

**ASSOCIATION DES FEMMES DE L'EUROPE MÉRIDIONALE
(AFEM)**

**PREMIER BILAN DE LA MISE EN ŒUVRE
DE LA
LOI DU 16 NOVEMBRE 2001 RELATIVE
À LA LUTTE
CONTRE LES DISCRIMINATIONS**

**CONVENTION DE RECHERCHE ENTRE LE MINISTÈRE DU TRAVAIL, DE LA COHESION SOCIALE ET DU
LOGEMENT, DIRECTION DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS,
ET L'ASSOCIATION DES FEMMES DE L'EUROPE MÉRIDIIONALE**

Novembre 2004 - Décembre 2005

Note de Synthèse

Décembre 2005

**MARIE-THERÈSE LANQUETIN
CHERCHEUR
UNIVERSITÉ PARIS X NANTERRE**

**MANUELA GREVY
MAÎTRE DE CONFÉRENCES
UNIVERSITÉ PARIS I**

AFEM – 6 rue du Marché Popincourt – 75011 Paris – Tél : 33.1.43.25.54.98 / Fax : 33.1.43.25.93.87
contact@afem-europa.org

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée par l'AFEM avec le soutien du Ministère du Travail, de la Cohésion sociale et du Logement, Direction de la Population et des Migrations.

Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de l'AFEM.

La loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations dans l'emploi transpose plusieurs directives communautaires relatives à " la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe "¹, à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes " sans distinction de race ou d'origine ethnique "² et à la " création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail "³. Cette loi introduit de nouveaux motifs de lutte contre les discriminations, motifs d'origine communautaire comme l'âge⁴ et motifs d'origine nationale tels que l'apparence physique ou le nom patronymique. Elle a été modifiée depuis, pour ajouter parmi les motifs la référence aux " caractéristiques génétiques " ; les dispositions relatives à l'état de santé et au handicap ont fait l'objet d'une nouvelle codification suite à la loi sur le handicap.

Il convient également de citer la loi du 9 mai 2001 qui concerne notamment le harcèlement sexuel et celle du 17 janvier 2002 qui traite également du harcèlement moral. Le harcèlement entretient des rapports complexes avec la discrimination, le harcèlement sexuel pouvant être considéré, dans certains cas, comme discriminatoire⁵ et le harcèlement moral étant souvent mêlé de discrimination notamment syndicale.

La recherche porte sur la mise en œuvre de la loi du 16 novembre 2001 actualisée, dans ses principales dispositions relatives à la notion de discrimination, directe et indirecte, ainsi qu'au régime probatoire impulsé par le droit communautaire. Elle vise à comprendre si le juge national met en œuvre avec pertinence le droit de la discrimination. Pour ce faire, le détour par le droit international des droits de l'Homme est nécessaire afin d'éclairer les concepts que le droit communautaire met en œuvre avec efficacité en raison de son système de contrôle juridictionnel et des acquis conceptuels élaborés par la CJCE. Après ces précisions, et notamment le sens donné à la notion de discrimination, la partie I du rapport présente la méthodologie et la partie II une analyse de l'exploitation qualitative des résultats de la base de données. Elle tente également de dégager quelques enseignements de cette recherche.

CHAPITRE PRELIMINAIRE : LE DROIT DE LA DISCRIMINATION.

Le droit de la discrimination était présent dans l'ordre juridique national avant la loi du 16 novembre 2001. Les textes actuels sont le résultat d'un ensemble de normes d'origine internationale, européenne et nationale. Leur visibilité est désormais plus grande puisqu'elles sont reprises dans le Code du travail et le Code pénal. Cette construction ne signifie pas seulement une inscription dans l'ordre juridique national mais également qu'il existe une interaction entre les différents niveaux de normes que la France s'est engagée à respecter. Cette interaction est dynamique car le sens donné à ces normes, notamment par le droit communautaire, s'impose au droit national.

La recherche de l'efficacité et de l'effectivité de la lutte contre les discriminations est ainsi portée par le droit international et communautaire.

1 - Le droit international et communautaire de la discrimination.

Le droit de toute personne à l'égalité devant la loi et à la protection contre les discriminations est un droit fondamental universel, affirmé par le droit international des droits de l'Homme et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Mais si la lutte contre les discriminations a d'abord eu un sens plus politique que juridique, la " juridicisation " du terme même de discrimination a donné plus d'efficacité et d'effectivité à cette lutte. Cette juridicisation passe tant par la

¹ Directive 97/80 CE du Conseil du 15 décembre 1997 Droit social 1998 p. 693.

² Directive 2000/43 CE du Conseil du 29 juin 2000, JOCE 19.7.2000.

³ Directive 2000/78 CE du Conseil du 27 novembre 2000, JO CE 2.12.2000.

⁴ L'article 13 du traité d'Amsterdam vise " le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ".

⁵ cf. Directive 2002 /73 /CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207 CEE du conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles et les conditions de travail.

définition de la notion de discrimination par le droit international des droits de l'Homme que par la construction de son régime juridique par le droit communautaire et national.

La notion de discrimination

La discrimination est une distinction arbitraire, illégitime, contraire au droit. Elle comporte donc une connotation péjorative ce qui disqualifie la notion de discrimination positive. Comment en effet une discrimination peut-elle devenir positive ?

Pour le droit international des droits de l'Homme, une discrimination est une distinction fondée sur un motif prohibé (sexe, race, opinions politiques...) qui a " pour effet ou pour but " dans les conventions de l'ONU, qui a " pour effet " dans la convention 111 de l'OIT, de porter atteinte à des droits reconnus et protégés. Ces définitions mettent l'accent sur l'effet produit par une mesure. Elles considèrent son résultat objectif, les mobiles ou intentions n'étant pas pris en considération. Ces textes consacrent donc une définition objective de la discrimination même si la preuve de l'intention ou du but peut 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. Elle permet d'écarter en matière de contentieux civil l'argument de défense tiré de l'absence d'intention de discriminer.

Le rapport entre principe de non-discrimination et principe d'égalité

La lutte contre les discriminations permet-elle la réalisation de l'égalité de traitement ? Il existe un espace entre la non-discrimination et l'égalité. Comment en effet " rattraper " des inégalités passées ? Le droit international admet la légitimité des mesures de rattrapage. Ainsi de l'article 4-1 de la convention de l'ONU sur l'élimination de toute discrimination à l'égard des femmes de 1979.

