



HAL
open science

Lutter contre les discriminations et aussi contre les inégalités

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. Lutter contre les discriminations et aussi contre les inégalités. Penser la Science Administrative dans la post-modernité, LGDJ, 2013, 978-2-275-03963-3. hal-01238659

HAL Id: hal-01238659

<https://hal.science/hal-01238659>

Submitted on 6 Dec 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Lutter contre les discriminations et aussi contre les inégalités

Daniel BORRILLO

*Maître de conférences en droit privé
à l'Université de Paris-Ouest – Nanterre – La Défense
Chercheur associé au CERSA*

Si l'affirmation du principe d'égalité est une tâche ancienne du droit, la lutte contre les discriminations *stricto sensu* constitue une discipline juridique récente, à la construction de laquelle Jacques Chevallier a particulièrement contribué par le séminaire qu'il a accueilli au sein de son centre de recherche¹ et par ses nombreuses publications et interventions publiques dans ce domaine².

En hommage à l'énorme travail intellectuel fourni par Jacques Chevallier, je propose dans ce bref article une systématisation du droit de la non-discrimination afin de mieux cerner la problématique et, dans la conclusion, de répondre, en partie, au questionnement intellectuel de Jacques Chevallier sur les liens entre la lutte contre les discriminations et la lutte contre les inégalités et les exclusions : il s'agit d'interroger le passage entre l'État-providence et l'État post-moderne ainsi que ses possibles articulations.

Dans son article « Lutte contre les discriminations et État-providence »³, Jacques Chevallier souligne que « la montée en puissance du thème de la lutte contre les discriminations coïncide avec [...] la crise [...] de l'État-providence » et si à certains égards la lutte contre les discriminations tend à approfondir la logique de l'État-providence, elle relève également d'une logique différente. C'est de cette nouvelle logique, magistralement présentée par Jacques Chevallier dans l'article en question, que je me suis inspiré pour la rédaction de mon texte.

1. *La lutte contre les discriminations et les politiques de la diversité sociale* est l'un des six axes de recherches du CERSA et *Le Droit de l'égalité d'opportunités et des politiques publiques de lutte contre les discriminations* est le nom du séminaire que j'anime au sein de l'équipe.

2. Le colloque sur le Défenseur des droits organisé par le CERSA à l'Université de Paris II le 27 mai 2011 en témoigne.

3. In D. BORRILLO (dir.), *Lutter contre les discriminations*, La Découverte, Paris, 2003, p. 38-54.

LES DISCRIMINATIONS

Discriminer consiste à traiter une personne physique ou morale de manière moins favorable qu'une autre se trouvant dans une situation analogue. Bien qu'il n'existe pas un principe absolu de traitement égalitaire, en l'absence de raisons légitimes, toute exception doit être considérée comme arbitraire. Aussi, pour qu'une différence de traitement soit acceptable, il ne suffit pas qu'il y ait différence de situation, il faut encore que cette différence puisse se justifier rationnellement. Certaines distinctions sont systématiquement considérées par le droit comme illégitimes, quelle que soit la matière sur laquelle elles portent. Ainsi, la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* de 1965 ou la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* de 1979 proscrivent de façon absolue la différence de traitement fondée sur la race, l'ascendance, l'origine ethnique ou le sexe. Au niveau national, c'est le Code pénal qui établit un principe général dans son article 225-1 : « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques en raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle... ». Le Code du travail, quant à lui, dispose qu'« aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement, aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle... ». De même, le règlement intérieur des entreprises ne peut pas comporter de dispositions lésant les salariés en raison des situations indiquées antérieurement. Au niveau européen, le Traité d'Amsterdam (1997) introduit dans le droit communautaire une protection générale contre toutes les formes de discriminations donnant naissance à deux directives particulièrement fructueuses. La directive 2000/43 interdit toute forme de discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique dans un certain nombre de domaines (travail, loisirs, administration, biens et services...). La directive 2000/78 interdit toute forme de discrimination dans l'emploi et le travail fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle.

Une théorie générale du droit de la non-discrimination pourrait se structurer autour de trois éléments qui constituent une condition *sine qua non* de l'infraction : discriminer consiste à traiter une personne d'une manière moins favorable (*tractatus*) qu'une autre en situation analogue, en raison de son appartenance ou non-appartenance vraie ou supposée à un groupe (*classis*) dans une situation donnée (*spatium*).

A. Tractatus

Discriminer consiste à traiter de manière différente, sans justifications objectives et raisonnables, des individus placés dans des situations semblables. Le traitement discriminatoire peut consister en un acte voulu (discrimination directe) ou être le résultat d'une situation où il n'existe aucune responsabilité individuelle,

mais un effet discriminatoire est constaté (discrimination indirecte ou discrimination systémique).

