



**HAL**  
open science

# Le droit à la non-discrimination fait peau neuve : brèves considérations sur les incidences de la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle

Robin Medard Inghilterra

## ► To cite this version:

Robin Medard Inghilterra. Le droit à la non-discrimination fait peau neuve : brèves considérations sur les incidences de la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle. *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2016. hal-03322545

**HAL Id: hal-03322545**

**<https://hal.science/hal-03322545v1>**

Submitted on 19 Aug 2021

**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.

# LE DROIT À LA NON-DISCRIMINATION FAIT PEAU NEUVE : BRÈVES CONSIDÉRATIONS SUR LES INCIDENCES DE LA LOI DE MODERNISATION DE LA JUSTICE DU XXI<sup>E</sup> SIÈCLE

 [revuedf.com/droit-social/le-droit-a-la-non-discrimination-fait-peau-neuve-brevs-considerations-sur-les-incidences-de-la-loi-de-](http://revuedf.com/droit-social/le-droit-a-la-non-discrimination-fait-peau-neuve-brevs-considerations-sur-les-incidences-de-la-loi-de-)

## REVUE DES DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX

Article par [Robin Médard](#)

Chronique classée dans [Droit social](#), [Théorie des droits fondamentaux](#)

RDLF 2016, chron. n°27

Mot(s)-clef(s): [Discrimination](#)

*Seize années après l'adoption des directives européennes 2000/43/CE et 2000/78/CE, la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle vient mettre à niveau les degrés de protection que le droit interne accordait aux victimes de discrimination en matière civile. En parallèle, elle répond – partiellement – à un besoin manifeste d'harmonisation des régimes juridiques et laisse espérer le prolongement de cette entreprise voire, pour les plus optimistes, l'amorce d'un processus de consolidation.*



**Robin Médard, Doctorant contractuel à l'Université de Paris Ouest Nanterre la Défense**

Présentée comme une contribution de premier ordre à la lutte contre les discriminations en raison de la création d'une action de groupe, la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle fut adoptée en lecture définitive le 12 octobre et promulguée le 18 novembre 2016 après contrôle du Conseil constitutionnel[1]. Outre l'émergence d'une action de groupe – qui peut légitimement susciter quelques réserves en raison de ses modalités de mise en œuvre[2] – c'est une disposition inattendue qui a permis d'asseoir avec davantage de poids l'opportune contribution de cette loi à la rénovation du droit à la non-discrimination. Le 3 mai 2016, à l'occasion des travaux en commission des lois de l'Assemblée nationale et après un premier passage du texte au Sénat, les rapporteurs déposaient *in extremis*[3] un amendement[4], adopté contre l'avis du gouvernement[5], qui a donné naissance à l'article 86 de la loi commentée (n° 2016-1547). Il modifie 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[6], notamment en élargissant la liste des motifs et en généralisant leur applicabilité à l'ensemble des domaines régis par cette loi (*i.e.* emploi[7], protection sociale, santé, avantages sociaux, éducation, accès et fourniture de biens et services). Sur le plan procédural, le législateur s'est livré à un véritable chassé-croisé dans la mesure où l'amendement précité des rapporteurs intégrait les modifications législatives initialement prévues par l'article 41 du projet de loi *Égalité et Citoyenneté*, déposé quinze jours plus tôt à l'Assemblée nationale. Les enrichissements successifs, fruits de l'examen du second texte, furent par la suite régulièrement transposés au sein du premier par l'intermédiaire de plusieurs amendements de « *coordination* ». Sur le fond, la démarche du législateur était animée par l'ambition de corriger un dispositif législatif « *asymétrique* » et de « *rendre plus efficiente la protection en matière civile sans contraindre la victime à s'adresser au juge pénal* »[8]. À cet égard, en dépit de la richesse des modifications apportées à une loi jusqu'alors minée par les inconséquences du législateur de 2008[9] (I), une lecture critique force le constat d'une démarche inaboutie et invite à plaider en faveur de son prolongement (II).



## I. L'UTILE CORRECTION DES BLOCAGES ORCHESTRÉS LORS DE LA TRANSPOSITION DES DIRECTIVES COMMUNAUTAIRES EN 2008

Acte fort d'une rénovation nécessaire du droit à la non-discrimination (B), l'article 86 de la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle a opportunément corrigé les inepties ayant grevé durant huit années le potentiel de la loi du 27 mai 2008 (A).

### A. La loi du 27 mai 2008 : déficiences et limites à l'appréhension de la discrimination

Transposant par l'intermédiaire de son article premier les définitions communautaires de la discrimination directe et indirecte en droit interne, la loi du 27 mai 2008 constituait jusqu'alors la dernière modification d'ampleur en matière de définition de la discrimination. 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 européenne<sup>[10]</sup> 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 succincts, évacuant les auditions de personnalités qualifiées<sup>[11]</sup>. Quant aux débats parlementaires, ils furent étriés par l'intermédiaire d'une déclaration d'urgence, réduisant le processus de délibération à une lecture par chambre, étalée sur une séance unique<sup>[12]</sup>. *In fine*, la définition retenue de la discrimination, de par ses carences et en raison d'une transposition mécanique, fut dénoncée comme une perte d'intelligibilité, concourant à l'illisibilité du droit antidiscriminatoire<sup>[13]</sup> et à une hiérarchisation des motifs<sup>[14]</sup>.