La mise en œuvre de la notion de discrimination par le droit communautaire.

Le droit communautaire a depuis l'origine prohibé les discriminations d'abord à raison de la nationalité (article 7 du traité CEE) puis à raison du sexe (article 119 du traité CEE). Avec le traité d'Amsterdam (art.13), la lutte contre les discriminations porte sur d'autres motifs et notamment la " race et l'origine ethnique " mais aussi l'orientation sexuelle ou l'âge.

Il s'agit d'une construction élaborée à partir des premiers règlements communautaires puis de la directive de 1976, dans laquelle la jurisprudence de la CJCE, déterminante, a été reprise dans les directives pour définir notamment les notions de discrimination directe et de discrimination indirecte et organiser le régime probatoire relatif à la discrimination. La Cour de justice a ainsi construit une conception concrète de l'égalité de traitement et de la non-discrimination.

Cette construction participe de la conception du droit international. Elle s'est manifestée à différents moments par la référence dans les arrêts de la CJCE à telle convention de l'OIT⁶, à la Charte sociale européenne, et de façon plus générale à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, encore récemment dans un arrêt du 22 novembre 2005⁷ relatif à la discrimination à raison de l'âge.

La jurisprudence a défini les notions au cas par cas depuis 1976, définition ainsi synthétisée dans les dernières directives : " 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) et de manière hypothétique (par exemple comment serait rémunéré un homme européen, " blanc ", sur le poste de travail sur lequel est embauchée une femme de telle origine ?).

C'est surtout **la notion de discrimination indirecte** qui permet 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. Il y a discrimination lorsqu'une mesure apparemment neutre aboutit au même résultat que

⁶ Ainsi la convention 111 de l'OIT.

⁷ CJCE 22 novembre 2005, Aff.C-144/04, Werner Mangold/Rüdiger Helm.

s'il y avait discrimination directe. Le droit communautaire considère ainsi 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 en matière de libre circulation des travailleurs communautaires. Elle l'a appliqué dans les années 1980 à la discrimination à raison du sexe mais dans une perspective 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, il y a présomption de discrimination. On retrouve la fonction procédurale du motif.

Le recours au critère statistique a permis de montrer la différence de traitement entre hommes et femmes alors qu'il y avait déni. Mais ce raisonnement a évolué. La Cour a montré qu'il n'est 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. Elles retiennent désormais et en premier lieu le critère du désavantage. La France refuse en effet de dénombrer les personnes en fonction de leur origine pour des raisons constitutionnelles⁸. Ce qui, en l'espèce, est un faux problème au regard de la notion de discrimination indirecte car la constitution de données chiffrées n'est pas réalisée *a priori*, mais *a posteriori*, de manière aléatoire, pour analyser une situation concrète.

Cette construction participe donc d'une conception concrète, objective de la discrimination. Dans cette logique, la CJCE a également admis 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 mais peut être également saisie par le droit⁹.

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 politique salariale...). Le contrôle du juge est nécessaire car il s'agit du respect d'un droit fondamental et pour la CJCE 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.

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 un travail de longue haleine et peut difficilement être porté 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. Cette notion est cependant encore peu familière en droit interne. Elle permettrait pourtant une meilleure visibilité des discriminations. 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.

Ces conceptions de la discrimination ont un impact sur le régime probatoire. Il ressort de la jurisprudence de la CJCE " que la charge de la preuve peut être déplacée lorsque cela s'avère nécessaire pour ne pas priver les travailleurs victimes de discrimination apparente de tout moyen efficace de faire respecter le principe d'égalité "¹⁰. Les directives synthétisent cette jurisprudence.

2 -La transformation du droit interne de la discrimination par la loi du 16 novembre 2001

Le traitement des discriminations s'est accéléré notamment sous l'influence du droit communautaire à partir des années 1980. Les dispositions antérieures étaient limitées et ne participaient pas d'une vision d'ensemble de la discrimination et d'un régime juridique efficace.

⁸ L'Article 1er Constitution 1958 affirme " l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ".

⁹ CJCE 27 octobre 1993, aff- C-127/92, Enderby, Rec. I, 5535.

¹⁰ Enderby préc point 14

- En droit civil du travail

La construction s'est organisée autour d'un article clef, plusieurs fois complété après sa première adoption par la loi du 4 août 1982 : l'article L.122-45 du Code du travail. Il est la synthèse d'un ensemble d'influences. Son efficacité et son effectivité ont progressé grâce au droit communautaire.

Le rapport de L.122-45 avec différents régimes juridiques.

Les motifs de discrimination n'ont pas le même impact suivant qu'ils concernent des domaines faisant l'objet ou non d'un régime juridique prédéterminé. Certains motifs comme les opinions politiques, les convictions religieuses s'analysent en lien avec l'exercice de libertés publiques. Elles ne font, comme l'apparence physique ou le patronyme, l'objet d'aucune autre règle dans le Code du travail. En revanche l'affirmation législative de certains motifs conduit à la réorganisation jurisprudentielle de la matière par référence à la discrimination et au régime de nullité qui en découle. Ainsi en est-il de la discrimination à raison de la santé qui a conduit la Chambre sociale à une nouvelle approche de sa jurisprudence relative à l'incapacité.

L'adoption du régime de preuve issu du droit communautaire

Le débat sur la charge de la preuve en matière de discrimination est ancien. La directive 97/80 a été adoptée après une dizaine d'années de débats tant juridiques que politiques et la prise en compte de ce nouveau régime de preuve par le juge national n'a pas été immédiate. Après un premier arrêt significatif rendu en 1997 en formation restreinte¹¹, c'est par un arrêt du 23 novembre 1999 relatif à la discrimination à raison du sexe¹² et un arrêt du 28 mars 2000 relatif à la discrimination syndicale¹³ que la Cour de cassation a adopté le droit de la preuve élaboré par le droit communautaire. La loi du 16 novembre 2001 a intégré à l'article L.122-45 du Code du travail ce régime probatoire.

La loi semble alléger les obligations pesant sur le salarié par rapport aux exigences communautaires. Mais en réalité le demandeur doit apporter des éléments suffisamment probants pour que le juge déplace la charge de la preuve ou ordonne des mesures d'instruction.

