



# Reflexion sur la discrimination indirecte

publié le 17/06/2010, vu 7504 fois, Auteur : [Cabinet SAYAGH](#)

**La volonté du législateur communautaire, puis français a été de substituer à notre bon vieux principe d'égalité des individus, un principe d'égalité réelle, ainsi, une discrimination involontaire résultant d'une pratique peut valoir à une entreprise d'être condamnée pour cette infraction. La généralisation de la discrimination indirecte est la prise en compte par le droit Français de l'égalité de fait, a été un bouleversement conceptuel. L'autre révolution concerne l'analyse des raisons objectivement justifiées que devra fournir la personne mise en cause pour une discrimination, le juge en analysant ces justifications se livrera à un vrai contrôle d'opportunité.**

## **LE CONSTAT D'UNE INEGALITE DE FAIT : VERS LA DISCRIMINATION POSITIVE?**

Un auteur remarqué en droit communautaire, Olivier de Schutter voit du constat des inégalités de fait par le juge découler logiquement l'obligation pour la personne de traiter différemment ce qui est différent, ce qui amène mécaniquement le juge à ordonner des actions positives.

De la logique de l'égalité de traitement à celle de discrimination positive, il y a effectivement peu à franchir.

### **1°) De l'obligation de traitement différencié . . . .**

Une discrimination indirecte est une inégalité de traitement résultant d'une mesure ou d'une pratique apparemment neutre, c'est à dire ne violant pas expressément le principe d'égalité, donc égalitaire à première vue.

Cela implique que l'application égale d'une pratique peut avoir des effets discriminatoires, cela impliquerait donc que reconnaissant la discrimination indirecte, la Cour de Cassation soit amenée à admettre que le traitement égal de tous puisse être discriminatoire et ainsi rejoindre la conception communautaire de l'égalité.

De là découlerait effectivement une obligation de prise en compte de la situation différente, de traitement différencié. Ceci aurait pour effet d'inscrire le droit Français dans la logique de discrimination positive découlant logiquement de la reconnaissance de la discrimination de facto.

Olivier de Schutter<sup>[1]</sup> nous démontre la différence d'analyse entre la discrimination directe où c'est l'identité de la mesure qui est querellée et la discrimination indirecte où il s'agit de l'effet de cette mesure.

### **2°) à une logique de discrimination positive ?**

De la maîtrise de ce nouveau concept juridique et de la sagesse dans son application dépendra la possibilité de modérer l'accroissement du contentieux ou de le développer davantage, c'est une arme à double tranchant.

Le traitement de la discrimination indirecte mène vers une logique de discrimination positive, discrimination qui existe déjà comme une faculté au sein du code du travail pour les femmes, et pour les handicapés. La discrimination positive se définit comme l'établissement d'une inégalité juridique pour rétablir une égalité de fait[2].

### **Deux types de discrimination positive existent :**

- **Une logique radicale** qui consiste à instaurer des quotas en vue d'obtenir une représentation de la catégorie localisée comme défavorisée dans l'exercice d'un droit donné (inscription dans une université, accès à un poste. . . ), en application de ces quotas instaurés, la personne appartenant à la catégorie prédéterminée aura priorité sur une autre, abstraction faite de considérations de mérite.

Ce type de mesures « positives », (affirmative action a été mise en place aux Etats Unis pour faire face à la grave situation de discrimination raciale qui prévalait dans l'Amérique Johnsonienne des années 60 au profit des personnes de couleur dans le secteur de l'industrie et à l'université.

Cette logique de quotas existe marginalement dans le droit Français au profit des personnes handicapées (10% dans les entreprises de 20 salariés).

**L'action positive** a été reprise dans le droit communautaire de manière moins radicale, dans la directive sur l'égalité des sexes, et plus récemment dans l'article 7 de la directive transversale 2000/78 et plus laconiquement dans l'article 5 de la directive 2000/43 sur la discrimination raciale.

Elle s'oppose à la méthode précédente sur les points suivants :

Tout d'abord, elle reste une faculté pour les entreprises.

Ensuite les considérations personnelles et de mérite restent prioritaires, la préférence ne jouera qu'à qualification comparable, c'est donc la chance d'accéder au droit plutôt que l'accès inconditionnel au droit qui est favorisée, à une égalité des droit est préférée une égalité des chances.