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 codification<sup>[15]</sup>. Face à cette absence d'uniformisation et à une démarche affranchie des exigences de perfectionnement de l'ordre juridique interne, fut alors 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 exécutés ? C'est là encore une situation dont on ne saurait se satisfaire* »<sup>[16]</sup>. Afin de corriger ces carences, plusieurs amendements furent déposés, tant au Sénat qu'à l'Assemblée nationale<sup>[17]</sup>, en vue d'harmoniser la liste des motifs énumérés par le projet de loi de transposition avec la liste de l'article 225-1 du code pénal.

Bien que soutenues par l'objectif constitutionnel d'intelligibilité de la loi, ces tentatives de 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* »<sup>[18]</sup>. À l'Assemblée, le rapporteur rétorquait avec un détachement similaire en précisant que l'objet des amendements proposés « *ne correspond[ait] pas à l'esprit du projet de loi, qui [était] de procéder à une transposition stricte des cinq directives concernées* ». Au Sénat, son homologue soulignait : « *nous constatons que l'Europe n'en finit pas de légiférer sur les discriminations 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'hui* »<sup>[19]</sup>, dont nous pouvons approuver le principe, mais qu'il n'est pas opportun, me semble-t-il, de faire figurer dans le présent texte »<sup>[20]</sup>.

Infirmant ces prédictions, huit années plus tard, le cadre juridique demeurait en substance inchangé en dépit de l'ajout à géométrie variable de quatre motifs supplémentaires<sup>[21]</sup>. Face à ce constat, et sans languir après une prochaine loi de transposition, il apparaissait particulièrement opportun de procéder à une unification des différentes dispositions en droit interne, ce que fit, même partiellement, la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle.

### B. La loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle : entre harmonisation salutaire du droit à la non-discrimination et renforcement de la voie civile

Fruit des défaillances ci-dessus esquissées, l'article premier de la loi du 27 mai 2008 se bornait avant l'entrée en vigueur de la loi

de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle à une énumération de quatorze motifs seulement, dont deux étaient mentionnés de manière périphérique au sein de l'article 2, 3<sup>o</sup> (*i.e.* la maternité et la grossesse). Simultanément, l'article L1132-1 du code du travail consacrait quant à lui vingt-deux motifs. Le code pénal en précisait vingt-et-un à l'alinéa 1 de l'article 225-1 relatif aux personnes physiques, et seulement vingt à l'alinéa 2 relatif aux personnes morales – le motif de la grossesse ayant été occulté. Enfin, la loi Le Pors du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires énonçait seize motifs, quinze à l'article 6 et un à l'article 6 *bis*. L'état du droit laissait alors transparaître une diversité difficilement justifiable des protections à l'égard de la discrimination[22]. Les articles 86 et 87 de la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle règlent pour l'essentiel ces divergences par l'harmonisation des énumérations du code pénal, de la loi de 2008 et du code du travail[23] autour de vingt-trois motifs communs. À noter l'apparition d'un nouveau motif de discrimination : la « *capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français* ».

En transposant mécaniquement les directives européennes, l'article 2 de la loi du 27 mai 2008 instaurait de surcroît une application variable des motifs de discrimination au sein des domaines envisagés. À défaut de mention à l'article 2, 1<sup>o</sup>, plusieurs motifs ne pouvaient en effet fonder une action civile dans certains domaines bien qu'étant reconnus en droit interne et, pour plusieurs d'entre eux, au sein même de la loi de transposition, à l'article premier. Ainsi, selon la loi de 2008, seule une discrimination sur le fondement de la race – désormais « *prétendue race* »[24] –, de l'ethnie, de la situation de grossesse ou de la maternité était susceptible de fonder une action civile en matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux ou d'éducation. De même, seuls ces quatre motifs ainsi que celui du sexe pouvaient fonder une telle action en cas de discrimination en matière d'accès ou de fourniture de biens et services. Par conséquent, lorsque la discrimination s'inscrivait dans ces domaines et était fondée sur un autre motif que les quatre précités, les dispositions de droit interne[25] n'offraient d'autres perspectives aux victimes que celle de la voie répressive[26] – sous réserve de la mention du motif à l'article 225-1 du code pénal[27] et de la manifestation de la discrimination par l'intermédiaire des actes énoncés à l'article 225-2. Là encore, la loi de modernisation de la justice au XXI<sup>e</sup> siècle met un terme à cette protection à trois vitesses en généralisant l'application de l'ensemble des motifs mentionnés à l'article premier de la loi du 27 mai 2008 aux domaines de l'emploi, de la protection sociale, de la santé, des avantages sociaux, de l'éducation, de l'accès et de la fourniture de biens et services. Loin d'être anodine, cette modification est absolument cruciale et étend considérablement la possibilité d'un recours civil aux victimes de discrimination.