L'intégration de la notion de discrimination indirecte

Désormais le texte de l'article L.122-45 du Code du travail prohibe la discrimination " directe ou indirecte " et le régime de preuve rappelle que les éléments de fait que le demandeur doit présenter au juge peuvent concerner " l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ". La loi ne définit pas ces notions qui sont des notions de droit communautaire.

Le cas particulier de l'égalité de rémunération

Le principe d'égalité de rémunération a été central dans la construction du droit communautaire. La Cour de Cassation a cependant élargi la portée de ce principe en affirmant¹⁴ que " le principe d'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et féminins était l'application du principe général ' à travail égal, salaire égal ' pour autant que les travailleurs se trouvent placés dans la même situation ". Mais s'il s'agit d'égalité de rémunération entre travailleurs de même sexe, peut-on encore parler de discrimination ? Ne s'agit-il pas d'égalité de traitement ?

Les deux jurisprudences coexistent car la discrimination en matière de rémunération est visée à l'article L.122-45 du Code du travail; elle est alors corrélée à l'un des motifs discriminatoires.

- En droit pénal

Les textes

Le nouveau Code pénal consacre aux discriminations les articles 225-1 à 225-4. Le délit prévu par ces articles s'applique tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales

¹¹ Cass soc 12 février 1997 Usai-Chamignons/Douarre, Droit social 1997, p. 526, commentaire MT Lanquetin

¹² Cass Soc 23 novembre 1999 Seillier / CEA, Bull. V, n°447, p.329 ;

¹³ Cass Soc 28 mars 2000, Fluchère, Dick et CFDT c/SNCF, Droit soc. 2000, p.593

¹⁴ Cass soc 29 octobre 1996, Bull V n°359, p.255, Ponsolle ; Dr.Soc. 1996, De l'égalité de traitement en matière salariale par Antoine Lyon-Caen ; Dalloz 1998, Sommaire commenté p.259 par M.T. Lanquetin

Les motifs de discrimination ont suivi une évolution parallèle à ceux visés par l'article L.122-45 du Code du travail. Mais, la sanction pénale ne concerne pas tous les actes de la vie de travail. L'article 225-2 du Code pénal incrimine seulement le refus d'embauche, la sanction ou le licenciement d'une personne. Il incrimine également l'offre d'emploi, la demande de stage ou une période de formation en entreprise.

De plus, des sanctions pénales spécifiques sont prévues par le Code du travail. Parmi l'ensemble des discriminations, le Code du travail sanctionne pénalement la discrimination syndicale. Ce n'est d'ailleurs pas l'article L.122-45 du Code du travail qui est visé par la sanction pénale de l'article L.481-3 du Code du travail mais l'article L.412-2 du Code qui résulte d'une loi de 1956. La discrimination à raison du sexe est également sanctionnée aux articles L.152-1-1 du Code du travail ainsi que le harcèlement sexuel. Les dispositions relatives au principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes (article L.140-2 à L.140-4 CT) sont également sanctionnées par les articles L.152-1-1 et L.152-1-2 du Code du travail.

Le droit communautaire n'oblige pas le droit pénal national à adopter le nouveau régime juridique de la preuve de la discrimination. Le droit communautaire a néanmoins eu une influence en la matière (cf. infra).

Pour mesurer l'impact de la loi du 16 novembre 2001, nous avons constitué une base de données contentieuses laquelle nous permet une analyse tant quantitative que qualitative.

PARTIE I – METHODOLOGIE

La recherche se base sur l'étude de décisions de justice collectées de deux façons : une collecte par sondage au 1/12^{ème} auprès de deux Conseils de Prud'hommes, sur 5 ans ; une collecte empirique qui rassemble des décisions provenant de différentes sources¹⁵.

Au total, ont été collectées

110 décisions par sondage au 1/12^{ème} (93 affaires)

478 décisions sur la base empirique (386 affaires)

dont 432 décisions rendues par les juridictions civiles (351 affaires)

46 décisions rendues par les juridictions pénales (35 affaires)

Une base de données a ainsi été constituée qui a permis une exploitation systématique à partir d'un ensemble de rubriques. L'objectif a été de renseigner des rubriques significatives afin de pouvoir ensuite interroger la base de données selon des questions qui nous semblaient pertinentes. Ainsi il nous apparaissait qu'au-delà du motif discriminatoire visé dans la décision, les manifestations du pouvoir de l'employeur mais aussi le type d'entreprise, pouvaient constituer des indicateurs utiles. Enfin la question des sanctions et celle de la remise en l'état est essentielle puisqu'il s'agit de droits fondamentaux.

Objet et limites de l'étude

L'analyse porte uniquement sur les énoncés de décisions judiciaires : sur la manière dont les parties –salariés, syndicats et /ou associations, employeurs- posent la question de la discrimination et sur le raisonnement des juges pour retenir ou écarter l'allégation de discrimination. Il s'agit donc d'un premier bilan de la loi du 16 novembre 2001 exclusivement à travers le prisme des décisions de justice.

Le rapport ne rend pas compte des situations discriminatoires dans les entreprises, ni même de l'amont et de l'aval de la décision judiciaire (conclusions, négociation/transaction, exécution, voies de recours...).

PARTIE II – ANALYSE

¹⁵ réseau d'avocats spécialisés, banque de données du Cerit (Université Nancy II), dépouillement systématique de revues juridiques, archives du service juridique d'organisation syndicales confédérales, banque de données des arrêts de la Cour de cassation.

§1 Analyse quantitative

Une analyse *quantitative* livre une première série d'enseignements sur les procédures, les acteurs¹⁶ ainsi que les motifs discriminatoires et les mesures patronales en cause.

1. Les motifs

Contentieux pénal

Nombre de fois où est en cause l'un des motifs dans une décision pénale¹⁷.

