

L'intelligibilité par l'harmonisation des définitions de la discrimination en droit interne

Robin Medard Inghilterra

MEDARD INGHILTERRA R., « L'intelligibilité par l'harmonisation des définitions de la discrimination en droit interne », in GRÜNDLER T. et THOUVENIN J-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, rapport remis par la Fédération interdisciplinaire de Nanterre en droit au Défenseur des droits, 2016, p. 165-188

Dernière modification d'ampleur du cadre juridique en matière de définition, la loi du 27 mai 2008¹ est venue transposer, par l'intermédiaire de son article premier, les définitions communautaires de la discrimination directe et indirecte. En dépit d'avancées certaines, il serait cependant audacieux de soutenir que cette loi fut élaborée en vue d'apporter une réponse à l'impératif d'efficacité de la lutte contre les discriminations. De manière moins ambitieuse mais néanmoins assumée, l'objectif du projet de loi était explicitement de « *se mettre à l'abri de procédures judiciaires avant la présidence française* » de l'Union européenne² via la transposition de directives communautaires à la suite de deux mises en demeure et d'un avis motivé, adressés au gouvernement par la Commission européenne. Plus encore, cette perspective formaliste et procédurale relégua la dimension qualitative du texte au rang d'une considération accessoire. Les travaux en commissions furent des plus succincts³, évacuant l'hypothèse d'auditions de personnalités qualifiées⁴. Quant aux débats parlementaires, ils furent étriés par l'intermédiaire d'une déclaration d'urgence, réduisant le processus de délibération

¹ Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

² Sénat (Dini, M.), *Rapport fait au nom de la commission des Affaires sociales (1) sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, annexé au procès-verbal de la séance du 2 avril 2008, n° 253, p. 6. Voir également JORF, 26 mars 2008, n° 15 [2], AN (CR), 2008, p. 916-919.

³ Voir les dossiers législatifs [en ligne], disponible sur [www.assemblee-nationale.fr] et [www.senat.fr]. Par ailleurs, le délai accordé aux rapporteurs pour l'élaboration des rapports sur le projet de loi fut limité à six jours.

⁴ Pour nuancer ces carences, Valérie Letard soulignait quelques consultations en amont, tout en admettant que « *l'on peut déplorer que ce ne soit pas suffisant : la HALDE, porte-parole des victimes de discriminations, les partenaires sociaux, la Commission nationale de la négociation collective, le Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre hommes et femmes* », in JORF, 26 mars 2008, n° 15 [2], AN (CR), 2008, p. 938.

à une lecture par chambre, étalée sur une séance unique⁵. *In fine*, le texte promulgué, de par ses carences et en raison d'une transposition mécanique, fut dénoncé comme concourant à une complexité inutile, à une illisibilité du droit⁶ et à une hiérarchisation des motifs⁷.

Par ailleurs, si les définitions de la discrimination directe et indirecte nouvellement transposées – plus ou moins fidèlement – constituèrent des progrès indéniables, il ne fut toutefois pas estimé opportun de procéder à leur codification⁸. Face à cette absence d'uniformisation et à une démarche affranchie des exigences de perfectionnement de l'ordre juridique interne, il put alors être relevé – avec justesse – que, « *comme le Conseil constitutionnel le réclame, le droit en vigueur doit être lisible pour ses utilisateurs. Lorsqu'un texte donne de la discrimination plusieurs définitions [qui] ne se superposent pas totalement avec ce qu'on trouve dans le Code du travail ou le Code pénal, comment peut-on prétendre parvenir à une transposition lisible tant par les utilisateurs que par les exégètes ? C'est là encore une situation dont on ne saurait se satisfaire* »⁹. Au fondement de cette rétrospective critique se trouve l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui recouvre ici sa pleine pertinence. Reconnu par le Conseil constitutionnel en 1999¹⁰, cet objectif fut progressivement complété par le principe ou l'exigence de clarté de la loi¹¹ et sa non-complexité excessive¹², avant d'être précisé dans ses fondements en 2006¹³.

Pourtant, bien que soutenues par l'objectif constitutionnel d'intelligibilité de la loi, les précisions du texte visant la mise en cohérence du droit se virent opposer en écho les propos de la Secrétaire d'État chargée de la solidarité qui, à de multiples reprises, considéra qu'elles devaient être rejetées dès lors qu'elles n'étaient « *pas nécessaire[s] pour [s']acquitter [des] obligations de transposition* »¹⁴. Au Sénat, le rapporteur rétorquait avec un détachement similaire : « *[n]ous constatons que l'Europe n'en finit pas de légiférer sur les discriminations*

⁵ En ce sens, voir JORF, 26 mars 2008, n° 15 [2], AN (CR), 2008, p. 935-936.

⁶ Conséquence des rejets successifs, au Sénat, des amendements n°s 14, 37, 15, 16 et 38, à l'Assemblée nationale, des amendements n°s 58, 22, 2, 54, 16, 25, 60, 17, 20 et 26. Voir JORF, *idem*, p. 941-943 et JORF, 10 avril 2008, n° 24, S (CR), 2008, p. 1599-1600.

⁷ Voir notamment JORF, 26 mars 2008, n° 15 [2], AN (CR), 2008, p. 919-927.

⁸ En ce sens, voir *idem*, p. 937 et p. 942.

⁹ *Ibidem*, p. 939.

¹⁰ CC, Décision n° 99-421 DC, 16 décembre 1999.

¹¹ CC, Décision n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, cons. 9, Décision n° 2001-451 DC, 27 nov. 2001, cons. 13, Décision n° 98-401 DC, 10 juin 1998, cons. 10.

¹² CC, Décision n° 2005-530 DC, 29 décembre 2005, cons. 77.

¹³ CC, Décision n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006. Ses fondements textuels étant, en l'occurrence, les articles 4, 5, 6 et 16 de la DDHC.

¹⁴ JORF, 26 mars 2008, n° 15 [2], AN (CR), 2008, p. 942.

*et, bien entendu, nous pouvons imaginer que, dans très peu de temps, une nouvelle directive sera adoptée sur ce sujet ! Il me semble donc préférable d'attendre la prochaine directive et d'essayer d'y intégrer toutes les dispositions que vous avez proposées aujourd'hui¹⁵, dont nous pouvons approuver le principe, mais qu'il n'est pas opportun, me semble-t-il, de faire figurer dans le présent texte »¹⁶. Huit années plus tard, le cadre juridique en matière de définition demeure en substance inchangé – en dépit de l'ajout de trois motifs supplémentaires¹⁷. Face à ce constat, et sans languir après une prochaine loi de transposition, un regard critique pourrait être porté sur l'état des définitions de la discrimination en droit interne, non plus à la lueur du *timing* politique mais avec en perspective leur intelligibilité. Pour ce faire, ce n'est qu'après avoir procédé à une approche sémantique des formulations de ces définitions (I), laissant émerger leurs divergences, qu'il serait possible d'envisager leur possible harmonisation (II). En transparence, le propos de cette approche étant de soutenir que, par cette mise en cohérence du droit, il serait possible de contribuer à l'intelligibilité du dispositif juridique antidiscriminatoire et, par voie de conséquence, de favoriser le recours au droit par les principaux intéressés.*

I. Les formulations de la discrimination à l'épreuve d'une approche sémantique

Lors de la présentation en Commission des lois du Sénat du rapport intitulé *La lutte contre les discriminations : de l'incantation à l'action*, Esther Benbassa débutait son allocution en soulignant la difficulté manifeste que représentait la simple étape de la définition du concept de discrimination en France, « *bien plus complexe qu'il n'y paraît* »¹⁸. En effet, cette complexité de la tâche émerge indéniablement au regard de la divergence des formulations en droit interne, que celles-ci aient fait l'objet d'une codification (A) ou non (B).

¹⁵ *Supra*, note 6.

¹⁶ JORF, 10 avril 2008, n° 24, S (CR), 2008, p. 1601.