La nécessité de développer la voie civile se trouve renforcée au regard des actuels blocages qui enrayent l'appréhension pénale des comportements discriminatoires[28]. En dépit de l'action salutaire de quelques associations cherchant à stimuler le contentieux pénal[29], celui-ci reste quantitativement faible car particulièrement éprouvant et incertain. Les entraves au contentieux pénal sont situées à différents stades tels que l'enregistrement de mains-courantes – et non de plaintes – voire le refus d'enregistrement[30], le développement quantitativement important des procédures de troisième voie ou encore l'exigence du régime probatoire. Conçus en 2007 pour remédier à certains de ces blocages, les pôles anti-discriminations possèdent par ailleurs un bilan décevant, comme en attestent les confessions de la direction des affaires criminelles et des grâces[31] ou des magistrats référents eux-mêmes[32]. Finalement, c'est essentiellement un processus de déjudiciarisation qui semble progresser par l'intermédiaire des alternatives aux poursuites. À noter que si les faits constitutifs d'une discrimination au sens de l'article 225-1 du code pénal sont signalés par le biais d'une réclamation adressée au Défenseur des droits, ce dernier peut proposer une transaction pénale qui, en cas d'exécution, constitue une cause d'extinction de l'action publique[33]. Néanmoins, si elles rehaussent l'appréhension pénale, ces mesures peuvent légitimement susciter quelques interrogations sur l'effectivité du droit commun[34]. En effet, en cas de caractérisation du délit de discrimination, comment concevoir qu'une transaction dont le montant est plafonné à 3 000 € pour une personne physique puisse contribuer à l'effectivité de l'article 225-2 du code pénal, énonçant dans cette hypothèse une peine potentielle de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 ou 75 000 € d'amende ? Répondre à cette interrogation implique de se positionner au cœur du débat relatif à l'opportunité des peines pédagogiques qui, bien que contribuant à l'efficacité de la réponse pénale, peuvent être questionnées lorsqu'elles freinent l'alimentation d'un contentieux émergent en mal de développement jurisprudentiel.

À défaut de débrider ou même de débloquer cette voie pénale, la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle élargit considérablement et utilement la voie de l'action civile aux victimes de discriminations fondées sur les dix motifs jusque-là écartés de la loi du 27 mai 2008 (*i.e.* origine, situation de famille, apparence physique, patronyme, état de santé, caractéristiques génétiques, mœurs, opinions politiques, activités syndicales et appartenance ou non appartenance, vraie ou supposée, à une nation). De plus, en généralisant l'applicabilité de tous les motifs à l'ensemble des domaines mentionnés par la loi de transposition (*i.e.* emploi, protection sociale, santé, avantages sociaux, éducation, accès ou fourniture de biens et services), elle nivelle par le haut les possibilités de recours civil pour les sept motifs qui voyaient leur potentiel restreint à la seule sphère de l'emploi et qui étaient déjà couverts par l'article L1132-1 du code du travail (*i.e.* lieu de résidence, handicap, orientation et identité sexuelle – désormais « *identité de genre* »[35] –, âge, religion, vulnérabilité économique). Elle rehausse également le niveau de protection pour la discrimination fondée sur le sexe qui voyait quant à elle son empire limité aux domaines de l'emploi et de l'accès ou la fourniture de biens et services. Pour l'ensemble de ces raisons, l'article 86 de la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle constitue sans le moindre doute une avancée contribuant de manière essentielle au développement du droit à la non-discrimination.

## II. LA NÉCESSAIRE POURSUITE DE LA RÉNOVATION DU DISPOSITIF ANTIDISCRIMINATOIRE

Pour autant, que l'on envisage l'harmonisation des définitions de la discrimination (A) ou l'élargissement de son acception en droit interne (B), persistent les effluves d'une sensation d'inachevé tant le législateur semble avoir abandonné précocement son entreprise, s'arrêtant inopportunément au milieu du gué.

### A. La persistance de divergences essentielles au cœur des définitions de la discrimination en droit interne

Alors que l'article 86 de la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle se positionne sur le plan des motifs potentiels de discrimination, il est possible de regretter à cet égard une absence d'harmonisation complète de la législation nationale. La loi Le Pors se trouve en effet écartée du processus d'harmonisation alors que sa rédaction actuelle se borne à énoncer seize motifs – les trois autres textes précités en comprennent désormais vingt-trois. Bien qu'elle possède l'originalité du motif des opinions philosophiques, cette loi offre un degré de protection moindre aux agents publics, défavorisés à la fois vis-à-vis des salariés soumis au droit social mais aussi vis-à-vis des agents des personnes publiques employés dans des conditions de droit privé<sup>[36]</sup>. Pourquoi dès lors ne pas avoir généralisé le processus d'harmonisation à ce quatrième texte de référence ? Ici, il semble que le législateur pêche à nouveau en raison d'une appréhension partielle du droit interne. De même, l'occasion semblait idéale pour procéder à l'intégration, au sein de la loi de 2008, de l'interdiction de la discrimination en matière de logement précisée à l'article 1, alinéa 3 de loi du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

Plus accessoirement, il est possible de s'interroger sur la pertinence de l'éviction de deux motifs à l'issue de la réforme. D'une part, le motif des « *convictions* » n'est pas maintenu par la nouvelle version de l'article 1 de la loi de 2008. D'autre part, celui des « *activités mutualistes* » est écarté en raison de la disparition de la liste propre des motifs du code du travail et de son remplacement par un renvoi à l'article premier de la loi de 2008, laquelle n'a jamais inclus cette spécificité, privilège de l'ancien article L1132-1. Par ailleurs, bien qu'elle soit susceptible d'être englobée par les critères de grossesse ou de sexe, la situation de maternité<sup>[37]</sup> ne se trouve explicitement mentionnée que par la loi de 2008, en périphérie de l'article premier, à l'article 2, 4<sup>o</sup>. À l'inverse, l'harmonisation a bénéficié au critère de la perte d'autonomie, désormais intégré au code pénal et au code du travail<sup>[38]</sup>, ainsi qu'à celui de la grossesse, qui a été étendu à l'alinéa 2 de l'article 225-1 du code pénal<sup>[39]</sup>.