MOTIFS	TGI	CA	CASS.CRIM.
nationalité	3	-	-
origine	1	1	1
race	4	3	-
sexe	-	-	1
syndicale	6	6	21

Contentieux civil

Répartition des différents motifs dans l'ensemble des décisions civiles¹⁸ (base empirique)

MOTIFS	CPH	TGI	CA	TOTAL Juges DU FOND	COUR DE CASSATION	TOTAL DECISIONS
âge	2	-	3	5	2	7
appartenance/activité syndicale	96	1	108	204	97	301
grève	-	-	3	3	13	16
handicap	-	-	1	1	-	1
nationalité	-	-	3	3	2	5
opinion politique	-	-	1	1	-	1
origine	1	-	-	1	-	1
race	6	-	5	11	4	15
religion	-	-	2	2	1	3
santé	4	-	18	22	24	46
sexe	9	1	18	28	21	49
	dont état de grossesse				2	2
situation de famille	2	-	3	5	5	10
autre	-	-	1	1	-	1
indéterminé	1	-	4	5	1	6

¹⁶ Cf rapport.

¹⁷ Certaines discriminations étant multiples, le nombre total de motifs ne correspond pas à celui des décisions collectées.

¹⁸ Certaines discriminations étant multiples, le nombre total des motifs ne correspond pas à celui des décisions collectées.

Le contentieux relatif à la discrimination syndicale est surreprésenté, et ce devant toutes les juridictions. Sont ensuite assez présents, dans la même proportion, les motifs -état de santé et sexe-, mais de manière inégale selon les juridictions.

Les motifs qui dominent le contentieux pénal (race, origine et nationalité) sont au contraire peu présents dans le contentieux civil.

Répartition des différents motifs dans l'ensemble des décisions civiles (base prud'homale au 1/12^{ème})

MOTIFS		
âge		1
appartenance/activité syndicale		56
grève		2
handicap		2
moeurs		1
origine		1
race		2
santé		24
sexe		19
	dont état de grossesse	12
situation de famille		2
indéterminé		3

Si le contentieux de la discrimination syndicale domine nettement, l'état de santé et le sexe sont deux autres motifs très présents également. Les motifs qui dominent le contentieux pénal (race, origine) sont quasi-inexistants ici.

2. Les mesures patronales

Contentieux pénal

Nombre de fois où est en cause l'une des mesures patronales dans une décision pénale (par degré de juridiction) et dans une affaire¹⁹.

MESURES		DECISIONS			AFFAIRES
		TGI	CA	CASS.CRIM	
embauche		10	7	1	12
carrière	déroulement de carrière	1	3	9	
	affectation/mutation	2	2	4	
	déclassement, rétrogradation	-	1	5	
	promotion (refus de)	-	-	1	
	notation/évaluation	-	-	1	
	formation (refus de)	-	1	-	
	total carrière		3	7	20
sanction disciplinaire		1	-	1	2
rémunération	salaire	-	1	1	2
	accessoires (prime...)	-	-	1	
modification contrat		-	-	-	

¹⁹ Certains contentieux portant sur plusieurs mesures discriminatoires, le nombre total de mesures ne correspond pas à celui des décisions collectées.

travail					
organisation/conditions de travail		1	-	-	
brimades, pressions, injures, violences...		1	1	2	
harcèlement moral		-	-	-	
rupture	période d'essai	-	-	-	
	licenciement	1	1	2	
	autres ruptures	-	-	3	
	total rupture	1	1	5	4

Le contentieux n'a pas un caractère uniforme aux différents degrés de juridiction. Les discriminations à l'embauche dominent le contentieux de première instance et, dans une moindre mesure devant les cours d'appel alors qu'elles sont quasiment absentes à la Cour de cassation. Le contentieux des discriminations dans la carrière émerge nettement en appel (où il fait jeu égal avec celui de l'embauche), et domine devant la Cour de cassation où il représente 2/3 des affaires. La Cour de cassation connaît également de litiges portant sur une rupture du contrat de travail alors que cette question était quasiment absente devant les juges du fond.

La répartition des motifs par affaire montre que deux grandes catégories de mesures dominent le contentieux : l'embauche et la carrière.

Contentieux civil

Nombre de fois où est en cause l'une des mesures patronales dans une décision civile (base empirique)²⁰.

		CPH	TGI	CA	total juges du fond	Cass	Total décisions
embauche		-	-	-	-	-	-
carrière	déroulement de carrière	61	-	62	123	47	170
	affectation/mutation	11	-	17	28	13	41
	déclassement/rétrogradation	7	-	6	13	3	16
	classification	2	-	7	9	2	11
	promotion (refus de)	1	-	4	5	6	11
	notation/évaluation	-	-	1	1	-	1
	formation (refus de)	1	-	1	2	2	4
	total carrière	83	-	97	180	73	253
sanction disciplinaire		9	-	12	21	6	27
rémunération	salaire	16	-	21	37	32	69
	accessoires (prime...)	4	-	2	6	19	25
modification contrat travail		2	-	3	5	-	5
organisation/conditions de travail		7	-	7	14	2	16
brimades, pressions, injures, violences...		6	-	4	10	2	12
harcèlement moral		18	1	14	33	3	36
droit syndical ²¹		-		1	-	1	2

²⁰ Certaines mesures étant multiples, le nombre total de mesures ne correspond pas à celui des jugements collectés.

²¹ Certains acte ou mesure invoqués par le salarié sont à la limite d'une qualification d'entrave et non de discrimination.

rupture	période d'essai	-	-	1	1	1	2
	licenciement	8	-	23	31	31	62
	autres ruptures	4	1	7	12	4	16
	total rupture	12	1	31	44	36	80
divers		3	-	6	9	5	14

Le contentieux est dominé par 2 types de mesures discriminatoires : la carrière, en particulier le déroulement de carrière, et la rupture du contrat de travail, spécifiquement le licenciement. Les contentieux salariaux sont relativement importants si l'on prend en compte le fait qu'une partie est absorbé dans les litiges " déroulement de carrière ". Le contentieux sur des agissements de harcèlement est également non négligeable et se concentre pour l'essentiel sur les juges du fond. Une des mesures qui domine le contentieux pénal –l'embauche- est ici totalement absente.

Nombre de fois où est en cause l'une des mesures patronales dans une décision civile (base prud'homale au 1/12è)²².

embauche		-
carrière	déroulement de carrière	31
	affectation/mutation	6
	déclassement/rétrogradation	4
	promotion (refus de)	1
	notation/évaluation	2
	formation (refus de)	2
	total carrière	46
sanction disciplinaire		8
rémunération	salaire	7
	accessoires (prime...)	2
modification contrat travail		1
organisation/conditions de travail		10
brimades, pressions, injures, violences...		4
harcèlement moral		19
droit syndical ²³		2
rupture	période d'essai	4
	licenciement	37
	autres ruptures	9
	total rupture	50
divers		2

Le contentieux est dominé par 2 types de mesures discriminatoires: la carrière, en particulier le déroulement de carrière, et la rupture du contrat de travail, spécifiquement le licenciement. Le faible pourcentage de litiges salariaux peut s'expliquer par le fait qu'il soit en partie absorbé dans les litiges " déroulement de carrière ".