¹⁷ Ajout de : l'identité sexuelle à l'article 225-1 du Code pénal, à l'article L1132-1 du Code du travail, à l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 et aux articles 1 et 2 de la loi du 27 mai 2008 par l'article 4, I. IV. VII. et VIII., de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel ; du lieu de résidence aux articles 1 et 2 de la loi du 27 mai 2008, à l'article L1132-1 du Code du travail et à l'article 225-1 du Code pénal par l'article 15, I., II. et III., de la loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine ; la perte d'autonomie à l'article 1 de la loi du 27 mai 2008 par l'article 23 de la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement.

¹⁸ Voir Sénat (Benbassa, E. & Lecerf, J-R.), *La lutte contre les discriminations : de l'incantation à l'action, Rapport d'information de Mme Esther Benbassa et de M. Jean-René Lecerf, fait au nom de la Commission des lois*, n° 94, novembre 2014, p. 63 : « [j]e commencerai par expliquer ce qu'est une discrimination ; nous pensions en effet, avant ce rapport, savoir ce dont il s'agissait. Or, c'est bien plus complexe qu'il n'y paraît ».

A. Les formulations codifiées de la discrimination

1. Discrimination et Code pénal : 2 niveaux de discrimination, 7 actes discriminatoires, 20 motifs et 4 éléments constitutifs

Premièrement, au sein du dispositif juridique français, la définition pénale de la discrimination et les conditions de sa prohibition se trouvent énoncées par les articles 225-1 et 225-2 du Code pénal, issus de la codification de juillet 1992¹⁹ :

« Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée

Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales à raison de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de l'apparence physique, du patronyme, du lieu de résidence, de l'état de santé, du handicap, des caractéristiques génétiques, des mœurs, de l'orientation ou identité sexuelle, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales » ;

« La discrimination définie aux articles 225-1 et 225-1-1²⁰, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste :

- 1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ;*
- 2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ;*
- 3° A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ;*
- 4° A 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 ou prévue à l'article 225-1-1 ;*
- 5° A 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 ou prévue à l'article 225-1-1 ;*
- 6° A 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 ».*

Une approche sémantique révèle alors la reconnaissance juridique de deux niveaux de discrimination, selon qu'elle soit licite ou illicite. Alors que l'article 225-1 définit la discrimination, l'article 225-2 énumère les six modalités de distinction susceptibles de transformer une discrimination non prohibée en une discrimination prohibée, ou plus

¹⁹ Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes.

²⁰ « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes parce qu'elles ont subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel tels que définis à l'article 222-33 ou témoigné de tels faits, y compris, dans le cas mentionné au I du même article, si les propos ou comportements n'ont pas été répétés ».

exactement, en une discrimination « *punissable* »²¹. Lorsque la discrimination, telle que définie à l'article 225-1, ne correspond à aucune des modalités envisagées, elle demeure licite au sens du Code pénal. En outre, les six modalités de distinction ou actes discriminatoires de l'article 225-2 bénéficient du renfort de l'article 432-7 du Code pénal, comprenant deux ajouts, dont un doublon :

« La discrimination définie aux articles 225-1 et 225-1-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste :

1° A refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ;

2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ».

Alors, au vu de ces éléments, la qualification pénale de discrimination dépend de quatre éléments constitutifs : un acte matériel (« *toute distinction* »), dirigé à l'égard d'un sujet personnel déterminé (« *opérée entre personnes* », physiques ou morales) et lié à un motif énuméré (aux alinéas 1 et 2 de l'article 225-1) qui se trouve pris en compte de manière déterminante (« *à raison de* »).

À souligner toutefois quatre précisions. Tout d'abord, l'élément matériel de la discrimination possède en droit pénal une spécificité qui vient d'être évoquée : il doit être précisé. Pour que soit constituée une discrimination punissable, la distinction devra de surcroît « *consister* » en l'un quelconque des actes spécifiés aux articles 225-2 et 432-7 du Code pénal. Ensuite, concernant les motifs énumérés, il convient de noter la divergence des alinéas 1 et 2 de l'article 225-1. L'absence du motif de « *grossesse* » à l'alinéa 2 réduit en effet à dix-neuf le nombre de motifs applicables à la discrimination entre personnes morales²². Troisièmement, en cas de discrimination entre personnes morales, une autre spécificité doit de surcroît être soulignée, relative cette fois à la prise en compte des motifs. Dans cette hypothèse, les motifs pris en compte ne sont pas propres aux personnes morales mais aux « *membres* » ou à « *certaines membres de ces personnes morales* ». En conséquence, cette particularité laisse transparaître en droit français – et de manière novatrice – une forme particulière de discrimination par association, modalité de discrimination qui, à défaut de mention expresse dans les directives communautaires, dérive progressivement de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union

²¹ Voir notamment Cass. Crim., 13 avril 1999, n° 98-82277, Cass. Crim., 9 novembre 2004, n° 03-87444, ou encore Cass. Crim., 18 décembre 2007, n° 06-82245.

²² En raison de l'absence de généralisation de la modification apportée par l'art. 13 de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes.

européenne²³. Enfin, il importe de souligner que l'article 225-3 énonce de manière exhaustive des hypothèses de « *discrimination* » (au sens de l'article 225-1), placées en dehors du champ d'application de l'article 225-2 et en conséquence « *non punissables* » (e.g. inaptitude médicalement constatée, exigence professionnelle essentielle et déterminante, nationalité et fonction publique, risque manifeste, etc.).

2. Discrimination et Code du travail : 4 actes discriminatoires, 21 motifs, 10 matières spécifiques et 1 renvoi

Au-delà de la sphère pénale, l'article L1132-1 du Code du travail précise :

« Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou en raison de son état de santé ou de son handicap ».

Le législateur reprend ici opportunément les vingt motifs de l'article 225-1 du Code pénal, auxquels il ajoute toutefois les activités mutualistes.

En sus, il insiste sur quatre actes potentiellement discriminatoires, dont trois se trouvent mentionnés à l'article 225-2, 3°, 5° et 6° du Code pénal : l'écart d'une procédure de recrutement / d'accès à un stage ou à une formation, la sanction, le licenciement, ainsi que toute autre mesure discriminatoire, notamment lorsqu'elle touche l'une des dix matières énumérées. Pour les actes potentiellement discriminatoires concernés par le doublon (*i.e.* recrutement/accès à un stage ou à une formation, sanction et licenciement), la victime aura – théoriquement – le privilège du choix de la voie juridictionnelle.

²³ Pour un cas de discrimination par association reconnu et dérivé de la discrimination directe, voir CJUE, Grande chambre, 17 juillet 2008, Colman, Aff. C-303/06. Pour un cas de discrimination par association reconnu et dérivé de la discrimination indirecte, voir plus récemment CJUE, Grande chambre, 16 juillet 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD, Aff. C-83/14.

Au-delà de l'énumération des motifs ou des actes discriminatoires explicitement formulés, la scission entre discriminations « *punissables* » et discriminations « *non punissables* » ne transparait pas de cette formulation. À l'inverse, toute discrimination, parce qu'elle est discrimination, se trouve prohibée (« *[a]ucune personne ne peut [...] faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte* »). Or, cette divergence avec le Code pénal est liée à la définition même de la discrimination et à la dimension préjudicielle contenue ou non par l'acte matériel. À cet égard, la discrimination au sens de l'article L1132-1 du Code du travail ne rejoint en aucun cas celle fournie par l'article 225-1 du Code pénal, axée sur la « *distinction* ». En alternative, elle renvoie à l'article 1 de la loi du 27 mai 2008, introduisant une définition d'inspiration communautaire de la discrimination, directe et indirecte, axée sur les notions de traitement « *moins favorable* » et de « *désavantage* ».

