

Le principe de non-discrimination

par Marie-Thérèse LANQUETIN,

*Institut de recherche juridique sur l'entreprise et les relations professionnelles
UPRESA/CNRS 70/29*

Le principe de non-discrimination connaît une actualité et des développements dont il est cependant difficile de mesurer toute l'importance. En effet, la proposition de loi (1) assurant la transposition de la directive 97/80 (2) permet une avancée significative en matière de lutte contre les discriminations. Non seulement, elle prévoit un déplacement de la charge de la preuve dans tous les cas de discriminations à raison du sexe (3), mais elle applique cette même règle à tous les motifs de discriminations prévus par l'article L.122-45 du Code du Travail et intègre également les motifs prévus par l'article 13 du Traité d'Amsterdam (4). Elle élargit enfin le champ d'application de ce même article L.122-45 (5) qui rejoint celui de l'article L.123-1 et traite de l'accès à des stages ou à des périodes de formation en entreprise.

Ainsi l'acquis conceptuel du droit communautaire concernant tant la notion de discrimination que le déplacement de la charge de la preuve pénètre le droit français en même temps que la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de Cassation (6) applique depuis quelques mois le droit communautaire de la preuve de la discrimination (de la directive 97/80).

Le Conseil des Ministres de l'Union européenne ayant adopté en 2000 deux propositions de directives de la Commission, l'une relative à l'égalité de traitement sans distinction à raison de la race ou de l'origine ethnique (7), l'autre fixant un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (8) pour tous les motifs visés par l'article 13 du Traité d'Amsterdam, l'on peut considérer que pour partie ces directives seront transposées dès l'adoption définitive de la proposition de loi, vraisemblablement au premier semestre 2001. En effet, le futur texte reprend l'ensemble des motifs figurant à l'article 13 du Traité d'Amsterdam, dans le champ de l'emploi et du travail. Les dispositions de la directive 2000/43 dont le champ d'application est plus large (9) devront faire l'objet d'une transposition ultérieure et les dispositions sur le harcèlement sont en cours d'adoption dans le cadre du projet de loi de modernisation sociale.

Cette évolution du droit national est tout à fait remarquable. Jusque-là, en effet, le contentieux en la matière était peu développé (10). Non pas qu'il n'y ait pas de situations discriminatoires mais elles n'étaient pas traitées comme telles sur le terrain judiciaire (11). Étaient appliquées à ces situations d'autres qualifications juridiques comme l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement ou le régime juridique de protection de la maternité.

Or de telles qualifications ne rendaient pas compte des phénomènes discriminatoires, ne permettaient pas de les sanctionner correctement, maintenaient en quelque sorte une impunité. Or, le droit pour chacun à l'égalité devant la loi et à la protection contre les discriminations est un droit fondamental nécessaire au bon fonctionnement d'une société démocratique. Chacun, dans un Etat de droit, a le droit d'être traité sans discrimination.

(1) Proposition de loi du 13 septembre 2000 relative à la lutte contre les discriminations dans l'emploi adoptée en première lecture par l'AN le 12 octobre 2000 et par le Sénat le 9 janvier 2001. Le débat en seconde lecture devant l'AN est fixée au 3 avril 2001. Cette proposition de loi reprend les articles 49 à 51 du projet de loi de modernisation sociale qui n'ont pu être discutés au Parlement au mois de juin 2000.

(2) Directive du Conseil UE 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe. Dr. Ouv. 1998, p.313.

(3) Article L.123-1 du Code du travail.

(4) Outre le sexe, la race et l'origine ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

(5) Le champ d'application concernera non seulement le recrutement, le droit disciplinaire et le licenciement, mais toute la vie du contrat.

(6) Cass.soc. 28 novembre 1999 Seillier /CEA Dr. Ouv. 2000, p.108 ; Cass.Soc. 28 mars 2000 Dick et Fluchère Dr Ouv. 2000, p.176 ; Cass.soc. 4 juillet 2000 (2 espèces) ; Cass. Soc.10 octobre 2000 RPDS 2001, p.89 ; Cass.Soc. 28 novembre 2000 Dr. Ouv. 2001, p.116 ; Cass. Soc. 19 décembre 2000 Dr. Ouv. 2001, p.119 avec la décision de première instance.

(7) Directive du Conseil UE 2000/43 du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique. La transposition devant être assurée avant le 19 juillet 2003. Sur la légitimité du concept de « race », cf. les Actes du Colloque « Le mot race est-il de trop dans la Constitution » publié dans la revue Mots, Les langages du politique, n°33 décembre 1992, Danièle Lochak p.300, Danièle Mayer p.332.