§2 Analyse qualitative

L'analyse qualitative des décisions collectées montre le rôle moteur de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation. Les décisions du 23 novembre 1999 et du 21 mars 2000 ont été décisives ;

²² Certaines mesures étant multiples, le nombre total de mesures ne correspond pas à celui des jugements collectés.

²³ Certains actes ou mesures invoqués par le salarié sont à la limite d'une qualification d'entrave et non de discrimination.

le déplacement de la charge de la preuve a été très vite mis en œuvre par les juges du fond à de rares exceptions près.

L'analyse de la base de données apporte un éclairage sur plusieurs questions concernant les motifs de discrimination, le nouvel équilibre entre la voie civile et la voie pénale dans la lutte contre les discriminations, le régime des sanctions, le rôle du juge des référés, et la question des acteurs. Elle montre également les incertitudes théoriques et notamment l'absence de maîtrise de la notion de discrimination indirecte, la difficulté de nommer ou de reconnaître certaines discriminations.

1 - Les motifs de discrimination

Les motifs de discriminations sont nombreux, divers et d'acuité différente. Certains motifs sont plus difficiles à caractériser que d'autres car plus abstraits et en lien avec l'état des personnes. Des motifs sont anciens (race, sexe) et d'autres révèlent des exclusions qui ne sont plus supportées (orientation sexuelle). La construction par la jurisprudence a été progressive et dépend, on le sait, de divers paramètres et notamment de l'accès au droit et des acteurs qui peuvent porter les différentes discriminations avec leur spécificité.

Parmi les motifs de discrimination, il y a sur représentation de la *discrimination syndicale*.

Celle-ci a joué un rôle dans l'appropriation des modes de raisonnement sur la preuve de la discrimination. Elle a de plus permis de construire la méthode comparative, notamment de caractériser le cadre de la comparaison dans l'espace et dans le temps, et a fait ressortir l'importance d'un certain nombre de critères. Cette construction est utile pour le régime juridique d'autres discriminations. Il y a en effet un tronc commun aux différentes discriminations, de caractère universel en quelque sorte, même si chaque discrimination a sa spécificité.

Ainsi de la *discrimination à raison du sexe*. Si quelques décisions significatives ont été rendues, les effets de structure de l'emploi et de secteurs révélant la division du marché du travail n'ont pas fait l'objet d'une construction théorique des discriminations subies par les femmes. Toutes les inégalités ne relèvent pas d'effets de système. Le droit de la discrimination doit permettre d'en saisir certains aspects à l'aide par exemple de la comparaison hypothétique ou de la notion de discrimination indirecte. Par ailleurs la grossesse n'est pas encore perçue comme un motif discriminatoire malgré une jurisprudence ancienne de la CJCE, question qui a pourtant fait l'objet de la première question préjudicielle posée par la Chambre sociale de la Cour de cassation en 1995²⁴.

La discrimination à raison de la santé est quantitativement significative dans le contentieux analysé. Il y a dans ce domaine un régime juridique très élaboré et la discrimination est devenue un des piliers de cette construction.

Le contentieux à raison de la "race ou de l'origine ethnique" est faible. Cette discrimination est d'abord à l'embauche et se développe essentiellement devant les juridictions pénales. Un contentieux devant les juridictions civiles de droit commun est possible, mais n'a pas été jusqu'ici sérieusement exploré. A la lumière des quelques décisions recueillies, on peut se demander si devant les juridictions civiles, il n'y a pas une réticence à nommer ce type de discrimination contrairement aux juridictions pénales. Ces pratiques sont sanctionnées mais sur un terrain autre, par exemple la bonne foi.

2 - La notion de discrimination

La discrimination est affaire de motif. Elle peut être directe ou indirecte. Toute discrimination n'implique pas comparaison car il existe des discriminations en soi.

La discrimination peut également être cumulative et les femmes font souvent l'objet de discriminations multiples. Quelques cas de discrimination cumulatives font partie du panel : discrimination syndicale et

²⁴ Cass.soc 28 mars 1995, Bull. V, n°110, p.78, Thibault ; CJCE 30 avril 1998 aff.C-136/95, Thibault, Rec. I, 2011 ; loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, art.2, adoptée le 23 février 2006, actuellement soumise au Conseil constitutionnel.

à raison du sexe (appliquée à des femmes), discrimination à raison de l'origine et du sexe, voire à raison de l'état de santé.

L'analyse des décisions ne rend pas compte de la diversité d'approche du droit communautaire pour appréhender les phénomènes discriminatoires.

L'essentiel des décisions étudiées porte sur des discriminations directes et même s'agissant de ce type de discrimination, les exemples fournis portent sur des comparaisons actuelles et non sur des comparaisons se succédant dans le temps ou hypothétiques. La méthode statistique n'est pas utilisée dans les contentieux pour l'instant (des contentieux futurs ne sont pas à exclure). Mais tous les motifs ne se prêtent pas à une analyse statistique. La notion de " désavantage " au sens des directives 2000 et 2002 n'est pas encore utilisée dans cette perspective alors qu'elle aurait pu l'être dans certaines décisions.

3 - La preuve de la discrimination et la méthode comparative

Passée la première étape de mise en évidence des différences constatées, l'exigence de justification pesant sur l'employeur ouvre la voie à un contrôle judiciaire objectif des raisons. L'efficacité d'un tel transfert dans le débat judiciaire portant sur la comparaison des situations est remarquable et permet de donner une certaine effectivité au traitement des discriminations.

Sous l'influence de ce nouveau régime de preuve qui tend à rendre effectifs les principes affirmés, la méthode comparative elle-même progresse et s'enrichit. Elle est appliquée d'abord en matière de rémunération et les dispositions du Code du travail relatives à l'égalité de rémunération entre hommes et femmes fournissent un cadre de référence spécialement sur la notion de rémunération et la notion de valeur égale.