B. Les formulations non codifiées de la discrimination

1. Discrimination et loi du 27 mai 2008 : 11 + 2 motifs, 4 + 2 éléments constitutifs et 6 domaines d'application

Dans certains domaines, placés en dehors de la sphère pénale, ce sont les définitions issues du droit communautaire, telles que transposées par la loi du 27 mai 2008, qui font office de références. L'article 1 de cette loi dispose :

« Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation ou identité sexuelle, son sexe ou son lieu de résidence, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.

Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés ».

Si les quatre éléments constitutifs de la discrimination au sens de l'article 225-1 du Code pénal demeurent (*i.e.* acte matériel, élément personnel, motifs énumérés et modalité de prise en compte de ces derniers), trois d'entre eux se voient néanmoins désavoués dans leur substance.

Premièrement, l'acte matériel de la discrimination n'est plus une simple « *distinction* » (discrimination non punissable au sens de l'article 225-1 du Code pénal), ni même une « *distinction* » qui « *consiste* » à commettre un des sept actes explicitement énumérés

(discrimination punissable au sens des articles 225-2 et 432-7 du Code pénal). Pour la loi du 27 mai 2008, l'acte matériel de la discrimination directe est un traitement « *moins favorable* ». En parallèle, dans l'hypothèse d'une qualification de discrimination indirecte, l'acte matériel est « *une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner [...] un désavantage particulier* ». Dans les deux cas, quelle que soit la désignation de l'acte matériel (*i.e.* traitement, disposition, critère ou pratique), c'est la défaveur substantielle dont il est porteur – et non le seul aspect distinctif – qui se trouve au cœur de l'appréciation.

Deuxièmement, concernant l'élément personnel, celui-ci ne varie pas de manière extrêmement significative – sous réserve des nuances mentionnées *infra* – entre la formulation pénale et les formulations issues du droit communautaire. Qu'il s'agisse de « *personnes* » (article 225-1, alinéa 1, du Code pénal), d'« *une personne* » et d'« *une autre* » (article 1, alinéa 1, de la loi de 2008) ou « *des personnes par rapport à d'autres personnes* » (article 1, alinéa 2, de la loi de 2008), la répercussion des variantes est minime.

Troisièmement, avec onze motifs énumérés, l'article 1 de la loi de 2008 est quasiment de moitié plus restreint que celles du Code pénal ou du Code du travail. Les caractéristiques évincées sont les suivantes : origine, situation familiale, grossesse, apparence physique, patronyme, état de santé, caractéristiques génétiques, mœurs, opinions politiques, activité syndicale, et appartenance vraie ou supposée à une nation. L'article 1 mentionne cependant deux motifs qui lui sont spécifiques : les convictions et la perte d'autonomie. En outre, pour être complet, à l'énumération des onze motifs de l'article 1 – partiellement repris à l'article 2, 1°, 2° et 4° – il convient d'ajouter les motifs de grossesse et de maternité, mentionnés exclusivement à l'article 2, 3°. Par ailleurs, contrairement à l'article 225-1 du Code pénal, les alinéas 1 et 2 de la loi de 2008 correspondent parfaitement quant à la liste de motifs énumérés, dans la mesure où l'alinéa 2 se contente de renvoyer aux « *motifs mentionnés au premier alinéa* ».

Quatrièmement, il importe de souligner la nuance entre les définitions quant à la modalité de prise en compte des motifs énumérés. Selon le Code pénal, en ce qu'elle est porteuse d'un lien de causalité directe, la prise en compte du motif doit être déterminante (« *à raison de* », *i.e.* « *cause, motif* »²⁴). À l'inverse, selon la loi du 27 mai 2008, cette prise en compte doit plus simplement concourir à l'acte matériel (« *sur le fondement de* » *i.e.* « *[c]e qui sert de base,*

²⁴ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^{ème} éd., entrée « *raison* », sens 6, [en ligne] disponible sur [www.cnrtl.fr].

d'appui à quelque chose »²⁵) pouvant ainsi être non essentiel/principal dès lors qu'elle est significative.

Enfin, la définition de la discrimination directe posée en 2008, non contente de recadrer les quatre éléments constitutifs de base, en ajoute deux supplémentaires : un élément temporel et un élément contextuel. D'une part, l'élément temporel (*i.e.* « *une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été* ») précise la possible qualification discriminatoire d'actes matériels commis dans le passé, dans le présent ou achevés dans le futur. D'autre part, l'élément contextuel (« *dans une situation comparable* ») insiste sur la comparabilité des situations, utile à la dissociation explicite de la discrimination directe et du traitement différent justifié par une différence de situations.

Au-delà des éléments constitutifs, les définitions posées par la loi de 2008 se distinguent en outre par la mention d'une clause de justification ainsi que par la spécificité des domaines d'applications. En effet, l'alinéa 2 de l'article 1 envisage une possibilité de justification de ce qui s'apparenterait à une discrimination indirecte dès lors qu'elle repose sur une justification objective, déterminée par un « *but légitime* » et des « *moyens nécessaires et appropriés* ». En revanche, cet alinéa n'institue pas pour autant une configuration à deux niveaux de discriminations en fonction de leur licéité. Dans le cas présent, la justification objective purge l'acte de son caractère discriminatoire (« *[c]onstitue une discrimination [...] à moins que [...]* »).

Outre la définition de la discrimination, sa prohibition est énoncée par l'article 2 de la loi du 27 mai 2008 qui vient transposer les directives 2000/43/CE, 2000/78/CE, 2002/73/CE, 2004/113/CE et 2006/54/CE. L'interdiction de la discrimination concerne alors six domaines d'application et se formule de la manière suivante :

« 1° Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race est interdite en matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès aux biens et services ou de fourniture de biens et services ;

2° Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge, l'orientation ou identité sexuelle ou le lieu de résidence est interdite en matière d'affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, y compris d'avantages procurés par elle, d'accès à l'emploi, d'emploi, de formation

²⁵ *Le Trésor de la langue française informatisée*, entrée « *fondement* », sens I, B, 1, a, [en ligne] disponible sur [www.cnrtl.fr].

professionnelle et de travail, y compris de travail indépendant ou non salarié, ainsi que de conditions de travail et de promotion professionnelle. [...] ;

3° Toute discrimination directe ou indirecte est interdite en raison de la grossesse ou de la maternité, y compris du congé de maternité. [...] ;

4° Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe est interdite en matière d'accès aux biens et services et de fourniture de biens et services. [...] ».

La pertinence de l'article 2 doit dès lors être grandement nuancée en raison d'une transposition mécanique conduite par le législateur français. La conséquence directe du peu d'égard accordé à la mise en cohérence du droit lors de cette transposition aboutit à la détermination de champs d'application variables en fonction du motif concerné. En conséquence, le point 1° de l'article 2, relatif à la protection sociale, à la santé, aux avantages sociaux, à l'éducation et à l'accès ou la fourniture de biens et services ne concerne que les seuls motifs de l'ethnie et de la race. Le point 2°, relatif au travail, s'applique quant à lui à l'ensemble des motifs de l'article 1, excepté la perte d'autonomie. Le point 3°, relatif non plus à des domaines d'application mais aux motifs de la grossesse et de la maternité, généralise la portée de ces motifs à tous les domaines confondus²⁶. Enfin, le point 4°, relatif au motif du sexe précise son application en matière d'accès ou de fourniture de biens et services. Par cette rédaction, est ainsi créée une gradation composée de quatre échelons selon que la caractéristique protégée en cause s'applique : soit à l'ensemble des six domaines susmentionnés, soit seulement à l'accès ou la fourniture de biens et services ainsi qu'au travail, soit exclusivement au domaine du travail, soit, enfin, à aucun de ces domaines (*i.e.* la perte d'autonomie²⁷).