Demeure en suspens la question du statut des articles L1132-2 à L1132-3-3 du code du travail qui énoncent l'interdiction de la discrimination en raison de l'exercice normal du droit de grève (L1132-2), du témoignage ou du récit d'un cas de discrimination (L1132-3), de l'exercice des fonctions de juré ou de citoyen assesseur (L1132-3-1), du refus de mutation géographique dans un État incriminant l'homosexualité (L1132-3-2) ou encore du témoignage ou du récit, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont la personne aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions (L1132-3-3)<sup>[40]</sup>. La gravitation de ces motifs autour de l'article L1132-1, qui pose le régime général en droit social, peut apparaître inopportune et les récentes modifications législatives auraient gagné à se saisir de cette particularité<sup>[41]</sup>. En transparence, c'est le choix du législateur pour une liste « *fermée* » des motifs de discrimination qui doit être questionné en ce qu'il implique nécessairement leur prolifération dans les textes. Si cette solution est maintenue, les motifs continueront à affluer en droit interne car les biais des traitements et effets défavorables considérés comme illégitimes<sup>[42]</sup> et reposant sur une caractéristique particulière sont susceptibles de se manifester bien au-delà de ce que le législateur envisage. L'énumération est en conséquence nécessairement restrictive à moins qu'elle ne s'inscrive dans le cadre d'une énumération « *ouverte* » à l'instar de l'article 14 de la Convention EDH ou de l'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés. Cette dernière consacre une catégorie de motifs « *analogues* »<sup>[43]</sup>, non prévus par les textes et reconnus par les tribunaux pour répondre aux situations concrètes qui se présentent devant eux (*e.g.* situation de l'enfant adopté<sup>[44]</sup> ou enfant né hors mariage<sup>[45]</sup>, méthode de conception<sup>[46]</sup>, etc.<sup>[47]</sup>).

Aussi indispensable soit-elle, l'harmonisation des motifs ne permettrait pas à elle seule de satisfaire l'idéal d'unification des définitions de la discrimination. Pour illustrer ce propos, nous nous bornerons à souligner quatre divergences sémantiques persistantes. Premièrement, l'élément matériel de la discrimination se trouve être un « *traitement moins favorable* » pour la loi de 2008 et le code du travail – qui renvoie à cette dernière – quand le code pénal et la loi du 13 juillet 1983 persistent à considérer la discrimination au prisme de la « *distinction* », au détriment de la terminologie du droit communautaire. Ensuite, une zone d'ombre reste à éclaircir concernant la modalité de prise en compte du motif : le traitement défavorable doit-il être « *fondé sur* » l'une des caractéristiques mentionnées (loi de 2008 et code du travail) ou doit-il être commis « *en raison* » de celle-ci (code pénal et loi Le

Pors) ? L'exigence du lien de causalité semble plus élevée dans la seconde hypothèse qui laisse transparaître la nécessité d'un élément causal principal. À l'inverse, la première hypothèse se veut plus souple et semble englober le cas où le motif est pris en compte de manière significative mais non nécessairement principale. Ces nuances possèdent d'importantes répercussions sur la preuve dont devra s'acquitter le requérant. Elles demeurent néanmoins indicatives car sémantiques et ne conditionnent en aucun cas une interprétation jurisprudentielle plus large qui serait normative. La chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi considéré que le motif n'avait pas à être exclusif<sup>[48]</sup> sans pour autant préciser s'il pouvait être accessoire. Troisièmement, parmi les éléments définitionnels, l'opportunité d'une généralisation des marqueurs temporel et contextuel présents dans la loi de 2008 devrait également être évaluée concernant le cas de la discrimination directe. L'article premier de cette loi s'attache à la situation dans laquelle 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* ». Or, ces deux précisions sont absentes de la loi Pors et du code pénal. Enfin, un ultime choix rédactionnel mériterait d'être remis en cause dans l'optique d'une refonte du dispositif antidiscriminatoire. Il porte sur la reconduction à l'article 225-2 du code pénal de la logique structurante des anciens articles 416 et 416-1, consistant à réserver la qualification du délit de discrimination à certains actes explicitement et limitativement énumérés. À l'inverse, la loi de 2008 et le code du travail se réfèrent – de manière exhaustive dans le premier cas, non exhaustive dans le second, qui reste néanmoins cantonné au droit social – à des « *matières* » (e.g. santé, avantages sociaux, éducation, mutation, affectation, reclassement). Or, si le choix rédactionnel du code pénal pouvait avoir un sens lorsque l'interdiction de la discrimination – comme règle autonome – n'était envisagée qu'en droit pénal dans le cadre d'une subdivision de l'ancien code intitulée « *violation des règlements relatifs aux manufactures, au commerce et aux arts* », ce choix structurel semble aujourd'hui contestable au regard de deux éléments : d'une part, l'émergence puis la généralisation de l'interdiction de la discrimination en droit civil ; d'autre part, la déssectorisation au sein du code pénal de cette interdiction, figurant désormais en ouverture des « *atteintes à la dignité de la personne* ».