Ainsi une candidate à un poste ne pourra être préférée dans le cadre d'une action positive en faveur des femmes si elle est en concurrence avec un candidat masculin disposant d'atouts supérieurs[3].

- La loi Française semble d'expérience se méfier de la logique de quotas inconditionnels[4] provenant d'outre atlantique, forte de l'expérience américaine et de la conception communautaire qui préconise, elle un rétablissement de l'égalité des chances et non d'une égalité des droits ,l a Grande Bretagne[5] elle même s'est tenue à l'écart de cette logique de quotas pour lui préférer des logiques d'égalité des chances, sauf pour les personnes âgées pour lesquelles elle a prévu la mise en place d'actions positives (les Seniors). .

L'accès à certains postes est basé sur des critères sociaux (contrats aidés tels que les CES, CEC, etc. . .) emplois jeunes, postes de surveillants dans l'éducation nationale. . ), La France n'a donc pas attendu la CJCE pour envisager des actions positives.

Autant la logique de discrimination positive succède mécaniquement à celle de discrimination indirecte, autant la logique de quotas pourrait succéder à celle de discrimination positive mais de manière détournée.

- Une logique de quotas inconditionnels pourrait plutôt provenir de la pratique des entreprises

craignant d'être prises en défaut sur le chef de discrimination et pourrait à cet égard susciter un certain contentieux.

Ainsi les discothèques testées pratiquent des quotas officiels selon l'association SOS Racisme, les Directions des ressources humaines des entreprises situées dans des bassins à forte population étrangère risquent de faire la même chose pour éviter une condamnation. La discrimination est un phénomène complexe qui suscite un mouvement perpétuel, plus qu'une analyse juridique, elle reste un concept concret convenant au droit britannique, droit jurisprudentiel avant tout destiné au règlement de cas concrets[6].

En pratique on peut douter que le juge avalise une telle logique, cette logique de quotas ne pourra qu'être un effet indirect.

L'action positive sur le modèle communautaire existe déjà dans le code du travail concernant les personnes handicapées et les femmes, il semble que ces initiatives émaneront du législateur plutôt que du juge.

Si la logique juridique énoncée au tableau ci dessus semble commander au juge de se faire le juge de la non discrimination et de la discrimination positive in fine, il semble que la Cour de Cassation en se réfugiant derrière des formules juridiques abstraites dans ses attendus de principe soit davantage un artisan et un régulateur plutôt qu'un promoteur au même titre que la Cour de Justice des Communautés Européennes et maintienne prudemment l'action positive dans son rang de faculté et surtout prenne soin de laisser le temps à la Cour de Justice des Communautés Européennes d'arrêter une jurisprudence pour les nouveaux cas afin de rester dans son sillage.

Ainsi, toutes les catégories de personnes ne bénéficieront pas de la discrimination positive, les personnes d'origine étrangère en France en seront exclues même si la directive 2000/43 en son article 5 le promeut, il reste prudent en l'évoquant comme une simple faculté et concerne surtout les minorités (que la France ne reconnaît pas sur son territoire), cet article 5 trouvera sûrement plus facilement à s'appliquer dans certains pays de l'Est concernés au premier chef par ce type de problème.

La mise en place de classes préparatoires dans des établissements scolaires se trouvant en zone défavorisées participe également de cette logique de mélange d'égalité des chances et de mérite.

## **B) QUELLES CATEGORIES ?**

La discrimination indirecte et la discrimination apparente sont des mesures ayant des effets discriminatoires sur telle ou telle catégorie de personnes comme nous l'avons vu plus haut.

Observer une discrimination consiste en une opération de l'esprit qui consiste à différencier un élément d'un autre en lui accolant un critère de distinction et ensuite à comparer leur sort respectif. .

La personne discriminée va établir des faits, elle précisera ensuite au juge pourquoi elle est discriminée.

En s'attribuant une caractéristique donnée, elle va établir son impression d'une discrimination à l'encontre de toutes les personnes dotées de la même particularité.

Cette distinction fera entrer la personne dans une des catégories qui déterminera si cette personne est favorisée ou non.

Ceci laisserait au juge le choix de reconnaître ou non l'appartenance à une catégorie et en second lieu de se livrer à une comparaison par groupe ou d'individu à individu.

Si certaines catégories ne posent aucun problème quant à leur différenciation, d'autres en revanche nécessiteront encore de la part du juge des choix qui iront au delà du droit.