2. Discrimination et loi du 13 juillet 1983 : 15 + 1 motifs et 4 éléments constitutifs

En droit interne, les dispositions susmentionnées sont en outre à considérer au regard des articles 6 et 6 *bis* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires qui, s'il ne se réfère pas explicitement à la notion de discrimination, précise :

« [a]ucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, de leur origine, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leur patronyme, de leur

²⁶ Ce point 3° se borne en effet à proscrire « toute discrimination » liée à ces motifs. L'interprétation avancée se trouve confirmée par les débats préparatoires relatifs aux alinéas 5 et 6 de l'article 2 qui compose ce point 3° : « [c]es alinéas, en raison de leur portée très générale – aucune matière n'étant mentionnée, ils semblent avoir vocation à s'appliquer à toute situation –, assurent une transposition complète des directives communautaires existantes », in Assemblée nationale (Vasseur, I.), *Rapport fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi (n° 514) portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, enregistré à la présidence le 6 février 2008, n° 695, p. 23.

²⁷ En raison de l'absence de précision de ce nouveau motif à l'art. 2 lors de son ajout à l'alinéa 1 de l'art. 1 par l'art. 23 de la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement.

situation de famille, de leur état de santé, de leur apparence physique, de leur handicap ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race [ou « de leur sexe »²⁸] »²⁹.

Concernant l'élément matériel, cet article conforte la formulation du Code pénal et retient la simple « *distinction* ». Il en va de même pour la modalité de prise en compte des motifs en ce qu'elle est porteuse d'un lien de causalité directe et principal (*i.e.* « *en raison de* »). Quant à l'élément personnel, il se voit restreint par la portée de la loi du 13 juillet 1983, ne trouvant à s'appliquer qu'« *entre fonctionnaires* ». Enfin, avec seize motifs énumérés, le quatrième élément constitutif de la définition diffère à la fois du Code pénal, de la loi de 2008 et du Code du travail. L'énumération comporte en effet plusieurs absences (*e.g.* grossesse, lieu de résidence, caractéristiques génétiques, mœurs, etc.) ainsi qu'une spécificité (*i.e.* opinions philosophiques). Par ailleurs, n'est pas retenue la logique pénale selon laquelle, pour devenir punissable, la distinction devrait se manifester sous la forme d'actes énumérés. À l'inverse, selon l'article 6 – et à l'instar du Code du travail –, la seule distinction opérée entre personnes à raison d'un motif énuméré est prohibée, alors même qu'elle pourrait être susceptible d'équivaloir à une discrimination non punissable au sens du Code pénal.

*

* *

²⁸ Art. 6 *bis*.

²⁹ En dépit du fait qu'il se borne à la seule « *distinction* » entre fonctionnaires, cet article se trouve directement lié à la lutte contre les discriminations dans la fonction publique comme l'illustre le fait que sa principale modification soit intervenue par le biais de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

Tableau n° 1 : Divergences structurelles des quatre énonciations de la discrimination en droit interne au prisme des six éléments constitutifs identifiés *supra*.

Structures des définitions de la discrimination		Loi du 13 juillet 1983	Code pénal	Loi du 27 mai 2008	Code du travail
1°	Élément matériel	toute "distinction"	"toute distinction" (discrimination non punissable)	traitement de "manière moins favorable" (discrimination directe) ou disposition, critère ou pratique "neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner [...] un désavantage particulier" (discrimination indirecte)	NC (mais renvoi à la définition de l'art. 1 de la loi de 2008)
	Précision de l'élément matériel		qui "consiste" en l'un des sept actes mentionnés aux articles 225-2 et 432-7 du code pénal ("discrimination punissable")		
2°	Élément personnel	"entre fonctionnaires"	"entre les personnes physiques" (al. 1) ou "entre les personnes morales" (al. 2, discrimination par association, au regard des caractéristiques "des membres ou de certains des membres de ces personnes morales")	"une personne" par rapport à "une autre" (art. 1, al. 1, discrimination directe) ou "des personnes par rapport à d'autres personnes" (art. 1, al. 2, discrimination indirecte)	toute "personne" ou tout "salarié" (et renvoi à l'art. 1 de la loi de 2008)
3°	Motifs énumérés	14 (art. 6) + 1 (art. 6 bis)	20	11 (art. 1) + 2 (art. 2, 3°)	21 (mais renvoi à l'art. 1 de la loi 2008 = <i>quid</i> de la perte d'autonomie et des convictions)
4°	Modalité de prise en compte des motifs	"en raison de"	"à raison de"	"sur le fondement de" (art. 1 et art. 2, 1°, 2° et 4°) et "en raison de" (art. 2, 3°)	"en raison de" (mais renvoi à la définition de l'art. 1 de la loi 2008 = ambiguïté)
5°	Élément temporel	NC	NC	"ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été" (discrimination commise dans le passé, le présent ou le futur)	NC (mais renvoi à la définition de l'art. 1 de la loi de 2008)
6°	Élément contextuel	NC	NC	"dans une situation comparable" (comparabilité des situations)	NC (mais renvoi à la définition de l'art. 1 de la loi de 2008)

Tableau n° 2 : Énumérations variables des motifs.

Reconnaissance variable des motifs		Art. 6 et 6 bis de la loi du 13 juillet 1983	Art. 225-1 du code pénal	Art. 1 et 2, 3° de la loi 27 mai 2008	Art. L1132-1 du code du travail
1	Origine	x	x		x
2	Sexe	x	x	x	x
3	Situation de famille	x	x		x
4	Grossesse		x*	x	x
5	Apparence physique	x	x		x
6	Patronyme	x	x		x
7	Lieu de résidence		x	x	x
8	Etat de santé	x	x		x
9	Handicap	x	x	x	x
10	Caractéristiques génétiques		x		x
11	Mœurs		x		x
12	Orientation sexuelle	x	x	x	x
13	Identité sexuelle	x	x	x	x
14	Âge	x	x	x	x
15	Opinions politiques	x	x		x
16	Activités syndicales	x	x		x
17	Ethnie	x	x	x	x
18	Nation		x		x
19	Race	x	x	x	x
20	Religion	x	x	x	x
21	Perte d'autonomie			x	
22	Convictions			x	
23	Maternité			x	
24	Activités mutualistes				x
25	Opinions philosophiques	x			

* Absence du motif "grossesse" à l'énumération de l'alinéa 2 de l'article 225-1 du code pénal

Tableau n° 3 : Classement des motifs en fonction de leur fréquence d'occurrence au sein des quatre formulations considérées et variantes éventuelles dans leurs formulations.

Classement des motifs par fréquence de l'occurrence sur les quatre énoncés	Communs (4/4)	Communs mais formulations distinctes du motif	Quasi-communs (3/4)	Quasi-communs mais formulations distinctes du motif	Partagés (2/4)	Isolés (1/4)
Sexe	x					
Handicap	x					
Orientation sexuelle	x					
Identité sexuelle	x					
Âge	x					
Ethnie	x					
Race	x					
Religion	Religion (*2), convictions et opinions religieuses	x				
Origine			x			
Grossesse			x			
Apparence physique			x			
Lieu de résidence			x			
Etat de santé			x			
Opinions politiques			x			
Situation de famille			x			
Patronyme	Variante "nom de famille" <i>in</i> code du travail			x		
Activités syndicales	Variante "opinions syndicales" <i>in</i> loi du 13 juillet 1983			x		
Caractéristiques génétiques					x	
Mœurs					x	
Nation					x	
Perte d'autonomie						x
Convictions						x
Maternité						x
Activités mutualistes						x
Opinions philosophiques						x

Tableau n° 4 : Illustration des portées respectives des motifs au regard des champs d'application des articles 1 et 2 de la loi du 27 mai 2008, de l'article L1132-1 du Code du travail et des articles 225-1, 225-2 et 432-7 du Code pénal.