En conséquence, il est possible de soutenir que l'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité<sup>[49]</sup> ainsi que les exigences de clarté<sup>[50]</sup>, de précision<sup>[51]</sup> et de non complexité excessive<sup>[52]</sup> de la loi invitent le législateur à poursuivre son élan. Car si la complexité semble ici plus inutile qu'excessive, elle n'en est pas moins dommageable<sup>[53]</sup> (*ignorantia iuris nocet*) et intrigue le juriste quant à la cohérence de l'œuvre entreprise.

## B. Perspectives pour un nivellement par le haut de l'acceptation de la discrimination

Au-delà de l'unification des définitions de la discrimination, les réformes suggérées par le Défenseur des droits pourraient également mériter l'attention du législateur en vue d'un nivellement par le haut des protections offertes aux victimes. Lors de son audition en commission spéciale de l'Assemblée nationale<sup>[54]</sup>, le Défenseur des droits insistait notamment sur la nécessité d'étendre l'obligation d'aménagement raisonnable au domaine de l'accès ou de la fourniture de biens et services. Déjà présente en matière d'emploi à la suite d'une impulsion communautaire<sup>[55]</sup>, cette obligation se trouve également énoncée par l'article 2 de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées qui précise que « *la discrimination fondée sur le handicap comprend toutes les formes de discrimination, y compris le refus d'aménagement raisonnable* ». L'obligation d'aménagement raisonnable est ainsi conçue comme étant corollaire à l'interdiction de la discrimination et consiste en une obligation de moyens – non de résultat. Elle implique la recherche des « *modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou indue apportés, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales* » (art. 2). À ce sujet, constatant le mutisme de la loi du 27 mai 2008 et du code pénal, Jacques Toubon plaidait en faveur d'une mise à niveau des protections.

De surcroît, l'autorité constitutionnelle indépendante a eu l'occasion d'insister sur l'opportunité d'une clarification de la notion de harcèlement au sein de la loi du 27 mai 2008. À ce jour, celle-ci témoigne certes de la transposition des directives 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2006/54/CE mais elle ne reprend pas explicitement le terme de harcèlement et se borne à mentionner « *tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* ». Dès lors, la définition contraste avec l'art. L1152-1 du code du travail qui se réfère à des « *agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* », ainsi qu'avec l'article L1153-1 relatif au harcèlement sexuel et comportements assimilés<sup>[56]</sup>. Le Défenseur des droits proposait en conséquence d'introduire la notion de harcèlement dans la loi de 2008 tout en écartant l'élément de répétition sous condition de gravité pour *in fine* préciser que « *la discrimination inclut [...] le harcèlement entendu comme tout comportement indésirable, y compris isolé lorsqu'il est d'une particulière gravité, lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* »<sup>[57]</sup>. En sus, toujours dans une optique d'harmonisation, la

protection contre le sexisme insérée dans le code du travail en août 2015[58] pourrait être étendue à la loi Le Pors portant droits et obligations des fonctionnaires[59].

Enfin, les récentes considérations de la Cour de justice de l'Union européen invitent à réévaluer l'opportunité d'une reconnaissance explicite de la discrimination par association en droit interne. Dans son arrêt *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*[60], la CJUE a admis l'hypothèse d'une discrimination par association résultant d'une discrimination indirecte[61]. Or, si l'article premier de la loi du 27 mai 2008 fait mention de la discrimination directe (alinéa 1) et indirecte (alinéa 2) tout en élargissant l'acception à l'injonction à la discrimination ainsi qu'aux faits assimilables à du harcèlement (alinéa 3 : « *la discrimination inclut : [...]»*), il demeure muet quant à la discrimination par association. Pourtant, le droit français n'ignore pas cette manifestation spécifique. L'article 225-1, alinéa 2, du code pénal illustre en effet ce phénomène, sans nommer la chose, lorsqu'il consacre la discrimination à l'encontre de personnes morales au regard des caractéristiques « *des membres ou de certains membres de ces personnes morales* ». Se pose néanmoins la question de l'élargissement de l'emprise de la discrimination par association en droit français, outre le cas de la discrimination à l'encontre des personnes morales. Certes, le juge communautaire[62] et le Défenseur des droits[63] n'hésitent pas à sanctionner des pratiques correspondant à une forme de discrimination par association entre personnes physiques, en se fondant utilement sur les dispositions sanctionnant la discrimination directe. Toutefois, à l'instar de l'injonction à la discrimination, du harcèlement ou de l'obligation d'aménagement raisonnable[64], la discrimination par association possède ses spécificités et sa reconnaissance à l'article 1 de la loi de 2008 pourrait permettre de compléter le dispositif juridique sans en entacher la lisibilité. Au contraire, dépassant la désormais traditionnelle approche juridique binaire entre discrimination directe et indirecte, une clarification conceptuelle des modalités d'expression du phénomène discriminatoire apparaît aujourd'hui nécessaire (discrimination par association, systémique, intersectionnelle ou multiple[65]) afin de faciliter et perfectionner son appréhension, devant les cours et au-delà.

\*

Au vu des quelques éléments soulignés *supra*, de nombreuses carences semblent mériter l'attention du législateur. Après un premier acte manqué en 2008 et un deuxième acte ayant permis de saisir le cœur de la problématique que constitue la rénovation du dispositif juridique, espérons que le législateur réserve aux victimes de discrimination un troisième acte, susceptible de combler les attentes ci-dessus esquissées voire de les surpasser en envisageant audacieusement la rédaction d'une loi de consolidation[66].