Cette méthode comparative est également nécessaire au-delà des seules questions de rémunération pour traiter des discriminations dans la carrière des salariés. Le contentieux national sur la discrimination syndicale fournit un grand nombre d'exemples.

Si le droit communautaire a joué un rôle essentiel dans la promotion de l'égalité de rémunération entre hommes et femmes, la jurisprudence de la Cour de cassation comporte des spécificités.

L'affirmation du principe " à travail égal, salaire égal ".

C'est en 1996 que la Chambre sociale²⁵ a affirmé que " le principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes est l'application du principe général " à travail égal, salaire égal " lequel doit s'appliquer entre tous les salariés quelque soit leur sexe " pour autant qu'ils se trouvent dans une situation identique ".

Il existe donc en droit français un principe général d'égalité en matière de rémunération, qui doit être distingué du principe de non-discrimination lequel est corrélé à un motif discriminatoire. Principe d'égalité de traitement et principe de non-discrimination présentent pourtant des points de convergences. Ainsi la notion de " situation identique " pourra être précisée tant dans la jurisprudence sur l'égalité de rémunération que dans celle relative à la discrimination salariale.

La jurisprudence a clarifié la notion de " situation identique " et précisé dans quel cadre doit se faire l'appréciation. Ce n'est pas le choix de l'employeur qui est déterminant ; il peut en effet constituer des ateliers *ad hoc* empêchant une véritable comparaison. La Cour de cassation retient que " l'identité des tâches n'est pas nécessaire pour caractériser l'identité de situation ". L'entreprise est alors le cadre permettant de suivre la situation de salariés de même qualification conventionnelle occupant un poste de même niveau et de même coefficient.

Egalité de rémunération entre hommes et femmes

L'écart de rémunération entre hommes et femmes est de l'ordre de 25 %. Cet écart recouvre notamment des disparités sectorielles et structurelles entre les hommes et les femmes. L'écart dû à la discrimination " pure " serait selon l'INSEE de 5%. Les travaux des économistes montrent que les inégalités sont le reflet des inégalités au travail (accès à l'emploi, ségrégation professionnelle, temps partiel) qui comportent une dimension discriminatoire. Le droit peut-il saisir la totalité de l'écart ? Les arrêts de la

²⁵ Préc.

CJCE donnent certains exemples dans lesquels la notion discrimination indirecte a été utilisée. Si le contentieux national n'est pas quantitativement important, quelques décisions montrent des évolutions et quelques beaux succès dans des situations cependant où la comparaison entre hommes et femmes était possible. L'élaboration du champ théorique de cette discrimination reste cependant à construire.

Discrimination dans la carrière

Le contentieux relatif aux reconstitutions de carrière est très important et concerne majoritairement la discrimination syndicale. La comparaison porte ici sur des périodes longues et soulève différents problèmes. Comment construire un ou des panels de comparaison ? Comment analyser la situation dans un contexte d'individualisation des rémunérations et des carrières ? Le déplacement de la charge de la preuve permet d'exiger de l'employeur une justification objective c'est-à-dire le recours à des critères objectifs et vérifiables, étrangers à toute prise en compte de l'activité syndicale.

4 - La preuve de la discrimination en matière pénale

L'évolution de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation a-t-elle une incidence sur la jurisprudence pénale en matière de preuve notamment, en lien avec la méthode comparative ?

Le droit communautaire n'impose pas le déplacement de la preuve à la matière pénale. Ce déplacement se heurte à la présomption d'innocence. La cause paraît entendue d'autant que le Conseil constitutionnel, dans une décision du 12 janvier 2002, a affirmé que la règle de preuve civile ne s'applique pas à la matière pénale.

Quelques arrêts cependant permettent de nuancer le propos. La détermination de l'élément matériel de l'infraction n'échappe pas totalement à l'évolution de la conception civile de la discrimination. La méthode comparative pour rechercher l'existence ou non de la discrimination suppose nécessairement une double contribution à la preuve, l'employeur détenant les éléments essentiels sur la carrière des salariés. Dès lors, le débat sur l'élément matériel de l'infraction peut s'inspirer du régime probatoire appliqué en matière civile, ce que font déjà certaines Cours d'appel. La procédure pénale est en effet une procédure inquisitoire comme la procédure prud'homale

5- Protection judiciaire et sanction

Les Etats membres ont l'obligation de prendre les mesures permettant à toute personne victime d'une illécéité de " faire valoir ses droits par voie juridictionnelle ", obligation dont il découle notamment l'impératif d'instituer et de garantir le " droit à une sanction effective et efficace ".

- L'action en justice

Exercice d'une liberté publique, l'action en justice est protégée contre une mesure patronale de rétorsion. Cette protection est toutefois imparfaite car elle n'est explicitement prévue que dans l'hypothèse d'un licenciement. Ce licenciement est nul et de nul effet. Mais en prenant appui sur le caractère fondamental de ce droit, on peut soutenir la nullité de toute mesure de rétorsion.

En revanche, le législateur a facilité l'exercice de l'action en justice en favorisant l'intervention d'acteurs collectifs. Les organisations syndicales et, plus récemment, certaines associations peuvent agir en substitution du salarié. Cette action ne semble pas cependant mobilisée. En revanche l'intervention de ces acteurs en qualité de partie civile ou de partie jointe apparaît plus nettement dans les contentieux de la discrimination, et tout particulièrement de la discrimination syndicale s'agissant des premières et de la discrimination à raison de la race, de l'origine ou de la nationalité s'agissant des secondes.

L'intervention d'une organisation syndicale apparaît assez naturelle dès lors qu'une discrimination syndicale porte nécessairement atteinte à l'organisation elle-même, au-delà de ses représentants ou militants. On peut donc s'étonner du faible pourcentage d'affaires dans lesquelles le syndicat intervient effectivement. En revanche, l'intervention des associations revêt une fonction tribunicienne : dénoncer

les discriminations en prenant appui sur la fonction symbolique de la condamnation pénale. Intervenant quasi-exclusivement devant les juridictions pénales, elles sont présentes dans presque tous les contentieux sur la discrimination raciale/origine/nationalité.

- Les sanctions judiciaires

La sanction civile

La sanction civile a été longtemps cantonnée en droit du travail à une simple technique de réparation indemnitaire du préjudice. On observe cependant ces dernières années que les juges hésitent moins à prononcer des mesures qui rétablissent la légalité par l'annulation de l'acte illicite, la suppression de la situation illicite ou encore l'exécution forcée des obligations de faire.