Champs d'application	Civil									
	Protection sociale	Santé	Avantage sociaux	Education	Accès ou fourniture de biens et services	Travail (affiliation et engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, accès à l'emploi, emploi, formation conditions de travail, promotion)	Ecart d'une procédure de recrutement, de l'accès à un stage ou d'une période de formation	Sanction en emploi	Licenciement	
1	Origine							x	x	x
2	Sexe				x	x		x	x	x
3	Situation de famille							x	x	x
4	Grossesse	x	x	x	x	x		x	x	x
5	Apparence physique							x	x	x
6	Patronyme							x	x	x
7	Lieu de résidence					x		x	x	x
8	Etat de santé							x	x	x
9	Handicap					x		x	x	x
10	Caractéristiques génétiques							x	x	x
11	Mœurs							x	x	x
12	Orientation sexuelle					x		x	x	x
13	Identité sexuelle					x		x	x	x
14	Âge					x		x	x	x
15	Opinions politiques							x	x	x
16	Activités syndicales							x	x	x
17	Ethnie	x	x	x	x	x		x	x	x
18	Nation							x	x	x
19	Race	x	x	x	x	x		x	x	x
20	Religion					x		x	x	x
21	Perte d'autonomie									
22	Conviction					x				
23	Maternité	x	x	x	x	x				
24	Activités mutualistes							x	x	x
25	Opinions philosophiques									

Tableau n° 4 (suite) :

Champs d'application	Autres mesure discriminatoire en emploi (notamment en matière de rémunération, mesure d'intéressement ou distribution d'action, formation, reclassement, affectation, qualification, classification, promotion, mutation, renouvellement de contrat)	Pénal							
		Civil	Refuser la fourniture d'un bien ou d'un service	Entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque	Refuser d'embaucher, sanctionner ou licencier	Subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service	Subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation	Refuser d'accepter une personne à l'un des stage de l'art. L412-8, 2° du CSS	Refus de bénéfice d'un droit accordé par la loi (si dépositaire autorité publique ou en charge service public)
1	Origine	x	x	x	x	x	x	x	x
2	Sexe	x	x	x	x	x	x	x	x
3	Situation de famille	x	x	x	x	x	x	x	x
4	Grossesse	x	x	x	x	x	x	x	x
5	Apparence physique	x	x	x	x	x	x	x	x
6	Patronyme	x	x	x	x	x	x	x	x
7	Lieu de résidence	x	x	x	x	x	x	x	x
8	Etat de santé	x	x	x	x	x	x	x	x
9	Handicap	x	x	x	x	x	x	x	x
10	Caractéristiques génétiques	x	x	x	x	x	x	x	x
11	Mœurs	x	x	x	x	x	x	x	x
12	Orientation sexuelle	x	x	x	x	x	x	x	x
13	Identité sexuelle	x	x	x	x	x	x	x	x
14	Âge	x	x	x	x	x	x	x	x
15	Opinions politiques	x	x	x	x	x	x	x	x
16	Activités syndicales	x	x	x	x	x	x	x	x
17	Ethnie	x	x	x	x	x	x	x	x
18	Nation	x	x	x	x	x	x	x	x
19	Race	x	x	x	x	x	x	x	x
20	Religion	x	x	x	x	x	x	x	x
21	Perte d'autonomie								
22	Conviction								
23	Maternité								
24	Activités mutualistes	x							
25	Opinions philosophiques								

* *

*

II. La nécessaire mise en cohérence du droit interne

Au vu de ces éléments, une difficulté liminaire de l'efficacité de la lutte contre les discriminations repose sur la capacité à penser conjointement les énoncés juridiques susmentionnés définissant la discrimination (directe, indirecte, punissable, non-punissable, en droit pénal, en droit civil, entre personnes physiques ou morales, à partir d'une distinction, d'un traitement défavorable, fondé(e) sur, ou en raison de motifs à énumération variable, rejoignant ou non des domaines d'application spécifiés, manifestée ou non par un acte particulier, etc.). À défaut d'une satisfaction par ce biais, rationnellement envisageable mais toujours irréductiblement complexe, une voie opportune émerge du rapport d'Esther Benbassa et Jean-René Lecerf estimant que « *le toilettage du droit de la discrimination [sic] passe d'abord par une nécessaire remise en cohérence* »³⁰. Reste alors à questionner, dans une démarche prescriptive assumée, les possibles modalités de cette remise en cohérence en reprenant pour ce faire les différents éléments constitutifs identifiés *supra*, qu'ils soient attachés à l'acte matériel (A) ou aux motifs énumérés (B).

A. Les éléments constitutifs liés à l'acte matériel de la discrimination

1. L'élément matériel, en soi

Concernant la discrimination directe, plusieurs critères plaident en faveur d'une plus grande pertinence de la notion de traitement « *moins favorable* » (loi de 2008) au détriment de la seule « *distinction* » (loi de 1983 et Code pénal). Premièrement, si le sens étymologique de la discrimination³¹ justifierait *a priori* le recours à la « *distinction* », c'est une autre substance qui caractérise désormais le concept dans son usage juridique ainsi que dans son sens courant. Cette caractéristique substantielle se trouve davantage attachée au fait que la discrimination « *produit nécessairement de l'inégalité* »³² – bien que l'inégalité ne soit pas nécessairement le produit d'une discrimination. Comme le soulignait Danièle Lochak, la discrimination « *ce n'est pas simplement séparer* », c'est « *en même temps hiérarchiser, traiter plus mal ceux qui,*

³⁰ Sénat (Benbassa, E. & Lecerf, J-R.), *La lutte contre les discriminations : de l'incantation à l'action*, op. cit., v. « Examen en Commission », p. 66.

³¹ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^{ème} éd., op. cit., entrée « Discriminer », « du latin *discriminare*, mettre à part, séparer, distinguer », ou entrée « Discrimination », « du latin *discriminatio*, terme de grammaire et de rhétorique, « séparation » ». Voir encore Gaffiot, F., *Dictionnaire Latin Français*, Paris, Hachette, 1934, p. 538.

³² Lochak, D., « La notion de discrimination », *Confluences Méditerranée*, n° 48, hiver 2003-2004, p. 13.

précisément, seront dits victimes d'une discrimination. L'adjectif discriminatoire désigne ainsi exclusivement un acte ou un agissement qui tend à distinguer un groupe humain ou une personne des autres, à son détriment »³³. Or, sur ce plan, force est de reconnaître que l'acceptation de « *toute distinction* » est beaucoup plus large qu'une distinction préjudicielle opérée au détriment de son sujet. Elle demeure notamment susceptible d'englober des mesures visant l'égalité dès lors qu'elles s'éloignent de l'uniformité de traitement. Cette optique conduit ainsi à préciser l'élément matériel par l'énumération d'actes spécifiques défavorables (e.g. refus, entrave, subordination à l'art. 225-2 du Code pénal). À l'inverse, comme souligné *supra*, la notion de traitement « *moins favorable* » laisse directement transparaître la probabilité du préjudice. Deuxièmement, il pourrait être soutenu dans la perspective de la généralisation de l'un de ces éléments matériels et au regard de leur divergence que celui devant prévaloir pourrait être déterminé en vertu du principe de postérité (i.e. « *la loi nouvelle prime la loi ancienne* »). Or, dans cette hypothèse, puisque la notion de distinction aux fins de qualification d'une discrimination a fait son apparition en 1983 (loi de 1983) et 1992 (Code pénal), ce principe favoriserait la notion de traitement « *moins favorable* », ayant quant à elle intégré l'ordre juridique interne en 2008. Troisièmement, et plus pragmatiquement, il importe de considérer la formulation de l'article 1 de la loi du 27 mai 2008 comme étant le fruit de plusieurs mises en demeure et d'un avis motivé, adressés au gouvernement par la Commission européenne, précisément en raison d'une définition insatisfaisante de la discrimination en droit interne³⁴. Comme le relevait le rapporteur du texte à l'Assemblée nationale : « *la Commission européenne a noté l'absence de définition « précise » de la discrimination directe en droit français [...] déplorant que la responsabilité d'interpréter cette dernière notion conformément au droit communautaire soit complètement laissée au pouvoir du juge national* »³⁵. La Commission y voyant même une atteinte à la sécurité juridique dès lors que « *les droits dont bénéficient les particuliers aux termes d'une directive doivent être clairement et précisément énoncés pour que ceux-ci puissent s'en prévaloir devant les juridictions nationales compétentes* »³⁶. En dépit de ces précisions, la portée des nouvelles définitions introduites en écho à ces propos fut néanmoins restreinte par le refus de leur codification qui aurait pu permettre, dès 2008, l'harmonisation des divergences.