Loin de constituer un projet chimérique, la consolidation du dispositif juridique antidiscriminatoire en droit civil pourrait parfaitement procéder du renforcement de la loi du 27 mai 2008. Les retouches apportées par la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle s'inscrivent en ce sens. A ainsi été insérée à l'article 2, 3<sup>o</sup> une clause générale de justification des traitements moins favorables adoptés sur le fondement des motifs énumérés en cas de but légitime et de moyens nécessaires et appropriés[67]. Cette clause générale de justification a été accompagnée d'un régime spécial nouvellement créé au sein de ce même article disposant l'impossible dérogation aux différences de traitement adoptées sur le fondement du patronyme, de l'origine, de l'ethnie ou de la prétendue race – à rapprocher ici des exigences de l'article premier de la Constitution du 4 octobre 1958. En outre, ont été intégrées les dérogations applicables aux mesures proactives visant à favoriser l'égalité pour les personnes handicapées ainsi que pour les personnes résidant dans certaines zones géographiques – dérogations jusque-là envisagées par le seul code du travail aux articles L1133-4 et L1133-5[68]. Les modalités de partage de la preuve explicitées à l'article 4 de la loi de 2008 ont elles aussi été enrichies par une disposition précisant que « *le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles* ». Cette disposition fait écho à la nécessité de renforcer le recours aux mesures d'instruction au sein du contentieux antidiscriminatoire pour dépasser les blocages de la preuve[69]. L'article 42 du projet de loi *Égalité et Citoyenneté* repose sur cette même ambition lorsqu'il organise – toujours au sein de l'article 4 de la loi de 2008 – la recevabilité de la preuve recueillie par *testing* en matière civile et non plus seulement pénale[70]. Quant à l'article 43 de ce projet de loi, il confèrera probablement une dimension institutionnelle à la loi de 2008 en accordant une reconnaissance législative au Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes.

En conclusion, l'ensemble de ces modifications permet de donner corps à la loi de 2008 qui souffrait jusque-là d'une codification partielle et d'un équilibre précaire. Puisse le législateur poursuivre son élan et faciliter la mutation de la loi de 2008, lui permettant de délaisser sa condition de simple loi de transposition pour embrasser celle d'une « *loi généraliste* »[71], régissant l'ensemble de la matière civile et contribuant opportunément à renforcer l'intelligibilité du dispositif antidiscriminatoire.

[1] Décision n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016 – Loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle. Déclaration de conformité partielle.

[2] Considérée comme la mesure phare de la loi de modernisation de la justice, il est à craindre que l'action de groupe ne permette de satisfaire les espoirs qu'elle a su concentrer. En effet, ses modalités de mise en œuvre limitent son empire à l'appréhension des cas où « *plusieurs personnes placées dans une situation similaire subissent un dommage causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles* » (art. 62, 85, 89 et 91, respectivement applicables : devant le juge judiciaire ; devant le juge administratif – L77-10-3 du CJA ; en matière environnementale – L14263-1 du code de l'environnement ; et en matière de protection des données à caractère personnel – art. 43 *ter* de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés). Une triple analogie (situations des victimes, identité de l'auteur du dommage, nature du manquement) est ainsi érigée en limite problématique qui tend à stériliser le potentiel de ce nouvel outil juridique dans le cadre de la discrimination systémique bien que l'appréhension de ce phénomène complexe ait parfois pu être présentée comme l'objectif principal – « *ce que l'on traque là est la discrimination systémique* » (E. Boussard-Verrecchia, tel que cité *in* F. Mehrez, « Justice du 21<sup>e</sup> siècle : action de groupe en matière de discrimination », *Dalloz Actualités*, 8 juillet 2015). Comme le souligne Marie Mercat-Brun, les discriminations systémiques : « *ne dérivent pas forcément d'une stratégie intentionnelle d'un auteur précis issu des rangs de l'entreprise. Les pratiques peuvent émaner de plusieurs auteurs ou de pratiques perpétrées dans plusieurs filiales d'un groupe, dans un métier, ou à différents niveaux hiérarchiques. Il s'agit bien de « schémas » de « désavantages structurels » qui affectent des groupes désignés* » (M. Mercat-Brun, « L'identification de la discrimination systémique », *Rev. Trav.*, 2015, p. 672 et s. ). D'autres mécanismes de l'action de groupe, telle qu'envisagée par la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, suscitent également la perplexité. V. à cet égard, v. F. Guiomard, « [L'action de groupe peut-elle contribuer à lever les freins de l'action contentieuse ?](#) », *La Revue des Droits de l'Homme*, 2016, n° 9. *Nota bene* : la présente contribution n'a pas vocation à commenter ce dispositif spécifique de l'action de groupe.

[3] L'échec de la commission mixte paritaire a finalement eu pour effet de prolonger les travaux parlementaires initialement limités à une lecture par chambre du fait de la procédure accélérée.

[4] Amendement n° CL415 déposé le 3 mai 2016 par les rapporteurs en commission des lois de l'Assemblée nationale. Cet amendement reprend dans une large mesure, et volontairement, la formulation initiale de l'article 41 du *Projet de loi Égalité et Citoyenneté*, (texte AN n° 3679), enregistré à la présidence le 13 avril 2016.