L'article 13 du traité de l'Union Européenne dénombre un certain nombre de motifs prohibés : « sexe, race origine ethnique, religion, convictions, handicap, âge ou orientation sexuelle ».

Il semble que la définition de l'origine étrangère restera en suspens et il est douteux qu'elle devienne une « construction sociale » comme la race en Grande Bretagne, si tout le monde s'accorde à en admettre l'existence, peu s'accordent sur sa définition, ce qui explique que le gouvernement préfère des critères plus neutres dans le cadre d'une analyse de groupe, bien que des voix autorisées le préconisent<sup>[7]</sup>.

L'ajout de la mention « vraie ou supposée » en seconde lecture de la loi à l'assemblée avait vocation à permettre au juge d'utiliser les notions de race, d'ethnie ou de non appartenance à une ethnie sans pour autant prendre acte de leurs acte en précisant que ces appartenances restent supposées.

Cependant, nos juges réussissent souvent à trouver d'autres moyens pour qualifier la discrimination pour certaines catégories qui sont craintes par notre culture pour des raisons historiques évidentes.

Si les principes juridiques semblent saufs, le problème de l'efficacité n'est pas réglé et le juge devra s'investir pour discerner des discriminations qui comme nous l'avons vu plus haut sont parfois indécélables.

Ceci opère un changement significatif dans le travail du juge, car si le constat d'une disparité de rémunération peut se faire au vu de documents objectifs, tels que des fiches de paye et ne tient qu'à une opération arithmétique, la différence de situation est plus difficile à saisir ou à expliquer, le juge ne se contentant plus de généralités sur la qualité professionnelle de l'individu.

La personne discriminée devra présenter des éléments de fait laissant supposer qu'une discrimination existe, il appartiendra ensuite à l'employeur de prouver la moindre valeur professionnelle de la personne en question.

La personne s'estimant discriminée va souvent invoquer le motif en raison duquel elle est discriminée.

Ce motif constitue un critère de différenciation sur lequel le juge du fond ne pourra s'esquiver, ce dernier étant tenu de juger sur tous les points présentés par les parties en vertu du principe du dispositif selon lequel les parties déterminent l'objet du litige.

Cet examen approfondi va amener le juge à intervenir en profondeur dans l'analyse de l'existence d'une discrimination ou non, ce dernier face à une inégalité de fait pourra tirer des conséquences assez inattendues en droit Français : l'obligation de traiter différemment des individus dans des situations différentes.

En généralisant le champ d'application de la notion de discrimination indirecte, la France généralise la reconnaissance des inégalités de fait, ce qui au regard des principes sus énoncés n'est pas mince. Ceci signifie qu'elle coexiste désormais aux côtés de l'égalité en droit et que l'égalité de traitement est désormais généralisée.

Le juge devra sortir de l'analyse de pur droit pour s'aventurer dans les contrées hostiles mais passionnantes du fait.

Au constat d'une inégalité de fait générée par une mesure, une convention collective, le juge judiciaire en tirera les conséquences et devra ordonner un traitement différencié, ce qui séparera la jurisprudence judiciaire de la jurisprudence administrative pour laquelle il n'y a pas de droit à être traité différemment dans des situations différentes[8].

### **1°) Effet défavorable : discrimination indirecte et discrimination systémique.**

La reconnaissance du caractère discriminatoire d'un critère de notation, d'évaluation professionnelle ou de conditions de recrutement pour une discrimination indirecte classique amènera le juge au delà des considérations purement juridiques ; le juge devra tenir compte des faits avant toute qualification juridique et parfois se livrer à une analyse très approfondie de la situation présentée.

A fortiori, on peut s'interroger sur la manière dont le juge traitera une discrimination apparente dénuée de critères discriminatoires, dénommée « discrimination systémique » par les sociologues.

Ce type de discrimination est à la base un phénomène sociologique et sa pratique est le plus souvent un fait juridique, c'est à dire quelque chose qui n'est pas fait pour créer des effets de droit, souvent involontaire, cette discrimination invisible aux yeux de son auteur verra sa source découverte par un expert.

En l'absence d'expert ou lorsque la discrimination n'est qu'apparente, il sera difficile de découvrir son origine par un raisonnement in abstracto.

La démarche de l'arrêt Enderby participe clairement de cette logique, la notion de discrimination apparente n'apparaissant dans aucun texte, la Cour de Justice des Communautés Européennes s'appuie sur les purs faits pour déduire de son existence.

