également **hypothétique** : comment serait rémunéré un homme européen, blanc sur ce même poste de travail sur lequel est embauchée une femme de telle origine ?

Mais dans ces différentes hypothèses, l'intention de l'auteur de la mesure n'a pas à être recherchée. S'il apparaît au vu des éléments de fait que la mesure a été prise à raison du sexe, il y a discrimination.

La discrimination indirecte

Mais c'est surtout la notion de discrimination indirecte qui permet de mieux comprendre et de saisir les phénomènes discriminatoires. La jurisprudence de la CJCE a élaboré cette notion pour que l'égalité soit réalisée en fait et en droit.

En effet, devant les difficultés d'appréhender les phénomènes discriminatoires, la Cour de justice considère qu'il y a discrimination lorsqu'une mesure apparemment neutre aboutit au même résultat que s'il y avait discrimination directe. Le droit communautaire considère en effet que la discrimination consiste dans le traitement différent de situations similaires mais également dans le traitement identique de situations qui en fait sont différentes.

La CJCE a construit cette jurisprudence dès les années 1970 concernant la discrimination à raison de la nationalité appliquée aux travailleurs exerçant leur droit à la libre circulation. Il ne devait pas exister d'obstacle d'en-trave à la libre circulation telle qu'une condition de résidence que ne pouvaient pas remplir de la même façon le national et le migrant.

Elle l'a appliqué dans les années 80 à la discrimination à raison du sexe. Mais la perspective était différente. Elle a eu recours à un critère statistique pour mesurer l'impact d'une mesure ou d'une pratique. Si un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes subit un désavantage alors il y a présomption de discrimination. Il y a un doute. L'on retrouve la fonction procédurale du motif.

Si un avantage de retraite est accordé aux travailleurs à temps partiel comme aux travailleurs à temps plein sous la condition d'avoir travaillé au moins 15 ans à temps plein, il y a présomption de discrimination puisque ce sont essentiellement les femmes qui travaillent à temps partiel.

De même alors que les femmes et les hommes étant rémunérés différemment au Royaume Uni pour un même travail, si l'entreprise rémunère différemment les travailleurs à temps plein et les travailleurs à temps partiel une fois l'égalité de rémunération affirmée dans une loi, le travail à temps partiel, est bien un critère apparemment neutre qui masque la discrimination. Il peut s'agir d'une discrimination déguisée.

Le recours au critère statistique a permis de montrer la différence de traitement entre hommes et femmes alors qu'il y avait déni. Pourquoi les femmes subiraient-elles majoritairement un désavantage? Mais le recours à ce critère statistique emprunté dans un premier temps à la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis (arrêt Griggs de 1971) a connu des évolutions. La Cour a ainsi pu montrer qu'il n'était pas toujours nécessaire de quantifier le nombre de personnes concernées et les directives 2000 et 2002 ont retenu une pluralité de critères dont le critère statistique pour révéler le désavantage subi.

Mais si la directive 2000/43 retient le critère du désavantage⁴ c'est aussi parce que la France refusait de compter les personnes en fonction de leur origine. Ce qui était en l'espèce un faux problème car la constitution de données chiffrées n'était pas réalisée a priori, mais a posteriori de manière aléatoire pour analyser une situation concrète.

Cette construction participe d'une conception concrète, objective de la discrimination. Dans cette logique la CJCE a pu également admettre qu'il est des distinctions qui résultent du fonctionnement du marché du travail. Cette distinction que l'on ne peut imputer à l'employeur seul peut être qualifiée de discrimination d'origine structurelle.

Dans l'un et l'autre cas, et à la différence de la discrimination directe, l'auteur de la mesure doit justifier sa décision (politique de recrutement ou sa politique salariale...). Mais un contrôle du juge est de toute façon nécessaire car il s'agit du respect d'un droit fondamental et pour la CJCE du respect d'un principe général de droit communautaire dont la Cour a pour mission d'assurer le respect. L'auteur doit s'expliquer sur la finalité de la mesure prise, son caractère nécessaire et proportionné au but poursuivi.