[5] Sur les motivations de l'opposition du gouvernement à cet amendement et à ceux suivirent, v. not. Assemblée nationale (Commission des lois constitutionnelles), [Compte rendu \(n° 77\)](#), 4 mai 2016, séance 16h15, pp. 28-29 et JORF, 13 juillet 2016, n° 78 [2], AN (CR), 2016, pp. 5341-5342.

[6] Pour une mise en contexte, v. M-T. Lanquetin, « Discriminations : loi d'adaptation au droit communautaire du 27 mai 2008 », *Dr. Soc.*, 2008, p. 778.

[7] Plus exactement : « *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 professionnelle et de travail, y compris de travail indépendant ou non salarié, ainsi que de conditions de travail et de promotion professionnelle* ».

[8] Assemblée nationale, *Projet de loi Égalité et Citoyenneté*, *op. cit.*, p. 46.

[9] V. M. Miné, « Discriminations : une transposition laborieuse... », *Rev. Trav.*, 2008, n° 9 p. 532 et « Discriminations : une transposition laborieuse... (suite) », *Rev. Trav.*, 2008, n° 12, p. 741.

[10] Sénat (M. Dini), *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. V. également JORF, 26 mars 2008, n° 15 [2], AN (CR), 2008, pp. 916-919.

[11] 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, les partenaires sociaux, la Commission nationale de la négociation collective, et le Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre hommes et femmes. V. JORF, 26 mars 2008, *op. cit.*, p. 938.

[12] En ce sens, v. *idem*, pp. 935-936.

[13] Conséquence des rejets successifs des amendements n<sup>os</sup> 14, 37, 15, 16 et 38 au Sénat, et des amendements n<sup>os</sup> 58, 22, 2, 54, 16, 25, 60, 17, 20 et 26 à l'Assemblée nationale. V. *idem*, pp. 941-943 et JORF, 10 avril 2008, n° 24, S (CR), 2008, pp. 1599-1600.

[14] V. not. JORF, 26 mars 2008, *op. cit.*, pp. 919-927.

[15] En ce sens, v. *idem*, p. 937 et p. 942.

[16] *Ibidem*, p. 939.

[17] Au Sénat : amendement n° 37 soutenu par A. David. À l'Assemblée : amendements n°s 58 et 22 soutenus par M. Billard et M. Pinville.

[18] JORF, 26 mars 2008, *op. cit.*, p. 942.

[19] *Supra*, note 11.

[20] JORF, 10 avril 2008, *op. cit.*, p. 1601.

[21] Ajout de : « *l'identité sexuelle* » – désormais « *identité de genre* » – 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* » à l'article 225-1 du code pénal, à l'article L1132-1 du code du travail et aux articles 1 et 2 de la loi du 27 mai 2008 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 ; de « *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 ; la « *particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur* » à l'article 225-1 du code pénal, à l'article L1132-1 du code du travail et aux articles 1 et 2 de la loi du 27 mai 2008 par l'article unique de la loi n° 2016-832 du 24 juin 2016 visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale.

[22] Sur ce point, v. récemment S. Slama, « *La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ?* », *La Revue des Droits de l'Homme*, 2016, n° 9 : « *l'appareil normatif antidiscriminatoire actuel n'est pas le résultat d'une réflexion visant à lui assurer une certaine unité mais constitue uniquement le résultat de différentes couches et sous-couches législatives qui se sont accumulées ces trente dernières années rendant peu lisible ce droit. Nous pensons que cette complexité du droit de la non-discrimination résultant de la stratification législative constitue un des facteurs de d'ineffectivité de ces normes* ».

[23] L'harmonisation avec le code du travail s'est fait dans un second temps, à l'article 45 du texte n° 3872 devenu l'article 87 du projet de loi adopté en lecture définitive. V. amendement n° CL208, déposé en commission des lois de l'Assemblée nationale le 28 juin 2016 par les rapporteurs du texte. Cet amendement reprend l'amendement n° 904 (2<sup>ème</sup> Rect) déposé par les rapporteurs en commission spéciale de l'Assemblée nationale le 12 juin 2016 dans le cadre de l'examen du projet de loi *Égalité et Citoyenneté* précité.

[24] Formulation issue de la version originale de l'article 41 du projet de loi *Égalité et Citoyenneté* précité et transposée au sein du projet de loi sur la modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle par l'amendement n° CL415 précité.

[25] Naturellement, l'art. 14 de la Convention EDH prohibe la discrimination dans le champ des droits que la Convention reconnaît. Quant aux directives 79/7/CEE du 19 décembre 1978 et 86/378/CEE du 24 juillet 1986, elles couvrent partiellement l'interdiction de la discrimination sur le fondement du sexe en matière de protection sociale.

[26] À noter toutefois l'art. L1110-3 du code de la santé publique qui proscriit la discrimination en matière d'accès aux soins sur le fondement des motifs de l'article 225-1 du code pénal ainsi que du bénéfice de la protection complémentaire ou du droit à l'aide (*confer* art. L861-1 et L863-1 du code de la sécurité sociale et art. L251-1 du code de l'action sociale et des familles).

[27] Quatre motifs consacrés en droit interne échappaient à une appréhension pénale : les activités mutualiste (L1132-1 du code du travail seulement), les convictions, la perte d'autonomie (loi du 27 mai 2008 seulement) ainsi que les opinions philosophiques (art. 6 de la loi Le Pors seulement). Les deux premiers ont été supprimés par la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle. Le troisième motif a été conservé et étendu au code pénal et au code du travail. Seul le dernier existe encore aujourd'hui en droit interne sans être saisi par le code pénal.