La discrimination est un objet difficile à cerner et demande pour un traitement efficace une certaine faculté d'adaptation qui ne fut pas toujours permise au juge judiciaire Français.

Exemple : Une même personne peut cumuler différents facteurs de discrimination, comme un recruteur peut cumuler inconsciemment différentes discriminations émanant de différentes croyances.

Une pratique consistant à ne pas embaucher d'étrangers dans une usine située dans un bassin à forte population immigrée peut simplement s'analyser comme une discrimination systémique et pourra être établie par constat de l'inspecteur du travail ou par un testing démontrant le renvoi systématique du CV, il appartiendra alors au DRH de justifier le refus de recevoir en entretien un certain nombre de candidats et son silence aura force probante.

L'exigence de la connaissance d'un dialecte local pourra aisément démontrer la discrimination à l'encontre de personnes ne venant pas du village concerné, si l'exigence de la connaissance de la langue n'est pas justifiée par une nécessité de l'emploi. (business necessity).

On peut penser que le juge prendra peu d'initiative et qu'il suivra la jurisprudence communautaire avant de s'avancer.

## 2°) Une discrimination sans coupable.

Peut importe désormais que la discrimination soit volontaire ou non puisque le juge s'attachera à constater la différence de traitement entre une personne et une autre, ou encore entre un groupe et un autre.

Cette discrimination pré consciente sans auteur particulier mais pouvant avoir un rapport avec un motif illicite, son origine collective ne permet pas toujours de la faire entrer dans le cadre d'une infraction commise par un coupable.

La discrimination se distingue aussi d'autres délits en ce qu'elle est diffuse, elle peut ne pas émaner d'un seul auteur, ne pas être le fait de l'employeur mais résulter de la résistance de salariés à divers échelons de la hiérarchie, soit parce que le racisme ou les préjugés transcendent les catégories socioprofessionnelles au sein de l'entreprise, soit par ce que la mise en place officieuse d'un système de recrutement par relation familiale tend à exclure une part importante de la population, dont ceux qui ont été le moins intégré par le personnel de l'entreprise<sup>[9]</sup>. Cette discrimination qualifié de « systémique » par le sociologue reste quasiment « indécélable si l'on se contente de rester attaché au texte.

Le donneur d'ordre est également souvent mis en cause, le préposé d'une entreprise d'intérim soumis à la concurrence n'aura pas toujours le courage de refuser ses exigences, même si certains essaient « d'éduquer » le client, cela n'est pas toujours possible. .

Il fut un moment proposé d'étendre cette incrimination au donneur d'ordre, il semble que le législateur n'aie pas voulu aller jusque là, ce qui s'explique, sachant que le donneur d'ordre se retrouve dans des situations de condamnation pénale pour des faits qu'il n'a pas commis lui-même (travail dissimulé, emploi de clandestins).

Ainsi, dans le cas d'une discrimination systémique, l'entreprise serait susceptible d'être condamnée, sans que l'on recherche nécessairement une culpabilité individuelle en cas de « turn over dans le personnel d'encadrement rendant impossible de déterminer qui est à l'origine de cet état de fait.

---

[1] Rapport du Conseil d'Etat 1996 sur le principe d'égalité.

[2] CJCE, 6 juillet 2000, KATARINA ABRAHAMSONN C 407-98 . 52 : « *il s'ensuit que la réglementation en cause au principal accorde de manière automatique la priorité aux candidats appartenant au sexe sous représenté, dès que ceux ci sont suffisamment qualifiés, à la seule condition que la différence entre les mérites des candidats de chacun des sexes ne soit pas d'une importance telle qu'il en résulterait un manquement à l'exigence d'objectivité* ».

[3] même si elle ne s'en prive pas concernant les travailleurs handicapés

[4] Rapport Bellorgey

[5] Dominique Schnapper,

[6] Rapport Bellorgey op-cit

[7] CE, 28 mars 1997, société Baxter et autres, RFDadm 13 (3) mai juin ; commentaire Fernand Melin Soucramanien, page 457.

[8] P. BATAILLE, op- cit, l'exemple de l'usine d'Ales est édifiant à ce point de vue, le « clientélisme d'entreprise » érigé en système pouvant avoir des effets ravageurs dans un bassin aussi étroit que celui de la commune d'Ales, p125.