Le rétablissement de la légalité

Le principe de la nullité de l'acte ou de la clause attentatoire à un droit fondamental n'est plus guère aujourd'hui discuté. Mais on perçoit quelques glissements dans la qualification des actes par les juges du fond, révélant que certaines situations ne sont toujours pas analysées comme une discrimination. C'est le cas s'agissant du licenciement prononcé à raison de l'état de grossesse et à raison de l'état de santé. Ce glissement permet également d'écarter la question de la réintégration attachée à la nullité au profit d'une simple réparation indemnitaire.

Face à une situation illicite, l'évolution touche en premier lieu les discriminations dans le déroulement de carrière d'un salarié. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'ordonner le repositionnement du salarié, seule mesure qui met un terme à la situation discriminatoire en rétablissant le salarié dans ses droits. Ce droit est cependant contesté et/ou méconnu par de nombreuses juridictions. Ainsi les demandes de mesures de remise en état sont écartées dans un cas sur deux au profit d'une réparation indemnitaire du préjudice (base 1/12è). Il n'est pas rare que le juge justifie cette solution en invoquant son absence de pouvoir en la matière. Cette situation s'explique sans doute par deux facteurs : d'une part une méconnaissance réelle de leurs pouvoirs par certains magistrats ; d'autre part la volonté de ne pas heurter trop directement le pouvoir de direction en imposant à l'employeur par exemple de repositionner le salarié dans la grille hiérarchique ou de réévaluer son salaire. Cette jurisprudence soulève aussi des interrogations sur l'appréciation de la remise en état : comment reconstituer une évolution salariale, une évolution de carrière ? Les solutions sont ici diverses.

L'enracinement du rétablissement de la légalité se manifeste également à l'occasion de la discrimination dans les conditions de travail. Le principe est acquis depuis un arrêt du 23 juin 2004. Et les juges du fond retiennent dans certains cas cette solution en ordonnant à l'employeur de rétablir les conditions de travail initiales du salarié.

Cette construction est essentielle. Lorsqu'un acte est prononcé au mépris d'un droit fondamental, lorsqu'une situation est la négation d'un tel droit, la mesure ordonnée par le juge doit être apte non seulement à réparer l'atteinte portée aux droits patrimoniaux mais également aux droits de la personne. Effacer une telle atteinte implique de rétablir le salarié dans sa dignité, ce que seul le rétablissement de la légalité permet. Une indemnisation pécuniaire, aussi élevée soit son montant ne le permet pas.

La réparation indemnitaire

La réparation indemnitaire reste importante dans le contentieux. Mais elle joue deux rôles différents. Dans certains cas, elle se substitue totalement à toute mesure de remise en état, et ce parfois même contre les demandes du salarié. Dans d'autres, ce type de réparation est approprié lorsque le salarié a été victime d'une discrimination par exemple dans son salaire ou son déroulement de carrière et a quitté l'entreprise. Cependant, un repositionnement et un rappel de salaire sur les 5 dernières années pourrait être intéressant notamment au regard des droits sociaux, tels la pension de retraite.

Les organisations syndicales et leurs avocats ont élaboré une méthode (dite de la triangulation) qui permet d'objectiver le calcul du préjudice, notamment matériel. Les décisions de justice sont cependant relativement opaques sur cette question.

La seule observation tangible est que, face à des discriminations longues (carrière), certains magistrats n'hésitent pas à octroyer des sommes conséquentes, dans l'absolu et par rapport aux pratiques prud'homales d'indemnisation.

La question des droits sociaux, notamment de la perte des droits en matière de retraite, est encore peu posée. Lorsqu'elle l'est, les magistrats ont des positions diverses. Dans de rares jugements, il est ordonné à l'employeur de rectifier la situation auprès des organismes collecteurs des cotisations sociales. On ne sait pas cependant comment sont exécutées ces décisions. La majorité des magistrats intègrent dans le calcul du préjudice un montant forfaitaire compensant la perte des droits.

La sanction pénale

La sanction pénale s'efface de la scène judiciaire de la protection des droits fondamentaux. Plusieurs facteurs y contribuent.

Les relations de travail ne font pas partie des priorités assignées à la politique pénale. On sait ainsi que le taux de poursuite engagées sur PV de l'inspection du travail est particulièrement faible. Evelyne Serverin observait en 1994²⁶ qu'à côté du contentieux relatif à l'hygiène et la sécurité et au travail clandestin, le contentieux pénal de la discrimination était marginal : moins de 10 affaires par an relatives à la discrimination syndicale par rapport à l'embauche et au licenciement. Les statistiques fournies par la Chancellerie, établies à partir de la nature de l'infraction (NATINF), montrent l'évolution depuis 1997 tant des infractions au titre du Code du travail que du Code pénal.

Plusieurs interlocuteurs -avocats, représentants d'associations ou de syndicats- ont corroboré cette observation en dénonçant l'inertie des acteurs de la chaîne pénale, de certains inspecteurs du travail jusqu'aux magistrats du parquet comme du siège.

Outre la question de la preuve (cf. cependant supra), la sanction pénale est également fragilisée par la construction même des textes ; le périmètre civil et le périmètre pénal des actes ou des comportements traqués par le droit ne sont pas identiques et il n'y a pas de concordance entre les incriminations générales et spéciales.

Cette sanction est plus encore discréditée par l'insignifiance des peines prononcées²⁷.

Au-delà, est en cause aujourd'hui l'absence de réflexion sur la place et la fonction de la sanction pénale dans les relations de travail. Sans doute renforcerait-elle son attraction si l'injonction de faire était davantage mise en valeur. Cette mesure ne peut en effet être prononcée par le juge que lorsqu'un texte le prévoit (art 132-66 CP). Or ce n'est qu'en matière " d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes " que le Code du travail prévoit la possibilité de prononcer l'ajournement de peine avec injonction faite à l'employeur de prendre " les mesures propres à assurer (...) le rétablissement " de cette égalité.