³³ *Idem*, p. 15.

³⁴ Voir Assemblée nationale (Vasseur, I.), *Rapport fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales*, *op. cit.*, p. 23.

³⁵ *Idem*, p. 25.

³⁶ *Ibidem*.

Quant à la discrimination indirecte, seul l'article 1 de la loi de 2008 l'envisage, si bien que le droit interne ne propose en l'état aucune alternative à l'élément matériel suivant : « *une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner [...] un désavantage particulier* ». Toutefois, il est possible de regretter la disparition de la notion de traitement défavorable en ce qu'elle paraît remettre en cause la substance commune des modalités de la discrimination (*i.e.* en réalité l'effet défavorable illégitime). Il pourrait à cet égard être soutenu que cette disposition, ce critère ou cette pratique constitue moins l'élément matériel de la discrimination indirecte qu'une particularité intermédiaire de sa manifestation. D'une part, la dimension préjudicielle et la marque de la défaveur demeurent, bien qu'elles soient caractérisées dans la formule par la notion de « *désavantage particulier* ». D'autre part, la notion de « *traitement* », entendue *lato sensu*³⁷, paraît adéquate et serait susceptible d'être spécifiée par « *une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence* ». Alors, insistant sur la substance commune du phénomène discriminatoire, le traitement défavorable pourrait fort bien être considéré comme élément matériel de la discrimination indirecte qui posséderait simplement un intermède défini et explicitement formulé.

Concernant enfin la discrimination par association, à ce jour, l'alinéa 2 de l'article 225-1 ne l'envisage qu'implicitement et dans un cadre particulier : celui de la discrimination directe entre personnes morales. Hormis la précision tissant un lien entre les motifs énumérés et les membres des personnes morales – et non les personnes morales elles-mêmes –, la formulation se trouve calquée sur l'alinéa 1 de l'article 225-1. Se pose néanmoins la question de l'élargissement de l'emprise de la discrimination par association en droit français, au-delà du seul cas des personnes morales voire au-delà de la discrimination directe. En ce sens, la jurisprudence européenne³⁸ et le Défenseur des droits³⁹ n'hésitent pas à qualifier de discriminatoires des pratiques correspondant à une forme de discrimination par association entre personnes physiques, en se fondant utilement sur les dispositions sanctionnant la discrimination directe. Néanmoins, la notion de discrimination par association, à l'instar de l'injonction à la discrimination⁴⁰, possède ses spécificités et ne saurait être un synonyme parfait de la

³⁷ Entendu *lato sensu* comme un terme englobant potentiellement tant une disposition, qu'un critère ou qu'une pratique. V. *Dictionnaire de l'Académie française*, 8^{ème} éd., *op. cit.*, entrée « traitement », « *manière d'agir avec quelqu'un* ».

³⁸ CJUE, Grande chambre, 17 juillet 2008, Colman, Aff. C-303/06.

³⁹ E.g. Défenseur des droits, Décision MLD-2014-178 du 8 décembre 2014 relative à un refus de location d'un appartement à une personne dont les garants sont bénéficiaire d'une pension d'invalidité.

⁴⁰ Introduit en droit interne par l'article 1, 2^o de la loi du 27 mai 2008 et considéré comme une discrimination (« *la discrimination inclut : [...] [l]e fait d'enjoindre à quiconque d'adopter un comportement prohibé par l'article 2* »).

discrimination directe. Ainsi, sa reconnaissance juridique dissociée pourrait potentiellement permettre de compléter le dispositif. Dans cette hypothèse, la seule précision d'un traitement moins favorable serait suffisante en cas de mise en cohérence du droit pour désigner l'acte matériel de cette modalité particulière. À souligner en sus que, de manière encore plus novatrice et poursuivant la recherche de l'effet utile des directives communautaires, la CJUE a récemment reconnu implicitement la possibilité de discrimination par association dans le cas de discrimination indirecte⁴¹. *Quid* dès lors d'une reconnaissance franche de la discrimination par association, qu'elle procède d'une interprétation inclusive des dispositions existantes ou d'une inscription spécifique en droit interne...

2. L'élément personnel comme sujet de l'acte matériel

Concernant l'élément personnel, les difficultés en vue de l'appréciation du mérite des formules sont moindres dans la mesure où leurs divergences sont sensiblement plus nuancées que pour l'élément matériel de la discrimination. Dans le premier cas, celui de la discrimination directe, un choix devrait être fait entre les légères variantes du Code pénal et de la loi de 2008, proposant ainsi une alternative entre la mention d'un traitement défavorable « *entre personnes* » ou « *d'une personne* » par rapport à « *une autre* ». À cet égard, le double usage du singulier dans la formulation de 2008 permet de souligner de manière explicite le fait que ponctuellement, la discrimination peut être reconnue par l'examen d'une situation composée uniquement de deux individus, sans que ne soit nécessairement exigée la confirmation de la dimension discriminatoire par une multiplicité des comparaisons interindividuelles. Pour cette raison, le traitement défavorable d'une personne par rapport à une autre semble une optique à privilégier. Dans le deuxième cas, celui de la discrimination indirecte, en l'absence d'alternative, c'est là aussi la mention de l'article 1 de la loi de 2008 qui devrait s'imposer (*i.e.* « *des personnes par rapport à d'autres personnes* »). Ici, la pluralité semble indiquer en revanche que la reconnaissance d'une discrimination indirecte ne pourrait procéder d'un traitement « *neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner [...] un désavantage particulier* » pour une seule personne par rapport à une autre. Or, cette dimension que révèle le sens sémantique peut paraître contestable dès lors que le désavantage peut fort bien n'affecter dans les faits qu'un seul

⁴¹ CJUE, Grande chambre, 16 juillet 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD, Aff. C-83/14. Voir Popov, A., « Mise au point et nouveaux développements européens sur la discrimination directe et la discrimination par association », *La Revue des Droits de l'Homme, Actualités Droits-Libertés*, mars 2016, disponible [en ligne] sur [revdh.revues.org].

individu⁴². Cependant, cette critique s'atténue lorsque l'on considère que, au-delà des faits, toute personne partageant la caractéristique se trouverait affectée de manière similaire par la pratique en cause. Alors, apparaît l'aspect crucial des termes choisis qui renvoient à une disposition, un critère ou une pratique « *susceptible d'entraîner* » un désavantage particulier pour « *des personnes par rapport à d'autres personnes* »⁴³. Enfin, la spécificité duale de l'élément personnel dans le cas de la discrimination par association se trouve illustrée par la discrimination entre personnes morales de l'alinéa 2 de l'article 225-1 du Code pénal. D'une part, il existe un sujet personnel auquel est attaché le préjudice (*e.g.* « *les personnes morales* »). D'autre part, il existe un sujet personnel auquel est attaché le motif dont la prise en compte fonde l'acte matériel à la source du préjudice⁴⁴ (*e.g.* « *des membres* » ou « *certaines membres des personnes morales* »). La spécificité de la discrimination par association repose alors sur cette coexistence intime des sujets personnels.