(8) Directive du Conseil UE 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. La transposition devant être réalisée avant le 1er décembre 2003.

(9) Article 3 de la directive : la protection sociale, les avantages sociaux, l'éducation, l'accès aux biens et services et fournitures de biens et services à la disposition du public, y compris en matière de logement.

(10) Tant au civil qu'au pénal.

(11) The utilisation of sex equality litigation procedures in the member states of the european community 1995. Rapport France par H. Masse-Dessen et M.T. Lanquetin.

Cette nécessaire évolution du droit français s'inscrit de plus dans un contexte national qui trouve également ses moyens propres de faire progresser le droit de la discrimination. En affirmant par exemple que l'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et féminins est une application du principe plus général « à travail égal, salaire égal pour autant que les travailleurs sont dans des situations semblables » (12), le droit français construit la lutte contre les discriminations en s'appuyant sur le principe constitutionnel d'égalité. De même, l'article L.120-2 du Code du Travail (13) offre de nouvelles potentialités dans cette recherche d'égalité.

Cependant, pour juste que soit la lutte contre les discriminations, l'égalité n'en sera pas pour autant garantie. Dans la chaîne des décisions d'un employeur, toute distinction ne constitue pas une discrimination, toute différence de traitement ne peut être qualifiée de discrimination (14). Autrement dit, l'employeur peut différencier, il ne doit pas discriminer. Reste alors, la question plus large des inégalités et de la lutte contre ces inégalités et les exclusions qu'elles entraînent. La loi de 1998 (15) relative aux exclusions s'inscrit dans ce champ plus large lequel, comme la discrimination, relève d'une problématique de droits fondamentaux.

Ainsi, le droit communautaire comme le droit français se réfèrent au principe d'égalité, mais participent différemment à la lutte contre les discriminations en raison d'une différence de conceptions. La Cour de Justice, en effet, parce qu'elle cherche à réaliser l'égalité en fait et en droit, recourt à la notion de discrimination indirecte. Elle a donc une conception plus concrète que la conception française, « une prétention plus fine à l'égalité » (16).

Des évolutions et des interactions sont donc à attendre de la nécessaire transposition du droit communautaire dans le droit français comme le montre déjà l'évolution de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de Cassation. Cette interaction se manifestera peut-être également dans la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation (17).

En réalité, le droit communautaire participe de tout un travail d'élaboration conceptuel à partir des énoncés des conventions internationales des droits de l'homme ratifiées par la France et mis en œuvre par des juridictions au plan international. Le droit anglo-saxon est beaucoup plus familier de ces concepts et la Cour de Justice des Communautés européennes participe de cette culture tout en recherchant une autonomie adaptée au modèle social européen.

La notion de discrimination prend, ainsi, plus d'importance dans notre système juridique et cet espace plus grand occupé par la notion conduit à analyser l'étendue de cette notion, à considérer les différentes conceptions qui s'affrontent et se combinent. La conception objective de la discrimination (I) qui est un apport du droit international des droits de l'Homme permet d'interroger plus largement les faits qui font apparaître des différences de traitement. Cette conception se retrouve dans les définitions communautaires (II). Des différences de traitement peuvent, ainsi, sous certaines conditions, être qualifiées de discriminations à moins que l'employeur n'apportent des justifications (III).

I.

LA DISCRIMINATION, NOTION OBJECTIVE

Une première définition de la discrimination permet de dire qu'il s'agit d'une distinction arbitraire, prohibée, illicite c'est-à-dire contraire au droit (18). Mais la conception française abordait cette notion essentiellement sur le terrain pénal et la dimension intentionnelle était première. Même sur le terrain civil, la preuve

incombant au demandeur, les affaires étaient peu nombreuses au contentieux et le plus souvent négatives pour le salarié. La conception du droit international mettant davantage l'accent sur les exigences de la notion en termes d'effectivité et d'efficacité a permis des évolutions.

(12) Cf. La jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation : Soc. 29 octobre 1996, Ponsolle, A. Lyon-Caen, De l'égalité de traitement en matière salariale, Dr. Soc. 1996, 1013 ; Dr. Ouv. 1997, p. 149, note P. Moussy, ; D. 1998, Somm. Com., p. 259, M.-T. Lanquetin, et Soc. 15 décembre 1998, Chatet, Dr. Soc. 1999, p. 187, note M. Bonnechère, Dr. Ouv. 1999, p. 169, note H. Peschaud.