6 - Le référé

Le juge des référés occupe une place particulière en droit du travail. Il est juge de la protection des libertés et droits fondamentaux. Il est également juge de la remise en état. Celle-ci en effet est d'autant plus pertinente que le temps écoulé entre l'illicéité et l'intervention judiciaire n'a pas rendu la situation de fait irréversible. On pourrait donc penser qu'il soit sollicité en matière de discrimination. Or ce n'est pas le cas.

Le principal obstacle est la question de sa compétence. Certains magistrats analysent la situation pour le cas échéant caractériser une discrimination constitutive d'un trouble manifestement illicite ou au

²⁶ L'application des sanctions pénales en droit du travail : un traitement juridictionnel marginal, Droit social 1994, n°7/8 p. 654 et s. spéc. p.659.

²⁷ cf Rapport.

contraire l'absence d'un tel trouble faute par exemple d'éléments significatifs établissant une différence de traitement. Mais d'autres ont tendance à se retrancher a priori derrière l'existence d'une contestation sérieuse, voir l'absence d'urgence pour écarter leur compétence. Or, le juge des référés peut toujours " même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ".

Si l'intervention du juge des référés apparaît particulièrement pertinente dans certaines situations, lorsqu'un salarié est victime d'un acte ou d'une situation discriminatoire alors qu'il est encore dans l'entreprise et souhaite obtenir une mesure qui le rétablisse dans ses droits, elle perd son intérêt dans d'autres situations, notamment lorsqu'il s'agit de caractériser et de réparer sous forme indemnitaire une situation discriminatoire, ce qui peut expliquer également pour partie sa place résiduelle dans le contentieux.

L'intervention du juge des référés se concentre sur certains motifs de discrimination et certaines mesures patronales. Les principaux motifs de discrimination sont l'appartenance syndicale et le sexe. Assez logiquement, une des principales mesures contestée devant le juge des référés est le licenciement. Cette proportion est d'autant plus significative que les licenciements représentent une faible part de l'ensemble du contentieux. Plus remarquable est le recours au juge des référés dans le cas de situations discriminatoires : déroulement de carrière et dégradation des conditions de travail. Ce qui montre que le juge des référés n'a pas vocation à n'intervenir que face à un acte illicite, tel un licenciement ou une sanction disciplinaire mais peut également intervenir face à une situation illicite, même si celle-ci par nature est plus délicate à repérer et caractériser.

CONCLUSION

Ce premier bilan de la mise en œuvre de la loi du 16 novembre 2001 en matière de lutte contre les discriminations ne peut être que nuancé. Le contentieux de la discrimination était jusqu'à une date récente très faible quantitativement et essentiellement un contentieux pénal. Une évolution se dessine puisque le contentieux civil connaît un développement significatif. Le contentieux pénal devrait cependant se maintenir en raison de sa fonction symbolique d'une part et de l'importance de la discrimination liée à l'embauche qui n'est pas du ressort des conseils de prud'hommes d'autre part.

Le développement du contentieux civil tient au rôle joué par le déplacement de la charge de la preuve dans l'ensemble du contentieux. Le lien entre le déplacement de la charge de la preuve et la méthode comparative construite par la Chambre sociale de la Cour de cassation montre bien le rapport étroit entre la règle de fond et la règle de procédure. C'est ce que nous avons appelé la fonction procédurale du motif.

La construction du droit de la discrimination repose sur trois piliers sur lesquels il faut encore s'interroger : la notion de discrimination et le régime probatoire, la mobilisation des acteurs et des sanctions effectives et efficaces.

Or la notion même de discrimination n'est pas pleinement appréhendée. À cela plusieurs raisons :

De grandes différences existent selon les motifs. Certains dominent telle la discrimination syndicale. Certains motifs sont encore peu mis en évidence. C'est le cas en particulier de la discrimination à raison de l'état de santé ; c'est également le cas de la grossesse²⁸. L'explication majeure pourrait être dans la difficulté de passer d'un régime juridique national préexistant, de droit commun, au droit de la discrimination. D'autres motifs enfin sont quasiment absents. Ceci s'explique par le fait que certains " outils " ne sont pas mobilisés, telle la méthode de comparaison hypothétique ou la notion de discrimination indirecte. Une pleine utilisation de ces " outils " devrait permettre de traiter certaines situations discriminatoires comme les discriminations structurelles ou sectorielles qui concernent les femmes, les discriminations tenant à l'origine ethnique des personnes ou le handicap. Mais encore

²⁸ Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, art.2, adoptée le 23 février 2006, soumise actuellement au Conseil constitutionnel.

faudrait-il que ces situations soient perçues et analysées comme discriminatoires et que les acteurs s'en saisissent.

D'une manière générale, il existe une confusion entre la notion de discrimination indirecte et la notion de discrimination systémique. La première est une mesure apparemment neutre qui aboutit au même résultat qu'une discrimination directe. Elle relève de l'égalité de traitement. La discrimination systémique vise davantage un effet cumulatif et interactif, de diverses pratiques ou idéologies à l'œuvre notamment au niveau du marché du travail lesquelles font systèmes. On ne peut imputer à un auteur unique la responsabilité de cette discrimination, les politiques publiques pouvant elles-mêmes en participer.

La connaissance des phénomènes discriminatoires doit inciter les acteurs collectifs à mobiliser les "outils" juridiques. Certes il n'existe pas de "class action", mais l'action en justice du syndicat, dans l'intérêt de la profession a permis de conduire quelques procès de principe sauf en matière de discrimination indirecte. La mobilisation demeure toutefois faible. Associations ou syndicats portent certaines discriminations mais pas toutes. Dans d'autres pays, les agences ont joué un rôle important à cet égard. La Haute Autorité pourra-t-elle jouer également ce rôle ?

Sur le volet des sanctions enfin, des approfondissements sont encore souhaitables, en particulier quant à la place du juge des référés et à celles des mesures de rétablissement de la légalité.

En effet ce qui est en cause derrière la lutte contre les discriminations, au-delà d'une volonté politique affichée, c'est une nouvelle conception de la citoyenneté. Des groupes de personnes situées ont été longtemps exclus d'une véritable citoyenneté. Les droits fondamentaux sont en effet indivisibles. Il ne suffit pas en effet d'être titulaires de droits civils et politiques pour être citoyen. La citoyenneté implique aussi d'être titulaires de droits économiques et sociaux à l'instar de ce qui est affirmé pour les travailleurs handicapés²⁹.

²⁹ Loi du 11 février 2005 pour l'égalité des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.