La CEDH utilise l'expression « marge d'appréciation » lorsqu'elle se réfère à la latitude laissée à l'État pour déterminer si la différence de traitement peut être justifiée. Si cette marge est réputée « étroite », la Cour se livre à un examen beaucoup plus vigilant. Peuvent être sujets actifs des discriminations aussi bien les personnes physiques que morales de droit privé ou public.

La discrimination peut être directe, si l'inégalité se fonde sur un critère prohibé, ou indirecte, lorsqu'une règle, une pratique ou un critère apparemment neutre a un effet défavorable sur un groupe visé par un critère de discrimination. Sur le plan pénal, seules les discriminations directes constituent une infraction. Le droit communautaire dispose qu'« 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 ». Il y a discrimination indirecte lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence est susceptible d'entraîner pour les mêmes motifs un désavantage particulier pour certaines personnes par rapport à d'autres.

Le droit n'autorise la discrimination directe que dans le cas où l'auteur de celle-ci peut soulever une exception générale justifiant objectivement le traitement discriminatoire. Toutefois, les motifs susceptibles de justifier une discrimination directe se révèlent assez limités.

La directive sur l'égalité raciale (2000/43/CE) dispose qu'« 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 ». Dans la discrimination indirecte, l'attention ne se concentre plus sur l'existence d'un traitement différencié mais sur celle d'effets différenciés. Le système de protection européen contre les discriminations se complète par l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux qui statue : « Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

Le traitement discriminatoire peut également prendre la forme du harcèlement (moral ou sexuel)⁴ ou de l'incitation à discriminer⁵. Toutes les directives relatives à la non-discrimination disposent qu'un « comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination [...] est considéré comme

4. Lorsqu'un comportement indésirable lié à la race ou à l'origine ethnique se manifeste avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.

5. Lorsque par exemple le chef du personnel reçoit l'ordre de ne pas embaucher de personnes d'origine rom.

une discrimination ». Au niveau national, le harcèlement et les discours de haine sont considérés non seulement comme des comportements discriminatoires mais aussi comme des infractions pénales sévèrement sanctionnées.

Des mesures spécifiques peuvent être adoptées lorsque le principe abstrait d'égalité ne suffit pas à éliminer les inégalités de fait envers certains groupes historiquement discriminés. Il s'agit d'un traitement différencié qui est justifié par la nécessité de remédier à une situation de désavantage structurelle. Ce dispositif peut prendre la forme de mesures correctrices : les directives de l'UE relatives à la non-discrimination prévoient expressément la possibilité d'une action positive, en disposant que « pour assurer la pleine égalité dans la pratique, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à (une caractéristique protégée) ». Des quotas et des aménagements raisonnables font également partie du dispositif des mesures spécifiques tendant à combattre les discriminations.

Le droit admet également la discrimination par association dans les cas où une personne est traitée de manière moins favorable non pas à raison d'une situation personnelle mais à raison du lien avec une personne présentant les caractéristiques protégées (par exemple une employée qui est discriminée du fait d'avoir un enfant handicapé).

Il existe quelques exceptions à la discrimination notamment en matière professionnelle. Ainsi, le droit communautaire dispose que « Les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée [au motif prohibé] ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que son objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée. ». L'âge est la seule caractéristique protégée par les directives de l'UE pour laquelle la discrimination directe peut être objectivement justifiée.

B. Classis

Dix-huit catégories ou critères sont prohibés par la loi française : l'origine, le sexe, la situation de famille, l'apparence physique, le patronyme, l'état de santé, le handicap, les mœurs, l'orientation sexuelle, les caractéristiques génétiques, l'âge, les opinions politiques, les activités syndicales, l'ethnie, la nationalité, la race et la religion. Le droit national englobe plus de situations que le droit européen mais il s'inspire de celui-ci pour notamment interpréter de manière analogue l'assimilation de certains groupes de personnes. Ainsi, la notion de sexe peut inclure, dans une certaine mesure, l'identité de genre et protéger les personnes qui ont l'intention de subir ou ont subi une opération de conversion sexuelle.

Ces catégories ne constituent nullement des assignations à des identités figées. L'expression utilisée par la loi : « l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, à une nation, une race ou une religion déterminée... »,

met en lumière la logique sous-jacente de cette catégorisation : il ne s'agit pas de participer effectivement à une catégorie identitaire mais de sanctionner celui qui enferme une personne au sein d'une catégorie afin de la traiter de manière moins favorable.

Toute personne coupable de discrimination risque jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende. La sanction peut même aller jusqu'à 5 ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende pour les discriminations commises dans des lieux accueillant du public (art. 225-2 du Code pénal). Outre les sanctions pénales, la victime peut également obtenir une réparation au civil sous la forme d'indemnisations de dommage et intérêts.