(13) « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

(14) L'inégalité de fait peut pré-exister à tout acte. Elle résulte de facteurs divers propres à la personne ou extérieurs à elle, les deux

puvant interagir. Mais la discrimination résulte surtout de l'état des mœurs, de faits de culture, d'un sexisme ou d'un racisme latent ou exprimé... On parle alors d'effet de système : de discrimination systémique.

(15) Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions. J.O. 31 juillet 1998 p. 11679

(16) A. Lyon-Caen Egalité et différence dans l'ordre du droit in La Place des femmes p. 424 Ed. de la Découverte 1995 coll. Recherches.

(17) Cass.crim 14 juin 2000 Dr. Ouv. sept. 2000, couv.n°5 et l'arrêt de renvoi : CA (corr.) Lyon 29 mars 2001.

(18) Danièle LOCHAK Réflexions sur la notion de discrimination Droit social 1987 p.778 et s.

1 - La notion de discrimination a d'abord été définie dans les conventions internationales des droits de l'Homme, conventions que la France a ratifiées (19)

Dans la Convention 111 de l'OIT par exemple, « le terme de 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 ». Dans la Convention de l'ONU sur l'élimination de toute discrimination à l'égard des femmes, l'article 1^{er} dispose : « l'expression de 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 quelque 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, culturel et civil ou dans tout autre domaine. » Enfin, la discrimination est définie de la même façon dans la Convention de l'ONU sur la discrimination raciale.

Ces textes visent d'abord l'effet de la distinction opérée, c'est-à-dire son résultat objectif. Les mobiles et les intentions de l'auteur de la distinction 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 de la distinction. 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. La conception objective 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.

2 - La jurisprudence de la CJCE se fonde également sur les effets des mesures prises par les auteurs des distinctions

La CJCE a construit une conception plus concrète de l'égalité et de la non-discrimination que le droit français. Pour réaliser l'égalité en fait et en droit, elle considère qu'il y a discrimination lorsqu'une mesure apparemment neutre aboutit au même résultat que s'il y

avait une discrimination directe. Le droit communautaire considère en effet que la discrimination consiste soit dans le traitement différent de situations similaires, soit dans le traitement identique de situations différentes.

La CJCE a appliqué cette conception dans le domaine économique pour lutter contre les distorsions de concurrence. Dans le domaine social, elle a élaboré la notion de discrimination indirecte, mesure apparemment neutre qui aboutit au même résultat que la discrimination directe.

Elle l'a fait, dès les années 70, en matière de non-discrimination à raison de la nationalité pour les travailleurs migrants afin de faciliter leur droit à la libre circulation. Pour les travailleurs migrants, il ne devait pas exister d'obstacle, d'entrave, de risque, de gêne à la libre circulation (20). Cette notion apparaît également dans la directive 76/207 relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes mais sans être définie, laissant ainsi un champ ouvert à l'application de la notion.

À partir de 1981, la CJCE a eu recours à cette notion pour faire apparaître les différences de traitement entre hommes et femmes en lien avec la preuve de la discrimination entre hommes et femmes (21).

C'est donc, avant tout, une création jurisprudentielle de la CJCE et dans cette dernière mise en œuvre, la construction est empruntée dans un premier temps à la jurisprudence Griggs (22) de la Cour suprême des Etats-unis.

L'arrêt de principe est l'arrêt Bilka du 13 mai 1986 (23). Dans cette affaire, une société de grands magasins avait institué un régime de pensions d'entreprise pour ses employés. Les travailleurs à temps partiel ne bénéficiaient de ce régime qu'à la condition d'avoir travaillé à temps plein au moins 15 ans sur une période de 20 ans. Une salariée a demandé à bénéficier de cette pension alors qu'elle ne remplissait pas la condition posée qu'elle estimait discriminatoire. La question posée à la CJCE était de savoir si cette mesure n'était pas indirectement discriminatoire puisque les travailleurs à temps partiel étaient majoritairement des femmes. Ce à quoi la Cour répond :

« L'article 119 est violé lorsqu'une mesure frappe un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes, 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 ».

(19) Marie-Thérèse Lanquetin : "La discrimination à raison du sexe en droit international et communautaire" Droit social 1988 p. 806.

(20) CJCE 12 février 1974 aff.152/73 Rec.164 Droit social 1974 conclusions avocat général MAYRAS, note M. G.LYON-CAEN.

(21) M.T. Lanquetin "La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire" Droit social 1995 p.434.

(22) Griggs v.Duke Power Co. 1971

(23) CJCE 13 mai 1986 aff. 170/84 Rec. 551.