3. Les éléments temporel et contextuel comme précisions de l'acte matériel de la discrimination directe

Comme souligné *supra*, l'article 1 de la loi de 2008 ajoute un élément temporel envisageant la déclinaison explicite de l'acte matériel selon trois temps : passé composé, présent et futur antérieur. Ce dernier temps fut substitué au conditionnel employé dans la formulation communautaire afin d'intégrer les réserves du Sénat au sujet des implications de la formule sur la reconnaissance de discriminations « *hypothétiques* »⁴⁵. Lui fut dès lors préféré le temps du futur antérieur en ce qu'il marque la certitude de l'occurrence. De même, cet article 1 ajoute la notion de comparabilité des situations à la définition. Là aussi, l'adjonction permet de cerner avec davantage de précision la notion de discrimination directe et oppose à la seule distinction entre personnes un traitement moins favorable d'une personne par rapport à une autre dans une

⁴² *E.g.* Décision MLD-2016-044 du 11 février 2016, relative au versement de prestations « enfant » par un comité d'entreprise en raison de la situation de famille.

⁴³ Précision sauvegardée *in extremis* en dépit des oppositions du Sénat souhaitant sa suppression au profit des termes « *entraînant un désavantage particulier* ». Voir encore JORF, 10 avril 2008, n° 24, S (CR), 2008, p. 1595 au sujet de l'amendement n° 2 et Assemblée nationale (Vasseur, I.) et Sénat (Dini, M.), *Rapport fait au nom de la Commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, n° 882 et n° 324, 13 mai 2008.

⁴⁴ *E.g.* Décision MLD-2016-008 du 12 février 2016, relative à des agissements de harcèlement moral à l'égard d'un agent contractuel d'une commune.

⁴⁵ Pour un ultime épisode de la controverse, voir Assemblée nationale (Vasseur, I.) et Sénat (Dini, M.), *Rapport fait au nom de la Commission mixte paritaire, op. cit.* Voir encore JORF, 10 avril 2008, n° 24, S (CR), 2008, p. 1594-1595 au sujet de l'amendement n° 1 et Sénat (Dini, M.), *Rapport fait au nom de la commission des Affaires sociales (I), op. cit.*

situation comparable. Cette précision possède un double mérite. D'une part, elle renforce l'affirmation sous-jacente selon laquelle la prise en compte des motifs énumérés ne saurait constituer une différence de situation en dehors des cas explicitement prévus par la loi (e.g. exigence professionnelle essentielle et déterminante, inaptitude constatée en raison de l'état de santé, etc.). D'autre part, elle place hors du champ de la discrimination directe l'hypothèse d'un traitement différent visant l'égalité en ce que, pour être valable, il se trouve nécessairement fondé et justifié par la reconnaissance d'une différence de situation. Aussi, qu'il s'agisse de l'élément temporel ou de l'élément contextuel, cette démarche de précision ne peut que concourir à la compréhension du phénomène discriminatoire dès lors que ces éléments se trouvent formulés de manière non préjudiciable à l'intelligibilité de la formulation – ce qui, pour la loi du 27 mai 2008, semble être le cas. Par conséquent, ces éléments pourraient être retenus dans la perspective d'une unification des définitions de la discrimination directe.

B. Les éléments constitutifs liés aux motifs potentiels de discrimination

1. La composition de la liste des motifs

Au regard de l'absence d'uniformité des formulations en matière de caractéristiques protégées⁴⁶, Jean-René Lecerf précisait en 2014 que, « *[c]onscient des difficultés nées de la multiplicité des textes, en particulier en ce qu'ils instituent des motifs de discriminations différents, le législateur a commencé à y mettre bon ordre, en privilégiant le renvoi vers l'article 225-1 du Code pénal* »⁴⁷. Si l'intention de la mise en ordre est indubitablement louable, au-delà du Code pénal, il importe de considérer l'exclusivité de certains motifs attachés au Code du travail (les activités mutualistes), à la loi de 1983 (les opinions philosophiques) ou encore à la loi du 27 mai 2008 (les convictions, la maternité, la perte d'autonomie). À ce jour, la liste la plus fournie est celle du Code du travail qui comporte vingt-et-un des vingt-cinq motifs existant en droit français. Par conséquent, plus que la systématique du renvoi au Code pénal, c'est bien l'harmonisation des énumérations de ces vingt-cinq motifs qui permettrait de contribuer à la mise en ordre et à l'intelligibilité du droit interne.

⁴⁶ *Nota bene* : pourrait être soulevée la question de savoir si les caractéristiques protégées intègre véritablement la définition de la discrimination dans la mesure où l'art. L1132-1 du Code du travail, tout en renvoyant à la discrimination « *telle que définie* » à l'art. 1 de la loi du 27 mai 2008, ajoute sa propre liste de caractéristiques protégées, heureusement plus fournie. Il s'agit là encore d'une des ambiguïtés des formulations en vigueur.

⁴⁷ Sénat (Benbassa, E. & Lecerf, J-R.), *La lutte contre les discriminations : de l'incantation à l'action*, op. cit., p. 66.

Il est toutefois évident que certains domaines, en raison de leurs spécificités, s'accommoderaient mal de cette hypothétique généralisation. Il n'est pas ici question de nier ces spécificités ni même de les remettre en cause. Simplement, elles semblent pouvoir être conservées en dépit d'une généralisation des motifs sous conditions de trois précisions. Premièrement, concernant les discriminations directes, une généralisation des motifs n'empêche en aucun cas d'alimenter la liste des exceptions *numerus clausus* d'ores et déjà mentionnées en droit interne (e.g. art. 225-3 du Code pénal, art. 6, al. 3 et 4 et art. 6 bis, al. 2 et 3 de la loi de 1983, art. 2, 2° et 4° de la loi de 2008, art. L1133-1 à L1133-3 du Code du travail) pas plus qu'elle n'empêche de concevoir ces exceptions comme sectorielles. Deuxièmement, en cas de discrimination indirecte, il importe de laisser ouverte la possibilité d'une justification *numerus apertus* conditionnée par un but légitime et des moyens de réalisation nécessaires et appropriés (art. 1, al. 2 de la loi de 2008). Troisièmement, il pourrait être défendu une généralisation du modèle des articles L1133-4 et L1133-5 du Code du travail : « *les mesures prises en faveur des personnes* » sur le fondement d'une caractéristique énoncée « *et visant à favoriser l'égalité de traitement ne constituent pas une discrimination* ». Pour ces raisons, l'émergence de formulations types de la discrimination créditées d'une liste de motifs complète et harmonisée ne semble pas constituer un obstacle insurmontable tout en se présentant comme une avancée certaine vers la mise en cohérence du dispositif antidiscriminatoire.

Au-delà de l'harmonisation des énumérations par la généralisation des motifs, un second chantier, certes bien plus accessoire, pourrait également être envisagé : celui de l'ordonnancement des motifs. En effet, rien ne semble justifier les ordonnancements différents entre les quatre formulations considérées. À ce titre, il pourrait être plaidé en faveur d'un ordonnancement unique et cohérent, structuré par exemple autour de cinq principaux domaines, fonctions du lien direct ou indirect des motifs : à une appartenance collective, vraie ou supposée (origine, ethnie, nation, race), à un engagement personnel (convictions, mœurs, religion, opinions politiques ou philosophiques, activités syndicales ou mutualistes), à l'état civil (patronyme, âge, lieu de résidence, situation de famille), au sexe (sexe, orientation ou identité sexuelle, grossesse, maternité) et, enfin, à la situation physique ou psychique (handicap, perte d'autonomie, état de santé, caractéristiques génétiques et apparence physique). En continuité, se pose la question de la modalité de prise en compte du motif considéré, conditionnant son lien avec l'élément matériel de la discrimination directe ou indirecte.