C. Spatium

En matière conventionnelle, l'espace défendu est particulièrement vaste en vertu des droits protégés par la Convention européenne des droits de l'Homme. Dès lors qu'une question de discrimination se rapporte à l'un des domaines couverts par les droits garantis par la convention, la CEDH peut examiner un grief de violation de l'article 14.

Dans le cadre des directives de l'UE relatives à la non-discrimination, la portée de l'interdiction de la discrimination s'étend à trois domaines : l'emploi, le système de prévoyance sociale, et les biens et services. Dans sa formulation actuelle, seule la directive sur l'égalité raciale s'applique à ces trois domaines.

Sur le plan national, l'article 225-2 du Code pénal définit les frontières de l'intérieur desquelles une discrimination est possible. Ainsi, « la discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste :

- 1° À refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ;
- 2° À entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ;
- 3° À refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ;
- 4° À subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ;
- 5° À subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ;
- 6° À refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du Code de la sécurité sociale ».

En dehors de ces domaines, la discrimination ne peut pas être constituée en tant que telle.

D. Probus

Sur le plan pénal, la victime doit apporter la preuve de la discrimination et de son caractère intentionnel. En matière de travail et d'emploi, le droit communautaire a introduit un renversement partiel de la charge de la preuve en

matière de discriminations. Ainsi, lorsqu'il existe des indices forts de discrimination, c'est à la personne mise en cause (employeur, bailleur...) de prouver qu'elle n'a pas discriminé. Le recours à des données statistiques peut contribuer à faire naître une présomption de discrimination. La charge de la preuve est alors transférée à l'auteur présumé, auquel il appartient de fournir des éléments démontrant que le traitement moins favorable ne se fondait pas sur l'une des caractéristiques protégées.

Pour échapper à une condamnation, l'employeur, par exemple, doit justifier la différence de traitement par des éléments objectifs étrangers à tout critère discriminant.

Ce régime (issu des directives communautaires et adopté en France par la loi du 16 novembre 2001) est plus favorable à la partie demanderesse qui se heurtait jusqu'alors à l'obligation de la preuve. En effet, jusqu'à cette date, la plupart des plaintes pour discrimination étaient classées sans suite.

CONCLUSION

Dans l'article « Lutte contre les discriminations et État-providence », Jacques Chevallier concluait que « si les politiques de lutte contre les discriminations s'inscrivent dans la ligne de la démarche de résorption des inégalités sociales qui est au principe de l'institution de l'État-providence, elles révèlent donc d'une logique différente, dont témoigne plus généralement l'inflexion des politiques sociales. Sans doute, cette inflexion ne signifie pas l'abandon pur et simple des dispositifs de l'État-providence : lutte contre les discriminations et lutte contre les inégalités se déploient parallèlement, en entretenant des rapports complexes et d'imbrications. Néanmoins, c'est bien une configuration étatique nouvelle qui tend à travers elles à se dessiner ».

Alors que notre société a su trouver les mécanismes adéquats pour mieux combattre les discriminations par la sanction effective des comportements et situations discriminatoires, en revanche, en matière d'égalité, tous les indicateurs montrent que la promesse de l'État-providence est loin d'être accomplie.

Ainsi, en matière de lutte contre les discriminations, l'action menée par la HALDE en cinq ans a contribué à la dynamique lancée contre les discriminations. Elle a reçu plus de 40 000 réclamations qui ont donné lieu à 1 697 délibérations du Collège. Ses recommandations furent suivies dans 64 % des cas et les observations présentées par la HALDE devant les tribunaux ont été suivies à 79 %. Lorsque la haute autorité soutenait une affaire devant les tribunaux, la possibilité d'une condamnation pour discrimination était de 94 % aussi bien sur le plan civil que pénal. De même, 80 % des observations de la HALDE adressées aux pouvoirs publics furent également suivies.

Le constat est fort différent concernant la lutte contre les inégalités. En France, le nombre de pauvres s'accroît, 13,5 % de personnes vivaient en 2009 avec moins de 954 euros mensuels, soit un demi-point de plus qu'en 2008. Les rapports de l'INSEE et les travaux de l'ONPES (Observatoire national de la

pauvreté et de l'exclusion sociale) relatifs aux indicateurs d'inégalités signalés comme centraux (masse des niveaux de vie détenue par le pourcentage le plus riche de la population, distribution des revenus salariaux, masse du patrimoine détenu par le pourcentage le plus riche de la population, sous-emploi selon le sexe et la catégorie socioprofessionnelle, espérance de vie, accès à l'éducation, accès aux soins...) montrent que, dans ces dix dernières années, les inégalités ne cessent d'augmenter.

Le paradoxe d'une société qui lutte contre les discriminations d'une manière relativement efficace mais ne parvient pas à limiter la montée des inégalités peut trouver un début d'explication dans l'absence de volonté de la classe politique pour mettre en place une configuration étatique nouvelle, malgré les propositions récurrentes et les mises en garde systématiques de Jacques Chevallier.