Dans l'arrêt DANFOSS (24), où il s'agissait d'une entreprise dans laquelle le système de classifications professionnelles manquait de transparence, les travailleurs ne connaissant pas les critères de différenciation qui leur étaient appliqués, la Cour affirme : « *lorsqu'une entreprise applique un système de rémunération qui est caractérisé par un manque total de transparence, l'employeur a la charge de prouver que sa pratique salariale n'est pas discriminatoire dès lors que le travailleur féminin établit par rapport à un nombre important de salariés que la rémunération moyenne des travailleuses féminines est inférieure à celle des travailleurs masculins* ».

Dans ces deux exemples parmi les premiers que la CJCE ait traité c'est la dimension statistique qui fait bien apparaître le caractère suspect des mesures prises par l'entreprise. La Cour élargit son analyse lorsque dans l'arrêt Enderby (25) elle utilise le terme de discrimination « apparente ». Cette notion de discrimination apparente permet de cerner des faits qui ne résultent pas obligatoirement d'une mesure prise par l'employeur. En effet, les phénomènes discriminatoires ne

peuvent tous être imputés à l'employeur, ni aux négociateurs. En l'espèce, les négociations collectives menées séparément pour les emplois considérés ne faisaient pas apparaître des discriminations à l'intérieur de chacun des deux groupes. Les résultats décalés des négociations mettaient en évidence des différences de traitement pour des emplois de valeur égale relevant du même employeur et du même syndicat. Cette situation ne résultait-elle pas des représentations intégrées par les acteurs ?

Plus largement, les discriminations peuvent résulter des pratiques et idéologies à l'œuvre sur le marché du travail, au sein des institutions et même dans la société toute entière (26). On qualifie ces discriminations de systémiques. Mais elles ne sont pas le résultat d'un système sans acteur. Elles impliquent aussi des justifications (27).

Toute cette construction jurisprudentielle a été finalement synthétisée dans la directive 97/80 afin que les Etats membres mettent en œuvre une telle conception objective de la notion de discrimination.

II.

LES DEFINITIONS DONNEES PAR LES DIRECTIVES

La proposition de loi en cours de discussion introduit le terme de discrimination dans les dispositions du code du travail relatives au contrat de travail. Elle fait plus puisqu'elle introduit, mais sans les définir, les notions de discrimination directe et indirecte. Jusque-là le droit français recourait et recourt encore à diverses formulations pour signifier une discrimination en affirmant soit une égalité de traitement soit une interdiction de prendre en considération un ou plusieurs motifs. Le contentieux traitait essentiellement des discriminations directes, la jurisprudence faisant néanmoins à quelques reprises, référence à la notion de discrimination indirecte parce que les parties tentaient de se placer sur le terrain du droit communautaire. L'approche objective aurait été tout à fait possible dans la mesure où le juge pouvait aussi constater l'effet de mesures prises par l'employeur, mais cette approche se heurtait à tout un contexte, notamment judiciaire, dans lequel la preuve reposait sur le demandeur, la notion de motif objectif n'avait pas encore cours et où le pouvoir de l'employeur se trouvait ainsi préservé au regard du principe d'égalité.

Les directives adoptées en 2000 donnent une définition de la discrimination directe reprenant l'apport de la jurisprudence en la matière. Elles donnent également une définition de la discrimination indirecte, mais celle-ci diffère de celle qui a été adoptée dans la directive 97/80.

La discrimination directe s'entend du traitement défavorable d'une personne en raison de sa nationalité ou de son sexe et, sur le fondement de l'article 13 du traité d'Amsterdam, « *de sa race ou de son origine ethnique, de sa religion ou de ses convictions, de son handicap, de son âge ou de son orientation sexuelle* ».

Plus précisément, l'article 2 (par.1a) de la directive 2000/43 du 29 juin 2000 définit ainsi la discrimination directe : « *Une discrimination directe se produit lorsque, pour des raisons de race ou d'origine ethnique, 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* ». Cette définition est reprise à l'identique dans la directive 2000/78 du 27 novembre 2000 pour les autres motifs prévus par l'article 13 du Traité d'Amsterdam.

(24) CJCE 17 octobre 1989 Aff. C-109 /88 Danfoss Rec.3199

(25) CJCE 27 octobre 1993 Aff. C-127/92 Enderby Rec. 5566.

(26) Bataille, Philippe, Le racisme au travail, sp. p.105 et suivantes, p.117, Ed. La Découverte, 1997.

(27) Miné, M., Approche juridique de la discrimination raciale au travail : une comparaison France-Royaume-Uni, Travail et Emploi n° 81, spec. p.99.

Dès lors qu'une distinction est fondée sur un motif prohibé, s'applique l'égalité formelle et les différences de traitement doivent être condamnées. Il y a discrimination.