La Cour précise en effet : «à moins que l'entreprise n'établisse que la mesure s'explique par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe».

Ainsi la discrimination indirecte relève du champ de l'égalité de traitement. L'accent mis sur la justification de l'auteur de la mesure est plus qu'une explicitation de ses raisons d'agir car il s'agit de la protection d'un droit fondamental. La notion de justification implique un contrôle de la rationalité par un juge. Et ce contrôle demande une connaissance fine des mécanismes à l'œuvre en matière de discrimination et même par motif de discrimination

La discrimination indirecte implique enfin un travail de longue haleine et ne peut difficilement être portée par une personne seule. La jurisprudence de la CJCE a montré le rôle soit de l'organisation syndicale soit d'une agence pour porter de tels cas. Or cette notion est encore peu familière en droit interne. Il ne s'agit pas ici de penser à la médiation comme le suggère certaines voix, mais de rechercher une élaboration jurisprudentielle en droit interne.

La non-discrimination parvient-elle à l'égalité? non. Le droit communautaire met ici l'accent sur les actions positives. On peut simplement penser qu'il existe un principe de vases communicants entre la notion de discrimination indirecte et celle d'actions positives. Si la notion de Discrimination Indirecte était davantage mise en œuvre, le recours aux actions positives serait sans doute moins nécessaire.

Reste la question de la discrimination systémique

III - ELLE RELEVE D'UNE AUTRE PROBLÉMATIQUE QUI RENVOIE AU ROLE DE L'ÉTAT

Il s'agit simplement d'évoquer cette question.

Il ne s'agit pas de revenir sur la question de l'intégration républicaine. D'autres l'ont fait ou le feront et les réflexions sont engagées.

Mais il est un autre aspect qui n'est guère envisagé: celui de la conception de l'Etat Providence ou de l'Etat social à la française.

Le système juridique français, on l'a dit, se caractérise plus par le principe d'égalité que par le principe de non-discrimination. La loi a alors créé des catégories au nom de différences généralement admises concernant notam-

ment les handicapés, mais aussi les femmes «différentes par nature» et au nom de la répartition, de la complémentarité des rôles.

Les politiques publiques ne peuvent plus se contenter d'affirmer une volonté de réduire les inégalités. Elles doivent éviter impérativement de créer des discriminations en raison de l'effet de certaines mesures. Et cela non seulement pour respecter le droit communautaire mais plus largement la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et les conventions universelles.

On raisonnait jusque-là en termes d'égalité et d'inégalités. La discrimination n'était pas dans le paysage.

Elle est maintenant au centre de nos dispositifs juridiques et les décideurs des politiques publiques doivent intégrer le caractère central de cette notion. C'est une notion objective qui implique de regarder les effets de toute disposition adoptée au nom d'une protection. Cette conception vise-t-elle à réaliser plus d'égalité? Quel est son impact ? Ne risque-t-elle pas de créer un «désavantage»? est-elle proportionnée à l'objectif poursuivi?

Ce n'est pas seulement une obligation morale. C'est une obligation de caractère juridique dans un Etat de droit.

notes

1. *Evelyne Serverin, 1994, L'application des sanctions pénales en droit du travail : un traitement judiciaire marginal, Droit social n°7/8, juillet-août*

2. Discrimination : la parole aux entreprises. *Entretien avec Yasmine Tarasewicz, avocate associée, Proskauer Rose, Semaine sociale Lamy, 22 novembre 2004*

3. *La directive 76/207 modifiée par la directive 2002/73 relatives à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans l'accès à l'emploi, la formation, la promotion professionnelles et les conditions de travail La directive 97/80 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe et qui est à*

l'origine de la loi du 16 novembre 2001

Les directives 2000/43 et 2000/78 adoptées sur le fondement de l'article 13 du Traité d'Amsterdam. Elles concernent: la première, la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement sans distinction de race ou d'origine ethnique, la seconde porte création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

4. *«Une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée, par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires.»*