2. La modalité de prise en compte des motifs énumérés

Concernant la discrimination directe, l'alternative réside, comme évoqué *supra*, entre deux formulations : « à raison de » (ou « en raison de ») et « sur le fondement de » (ou « fondé sur »). La nuance repose sur le fait que la première formulation est davantage porteuse d'un lien de causalité qui serait principal/direct quand la seconde semble se satisfaire de la seule prise en compte significative. Le sens sémantique de cette seconde hypothèse semble alors indiquer que lorsque la caractéristique en cause concourt au traitement défavorable, celui-ci se verrait qualifié de discriminatoire, peu important que cette prise en compte constitue ou non la motivation principale. En somme, la seule considération significative au détriment de la victime de la caractéristique protégée permettrait de vicier l'acte adopté. Toutefois, si cette interprétation⁴⁸ semble davantage en phase avec le recours à la notion de « fondement » plus que de celle de « raison », elle n'est pas pour autant intrinsèquement incompatible avec une interprétation jurisprudentielle extensive de la locution prépositive « à/en raison de ». Quant aux répercussions de cette interprétation, l'une des conséquences non négligeables concerne les exigences de la preuve. Dans cette éventualité, la victime ne se trouverait pas en charge de démontrer que la prise en compte de la caractéristique est bien l'élément ayant déterminé l'adoption de l'acte matériel en cas de discrimination directe. Pour établir la discrimination – ou pour inverser la charge de la preuve –, il suffirait de démontrer – ou de présenter les faits qui permettent de présumer – que le motif a été pris en compte dans le processus d'administration du traitement défavorable et y a concouru au détriment de la victime alléguée.

Concernant la discrimination indirecte, l'article 1, alinéa 2 de la loi de 2008 se réfère simplement à un élément matériel susceptible d'entraîner « pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes », sans mention spécifique des locutions « à raison de » ou « sur le fondement de ». Sur ce point, le législateur s'est éloigné des directives communautaires qui se réfèrent à un élément matériel susceptible d'entraîner un désavantage particulier « pour des personnes d'une religion ou de convictions, [d'une race ou

⁴⁸ En ce sens, voir la jurisprudence canadienne : « [l]'erreur dans la thèse de la Cour d'appel réside dans la croyance qu'il y a discrimination [...] seulement lorsque le [motif considéré] est l'unique élément de l'acte discriminatoire » (*Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 SCR 1288) ; « [t]he prohibited ground of discrimination need not be the only reason for the action taken, so long as it forms one of the reasons » (*Dominion Management v. Velenosi*, 1997 CanLII 14482 (ON CA)) ; « [i]t is well-established in human rights law that the protected ground need only be one factor in the decision made that adversely affected the applicant; it does not have to be the only or primary reason » (*Macan v. Strongco*, 2013 HRTO 841, par. 100).

d'une origine ethnique⁴⁹,] d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés »⁵⁰. Alors, à la lecture de la transposition française, le double emploi de la préposition « pour » ajoute en confusion dans la mesure où son acception varie selon qu'elle est adjointe à « l'un des motifs » pour signifier « en considération de »⁵¹, ou, lorsqu'elle est adjointe à « des personnes » pour signifier « à l'égard de »⁵². Dans le premier cas, la préposition s'inscrit dans une relation de causalité en signifiant cette relation par le substantif introduit⁵³ (i.e. les motifs). Dans le second, elle marque l'idée de destination en introduisant un complément personnel (i.e. « des personnes »)⁵⁴. L'élaboration d'une formule plus adéquate pourrait alors intervenir sous réserve de deux modifications. Premièrement, il pourrait être opportun de substituer à la préposition « pour » comme vecteur de causalité une locution à la signification plus explicite (e.g. « eu égard à », « en considération de », « compte tenu de »⁵⁵). Secondement, cette idée de causalité pourrait être précisée par un intermède illustrant la spécificité indirecte de la discrimination. En effet, puisque la modalité de prise en compte de la caractéristique protégée conditionne le lien de cette dernière avec l'élément matériel de la discrimination, et puisque la spécificité de la discrimination indirecte repose précisément sur la nature de ce lien, alors, la seule marque d'une causalité en apparence directe peut sembler insuffisante, nécessitant par conséquent l'ajout d'un intermède. Une possible formulation reposerait alors sur l'association de la discrimination indirecte à la situation dans laquelle des personnes sont traitées de manière moins favorable que d'autres « par l'intermédiaire d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner un désavantage particulier eu égard à son impact sur l'un des motifs » mentionnés au premier alinéa.

*

* *

À titre anecdotique, la nébulosité du droit interne n'épargne pas la plateforme numérique du Ministère de la Justice dédiée à la lutte contre les discriminations. Celle-ci propose en effet une définition singulière, reposant à la fois sur des éléments constitutifs de la loi de 2008 et du Code

⁴⁹ Directive 2000/43/CE.

⁵⁰ Directive 2000/78/CE.

⁵¹ *Dictionnaire de l'Académie française*, 8^{ème} éd., *op. cit.*, entrée « pour, préposition », sens 1.

⁵² *Idem*, sens 3.

⁵³ Voir *Le Trésor de la langue française informatisée*, *op. cit.*, entrée « pour, préposition », sens III., B., 2.

⁵⁴ *Idem*, sens II., B., 1., a).

⁵⁵ La locution « sur le fondement de » n'étant pas ici adaptée.

pénal, auxquels s'ajoutent des initiatives étrangères au droit positif⁵⁶. Il ne s'agit là que d'une illustration des difficultés à arrêter une formulation à la fois synthétique et susceptible de répondre aux exigences de l'objectif constitutionnel d'intelligibilité, de clarté et de non-complexité excessive de la loi. Dès lors, si elle constitue une entrave probable à la réception sociale et à l'impact social du dispositif antidiscriminatoire, l'hétérogénéité des définitions légales de la discrimination interroge en continuité l'accessibilité du recours au droit et la sous-utilisation des instances chargées de son application. De surcroît, l'harmonisation des termes des dispositions aurait pour conséquence d'unifier automatiquement les interprétations jurisprudentielles qui en sont faites. L'interprétation formulée à l'égard de la délimitation matérielle d'un motif ou de l'exigence du lien de causalité serait présumée commune aux différents domaines car la formulation applicable serait identique. À l'inverse, la divergence – en fonction de l'instrument juridique considéré – des formulations du motif⁵⁷ ou de la modalité de prise en compte⁵⁸ de ce motif fragilise inutilement cette présomption.

Après une occasion manquée en 2008, une clarification et une harmonisation des définitions de la discrimination se présentent par conséquent comme les premiers pas vers la mise en cohérence du dispositif juridique antidiscriminatoire. Resterait néanmoins à déterminer d'une part, les modalités de formulation des champs d'application et, d'autre part, le moyen le plus propice pour conduire cette entreprise d'harmonisation, qu'il s'agisse de la reproduction au sein des différents instruments juridiques d'une disposition commune, de l'instauration d'une logique de renvoi à une disposition faisant office de référence, ou, plus audacieusement, de l'élaboration d'une loi de consolidation. À cet égard, le projet de loi « *Égalité et citoyenneté* » témoigne d'une volonté de modifier les articles 1 et 2 de la loi du 27 mai 2008 pour l'ériger en une « *loi généraliste prohibant les discriminations pour l'ensemble des critères prévus dans le droit positif dans l'ensemble des champs d'application déjà visés par cette loi* »⁵⁹. Puisse cette nouvelle tentative offrir l'occasion d'une mise en cohérence véritable et en profondeur du droit interne.

⁵⁶ « Au sens juridique, une personne ou un groupe est victime de discrimination si les critères suivants sont réunis : 1. Un traitement défavorable ou inégal comparé à d'autres personnes ou d'autres situations existe ; 2. Ce traitement défavorable se fonde sur un des critères interdits par la loi [suivi d'une énonciation des vingt « critères » du Code pénal] ; 3. Ce traitement défavorable intervient dans un domaine spécifié par la loi ». Voir [stop-discrimination.gouv.fr], onglet « Je m'informe », « S'informer sur la loi », « Définitions ».

⁵⁷ E.g. opinions syndicales et activités syndicales.

⁵⁸ E.g. « sur le fondement de » ou « à raison de ».

⁵⁹ Conseil d'État, *Avis du le projet de loi « Égalité et citoyenneté »*, n° 391255, 31 mars 2016, p. 12.