Cependant, des dérogations (28) sont prévues à l'image des dispositions de la directive 76/207 qui après avoir affirmé l'égalité de traitement sans discrimination directe ou indirecte par référence à l'état matrimonial ou familial, réserve les hypothèses où le sexe constitue la condition déterminante de l'exercice d'un emploi ou d'une profession (artiste, mannequin, modèle). Dans les directives 2000 il n'y a pas discrimination « lorsqu'une caractéristique liée à un des motifs constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif est légitime et que l'exigence soit proportionnée » (art. 4 directive 2000/43 et de la directive 2000/78). Cette réserve est cependant modulée s'agissant de la discrimination à raison de l'âge ou du handicap (29).

Par ailleurs la définition fait référence à différents moments pour faire la comparaison. Elle fait référence non seulement au présent mais également au passé ou au conditionnel.

Comment interpréter les différents temps employés ? Le présent – « lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est » – renvoie à une comparaison actuelle. Le passé – « ne l'a été » – peut jouer différents rôles puisqu'il s'applique à des situations comparables et non à une même situation. L'expression peut viser une succession d'emplois et des situations passées (une femme moins rémunérée qu'un homme par exemple, situation qui a donné lieu à de la jurisprudence communautaire mais aussi nationale) (30).

Quant au conditionnel – « ne le serait » –, il permet de comparer le traitement de personnes d'un certain profil, d'un groupe avec celui qui serait accordé si tel autre profil, tel autre groupe étaient présents dans l'entreprise. Cela permet par exemple, de se poser la question de savoir comment seraient rémunérés des hommes s'ils effectuaient le travail des femmes ou de personnes de telle origine (sachant que les critères de classifications professionnelles devraient être communs) (31).

La définition donnée par les directives 2000 semble exiger toujours une comparaison : « une discrimination se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre... ». Ne peut-on considérer qu'une discrimination existe entre hommes et femmes c'est-à-dire dans le cadre d'une comparaison, mais aussi pour une caractéristique indissociable du sexe ? Dans cette hypothèse, la discrimination l'est « en soi » car la maternité ne peut se réduire à une exception au principe d'égalité entre hommes et femmes ce qui reviendrait à considérer l'homme comme seule mesure de la norme.

La définition de la **discrimination indirecte** apparaît plus délicate à aborder car la définition de la notion dans la directive 97/80 n'est pas celle des directives 2000. Or, la directive 97/80 synthétisait la jurisprudence de la CJCE rendue depuis 1981 en matière de discrimination entre hommes et femmes.

Pour identifier les mesures, neutres en apparence, mais susceptibles d'être discriminatoires, la CJCE a utilisé comme critère l'impact disproportionné d'une mesure : lorsqu'une mesure apparemment neutre « affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe », la mesure sera considérée comme suspecte, fera présumer une discrimination, à moins que l'auteur ne la justifie. Le contexte, la dimension sociologique, c'est-à-dire la situation minorée des femmes sur le marché du travail qui se traduit statistiquement, révèle la discrimination. Le collectif révèle la discrimination. C'est cette conception qui est reprise dans l'article 2 de la directive 97/80.

Cette définition rencontrait certaines difficultés d'application. En effet, dans quelques affaires la méthode statistique n'était pas toujours pertinente car il fallait trouver à la fois des groupes suffisants et comparables. Dans l'affaire Royal Copenhagen (32) les travailleurs, au nombre de 150 étaient composés de 40% d'hommes et 60% de femmes. Ils étaient rémunérés à la pièce et leur travail consistait en la fabrication de céramique, les uns façonnant au tour la porcelaine, les autres décorant les produits et les autres enfin étaient employés à la manutention des fours, au tri, au polissage etc, mais tous relevaient de la même convention

(28) cf. également les dispositions relatives aux entreprises de tendance. La solution de principe en droit français étant l'arrêt PAINSEQ : Cass.Soc. 17 avril 1991 Bull. V, n°201, p.122. Dr. Ouv. 1991, p.202 avec la décision de première instance et le commentaire de P. Bouaziz.

(29) Article 5 pour le handicap et l'article 6 pour les différences de traitement fondées sur l'âge.

(30) CJCE 27 mars 1980 Aff.129/79 Macarthys Ltd contre Wendy Smith, Rec. 1275 : « Le principe d'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins pour un même travail n'est pas limité à des situations dans lesquelles hommes et femmes effectuent simultanément un travail égal pour un même employeur. Le principe d'égalité s'applique dans le cas où il est établi qu'un travailleur féminin, eu égard à la nature de ses prestations, a perçu une rémunération moindre que celle que percevait un travailleur masculin,

employé antérieurement à la période d'engagement de l'agent féminin et qui effectuait le même travail pour son employeur ». Cf. également Cour d'Appel de Versailles, 15 avril 1985, SA Paridoc/Mme Ott. Juri-social 1985 (F 60) ; L'égalité juridique entre hommes et femmes dans la communauté européenne, Ed. Bruylant, 1994, et Office des publications officielles des communautés européennes, volume France, p.180.

(31) Article 1 alinéa 2 de la directive 75/117 du Conseil du 10 février 1975 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe d'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins. Egalement article L.140-3 du Code du travail.

(32) CJCE Aff.C-400/93 Royal Copenhagen / Danskindustri 31 mai 1995 RJS 1995 n°1191

collective. Dans une telle situation, comment faire les comparaisons ? Le cadre doit être suffisamment large et se faire entre groupes comparables, composés majoritairement mais pas exclusivement de travailleurs de l'un et l'autre sexe. Mais comment les choisir ? Cette étape est décisive pour permettre de présumer une discrimination. Elle repose sur le salarié qui aura besoin d'aide pour analyser sa situation. Dans les affaires portées devant la CJCE, le salarié était soutenu soit par une organisation syndicale, soit par une agence spécialisée.

Dans l'affaire Regina/ Nicole Seymour du 9 février 1999, la Cour de justice avait cherché à réduire l'importance du critère des données statistiques en montrant que si celles-ci, en l'espèce, « *révélaient un écart moindre mais persistant et relativement constant au cours d'une longue période entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins qui remplissent la condition de deux années d'emploi* », une telle situation révélerait une apparence de discrimination. Dès lors, il appartiendrait au juge national d'apprécier les conclusions à tirer de telles données statistiques (33). L'avocat général dans cette affaire estimait que les données statistiques n'avaient pas une valeur absolue mais une valeur relative qui résulte de leur combinaison avec toutes les données à prendre en considération. Elles constituent un indice.

Enfin, dans l'arrêt Schnorbus (34), la Cour de justice tout en reconnaissant une discrimination indirecte estime que celle-ci est justifiée car la mesure en cause est « *par elle-même* » discriminatoire.

Les directives 2000 ne reprennent donc pas la même définition de la discrimination indirecte. L'article 2 (par.2b) dispose « *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* ».

La structure est commune aux deux définitions. Dans les deux cas, la méthode d'analyse est comparative et s'attache à mesurer a posteriori les effets de la mesure en cause sur des groupes de personnes. Mais le critère est différent. Si, pour analyser les discriminations à rai-

son du sexe, l'approche est quantitative pour mesurer l'impact disproportionné (statistique), la nouvelle directive emprunte au domaine de la libre circulation des travailleurs migrants des critères qualitatifs liés aux caractéristiques propres de ces groupes. Il s'agit dans les deux cas, d'examiner une mesure suspecte, soit parce qu'elle a un impact disproportionné soit parce qu'elle est susceptible de créer un désavantage particulier.

La formulation recherchée est destinée à trouver une définition unique de la discrimination indirecte permettant de couvrir tous les motifs énumérés dans l'article 13 du Traité d'Amsterdam, définition qui est retenue également dans la « directive emploi ». La dimension statistique en effet ne serait guère utile pour faire présumer une discrimination indirecte... à raison de l'état de santé ou de l'orientation sexuelle, par exemple, comme elle n'a pas été déterminante dans la jurisprudence de la Cour s'agissant de la libre circulation des travailleurs migrants (35). La qualité de travailleur migrant suffit quel que soit le nombre de migrants visés par la mesure.

On peut donc penser que la CJCE décidera du critère pertinent pour révéler telle ou telle discrimination. Il n'y aura plus obligation d'apporter des données statistiques (36) mais, dans certains cas, elles pourront s'avérer plus pertinentes pour révéler le désavantage occasionné par une mesure, un critère, une pratique. Cette nouvelle définition permettra également de ne pas attendre le constat de l'effet d'une mesure mais peut-être de prendre conscience des risques d'une mesure et de lutter ainsi contre des préjugés. La discussion pourra désormais se situer en amont dès lors qu'une mesure est susceptible d'entraîner un désavantage particulier.

Ainsi, la définition retenue par les directives 2000 ne retient pas de manière centrale la référence aux données statistiques pour révéler la discrimination indirecte, même si elle ne l'exclut pas. Cette solution s'explique pour partie au moins par la position adoptée par la France lors de l'élaboration de ces textes. Il a été soutenu que les données statistiques ne pourraient pas être utilisées concernant la notion de discrimination indirecte de la directive 2000/43 en raison des exigences constitutionnelles qui affirment que la France assure « l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion » (article 1

(33) Cf. CJCE Aff.C-167/97 9 février 1999 Regina c. Seymour, points 60 et 61.

(34) CJCE 7 décembre 2000 Aff.C-79/99 Julia Schnorbus/Land de Hesse point 38 « Il n'est pas nécessaire d'analyser les dispositions de la JAO. Il suffit, en effet, de constater que, en accordant une priorité aux candidats qui ont effectué un service militaire ou civil obligatoire, les dispositions litigieuses révèlent par elles-mêmes une discrimination indirecte dès lors que en vertu du droit applicable les femmes ne sont pas soumises à l'obligation de service militaire... »

(35) CJCE 23 mai 1996 Aff.C-237/94 John O'Flynn Rec. I 2631.

(36) Cf. point 15 de l'exposé des motifs de la directive 2000/43 : « L'appréciation des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte appartient à l'instance judiciaire nationale ou à une autre instance compétente, conformément au droit national ou aux pratiques nationales qui peuvent prévoir, en particulier, que la discrimination indirecte peut être établie par tous moyens, y compris sur la base de données statistiques ».

de la Constitution du 4 octobre 1958) ce qui impliquerait le refus du « communautarisme ».

Dans une version antérieure, la France voulait introduire les termes, « par sa nature », pour éviter de recourir à une mesure statistique : une discrimination indirecte existe lorsqu'un critère apparemment neutre est susceptible, **par sa nature**, d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes.

L'objectif était de créer une indétermination entre ce qui par nature discrimine et ce qui a pour effet de discriminer. Cette difficulté ne serait pas totalement levée avec la formulation finalement adoptée puisqu'il est fait néanmoins fait référence à des groupes ! La France a pris la précaution de réserver l'utilisation des données statistiques en faisant adopter au point 15 de l'exposé les motifs de la directive 2000/43 la disposition suivante : « *l'appréciation des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte appartient à l'instance judiciaire nationale... conformément au droit national ou aux pratiques nationales qui peuvent prévoir, en particulier, que la discrimination indirecte peut être établie par tous moyens, y compris sur la base de données statistiques* ». Conformément au droit national !

Des critiques peuvent cependant être apportées à la

position française. Il ne s'agit de pré-constituer des groupes en vue d'actions positives mais de constater a posteriori l'existence de groupes aléatoires en fonction de pratiques d'employeurs dans une entreprise, dans un bassin d'emploi, pratiques justement contraire au droit, au principe républicain et auxquelles il convient de mettre fin. L'identification des groupes de personnes discriminées est à définir de manière *ad hoc* devant le juge, à l'occasion de chaque affaire judiciaire.

Il s'agit donc d'une construction *a posteriori* et non d'une identification *a priori* des personnes. En effet, l'employeur a le privilège du préalable. Dans cette perspective, l'utilisation d'un critère met en lumière les groupes de personnes discriminées (plusieurs critères peuvent être combinés entre eux, par exemple : les personnes systématiquement non embauchées sont de couleur et portent un patronyme « d'origine africaine »).

Le « testing » (test de situation) relève de cette démarche. Il s'agit de la mise en situation d'individus aux critères objectifs identiques (âge, formation, diplôme, niveau de qualification, expérience professionnelle) mais d'origine ethnique différente, ayant donc des caractéristiques différentes (couleur, nom, prénom) pouvant susciter une discrimination. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a admis récemment la preuve par testing, le rejet systématique de la personne étrangère ou supposée l'être caractérisant la discrimination.

III.

LA JUSTIFICATION DES DIFFERENCES DE TRAITEMENT

La discrimination, notion objective, permet d'interroger largement les situations de fait. La méthode est inductive. Mais, des règles, des décisions, des pratiques qui ont un effet apparemment discriminatoire peuvent être justifiées. Or la justification n'est pas seulement un moment du processus probatoire de la discrimination. Elle participe de sa définition, et de la définition du périmètre de la notion, dépend l'effectivité de la notion elle-même.

Ce périmètre dépend, quant à lui, des catégories de justifications qui seront acceptées par le juge, de l'équilibre qui sera trouvé entre principe de non-discrimination et exigences de l'emploi et plus largement du marché.

1. Les différentes justifications

La jurisprudence de la CJCE donne de nombreux exemples des justifications qui ont pu être avancées pour échapper à la qualification de discrimination, essentiellement dans le domaine de l'égalité de traite-

ment entre hommes et femmes. Ainsi dans l'arrêt BILKA la discussion porte-t-elle sur le point de savoir si la pension d'entreprise dont bénéficient les travailleurs à temps plein au détriment des travailleurs à temps partiel qui sont majoritairement des femmes, constitue « *un véritable besoin pour l'entreprise* ». Les arguments donnés par l'employeur doivent être eux aussi objectifs. Pourquoi l'employeur veut-il fidéliser une catégorie de salariés et pas l'autre ? Dans l'arrêt Enderby, la pénurie de candidats aux fonctions de pharmacien impliquait selon le Service national de santé du Royaume-Uni de les attirer par une rémunération plus importante. Les « forces du marché » peuvent-elles justifier une différence de rémunération pour un travail de valeur égale ?

Mais d'autres catégories de justification méritent d'être discutées et évaluées car elles peuvent être chargées de préjugés, celles qui invoquent pour différencier les salariés, l'ancienneté (est-il exact que plus l'on fait, mieux l'on sait faire) (37), la force physique (le fait de

(37) Cass.soc. 29 octobre 1996 Bull.V. n°359 p.255.

se baser sur des valeurs correspondant aux performances moyennes des travailleurs d'un seul sexe, pour déterminer dans quelle mesure un travail exige un effort ou occasionne une fatigue ou est physiquement pénible, constitue une forme de discrimination fondée sur le sexe) (38), la charge de travail, la disponibilité, la mobilité.

Ces justifications qui sont nécessairement appréciées dans un contexte donné impliquent une clarification du processus de décision de l'employeur, la recherche du caractère adapté et proportionné de la différenciation opérée.

La question est encore peu explorée en droit national en raison de la faiblesse du contentieux (39). Mais il est aisé de comprendre que l'efficacité de la lutte contre les discriminations passe aussi par la recherche d'un équilibre entre principe de non-discrimination et différenciations acceptables.

Cette question permet de réintroduire une réflexion sur les principes de justice à un moment où l'on parle beaucoup de " droits fondamentaux ". C'est l'occasion aussi d'une remise en cause de normes qui correspondent à des groupes sociaux dominants au détriment des individus qui n'y appartiennent pas.

2. Motifs de discrimination et catégories de justification

L'unité de la notion de discrimination se traduit par l'existence d'une structure commune quel que soit le motif, par l'existence d'un régime juridique commun et spécialement de règles de preuve communes. Mais s'agissant de la justification, une certaine diversité ne va-t-elle pas nécessairement réapparaître ? Ceci tient au fait que les motifs prohibés ne sont pas de même nature.

Certains motifs prohibés visent l'état des personnes, le sexe, la couleur de la peau, l'orientation sexuelle, l'âge. D'autres visent la prise en compte d'une activité ou une action : activité syndicale, exercice du droit de grève. D'autres encore concernent l'exercice de libertés personnelles comme la liberté d'opinion, d'expression. Enfin, certains de ces motifs ont un caractère public, d'autres relèvent de la vie privée.

L'on comprend que certaines prises en considération sont plus facilement objectivables que d'autres. Ainsi le développement du contentieux relatif à la discrimination syndicale dans la période récente s'explique, en partie, par la connaissance des milieux syndicaux des pratiques de marginalisation des adhérents et des militants. Cette même connaissance des situations de fait ne s'est pas manifestée s'agissant des discriminations rencontrées par les femmes alors que la jurisprudence communautaire donne, surtout depuis 1986, des " outils " pour appréhender de telles situations.

Il est vrai aussi que la question des discriminations reste une question difficile et que pour comprendre les mécanismes d'exclusions à l'œuvre il est nécessaire de disposer de lieux d'échanges, de construction des expériences. Il m'apparaît qu'aujourd'hui la création d'une agence, voire d'une autorité administrative indépendante permettrait une meilleure prise en charge de la lutte contre toutes les formes de discrimination. Une telle création pourrait accompagner et préparer une prise en main par les acteurs de ce type de questions. Il s'agirait de construire un lieu avec les acteurs et non contre eux. C'est sans doute la condition pour une mise en œuvre significative des nouveaux outils juridiques.

Marie-Thérèse Lanquetin

(38) CJCE 1^{er} juillet 1986 Aff.237/85 Gisela Rummler Rec. I. 2110. Cappel Riom 16 janvier 1995 Dr.Soc. 1995 p.441 ; Cass.soc. 12 février 1997 Dr.Soc.1997 p.526

(39) Cass.Soc.8 avril 1992 Boufagher Bull V n°256 . Cet arrêt souligne la rareté de la jurisprudence relative à certaines questions