[28] Pour illustration, sur une période de cinq ans, de 2009 à 2013, les données tirées de l'exploitation du Casier judiciaire révèlent la sanction et la condamnation de quatre-vingt-neuf infractions de discrimination seulement. V. Ministre de la justice, *Étude d'impact. Projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI<sup>e</sup> siècle*, NOR : JUSX1515639L, 31 juillet 2015, p. 170. Pour une rétrospective sur le temps long, v. not. L. Mourey, *Le rôle du droit pénal dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations*, thèse dactylographiée, 2012.

[29] Not. SOS Racisme (*e.g.* Cass. Crim., 22 septembre 2015, n° 14-84.802, Inédit ; 21 juin 2011, n° 10-85.641, Inédit ; 28 septembre 2010, n° 09-88.269, Inédit ; CA Versailles, 9<sup>ème</sup> ch., 18 mars 2016, n° 14/04196) et MRAP (*e.g.* CA Lyon, 7<sup>ème</sup> ch., 4 février 2009, n° 1757/08 ; CA Grenoble, 1<sup>ère</sup> ch. Correctionnelle, 27 octobre 2005, n° 04/01355 ; CA Versailles, 1 octobre 2003, n° 2003-01161). À cet égard v. encore V-A. Chappe, *L'égalité en procès : sociologie politique du recours au droit contre les discriminations au travail*, thèse dactylographiée, pp. 505-583, ou S. Benichou, *Le droit à la non-discrimination « raciale ». Instruments juridiques et politiques publiques*, thèse dactylographiée, pp. 236-238.

[30] V. not. ECRI, *Rapport sur la France (cinquième cycle de monitoring)*, (CRI(2016)1), Strasbourg : Conseil de l'Europe, mars 2016,

p. 10 et p. 38 ; GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, note n° 2 du conseil d'orientation du GELD, octobre 2000, p. 21 ; I. Carles, et C. Hervás, « [Entretien avec M. François Perrain, Procureur de la République de Valenciennes](#) », *La Revue des Droits de l'Homme*, n° 9.

[31] CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Année 2015*, pp. 138-141 ou encore CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Année 2014*, pp. 114-116.

[32] I. Carles, et C. Hervás, « Entretien avec M. François Perrain, Procureur de la République de Valenciennes »/oc. cit.

[33] Art. 28 de la loi organique n° 334-2011 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

[34] Au-delà de son impact sur l'effectivité du droit commun, la transaction pénale est souvent critiquée lorsqu'elle est confiée à une autorité administrative indépendante en ce qu'elle témoigne d'un mélange des genres inopportun. En ce sens, v. J. Chevallier, « La solution des litiges et les réponses aux conflits », in D. Borrillo (dir.), *La HALDE : actions, limites et enjeux*, CERSA/CREDOF, Paris : La Documentation française, 2007, p. 67 : « *le système de la transaction pénale s'inscrit tout à fait dans cette perspective de dénaturation de l'institution qui comporte toute une série de dérives et de problèmes complexes de coordination avec l'autorité judiciaire* ».

[35] Amendement n° 904 (2<sup>ème</sup> Rect) déposé par les rapporteurs en commission spéciale de l'Assemblée nationale le 12 juin 2016 dans le cadre de l'examen du projet de loi *Égalité et Citoyenneté* précité et transposé au sein du projet de loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle par l'amendement de coordination n° CL200 déposé par les rapporteurs en commission des lois de l'Assemblée nationale le 28 juin 2016. Pour une argumentation sur la modification terminologique, v. Défenseur des droits, *Avis n° 16-15*, auditionné le 31 mai par la commission spéciale de l'Assemblée nationale chargée d'examiner le projet de loi n° 3779 *Égalité et Citoyenneté*, pp. 18-20.

[36] En ce sens, v. encore S. Slama, « La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ? »/oc. cit.

[37] En ce sens, v. directive 2004/113/CE du 13 décembre 2005, cons. 20 : « *un traitement moins favorable de la femme en raison de la grossesse et de la maternité devrait être considéré comme une forme de discrimination directe fondée sur le sexe* ».

[38] L'article 23 de la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement s'était en effet borné à introduire ce critère au sein de la loi du 27 mai 2008.

[39] Cette situation asymétrique résultait de la maladresse du législateur qui, lors de l'adoption de l'article 13 de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, ne prit la peine de généraliser l'insertion du motif de la grossesse, excluant son influence tant de la loi le Pors que de l'alinéa 2 de l'article 225-1 du code pénal.

[40] Pourrait également être considéré le cas de l'article L1110-3 du code de la santé publique et, plus particulièrement, du bénéfice de la protection complémentaire ou du droit à l'aide comme motifs de discrimination en matière d'accès aux soins.

[41] Les articles L1132-3 et L1132-3-1 rejoignent la question de la prohibition des représailles. L'article L1132-3-2 pourrait fort bien être considérée comme une interdiction de la discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle (*i.e.* mesure en apparence neutre mais entraînant un désavantage particulier au regard de l'orientation sexuelle de la personne mutée en raison de la législation incriminant l'homosexualité).

[42] Sur l'articulation entre illégitimité du traitement et discrimination, v. not. : D. Lochak, « La notion de discrimination », *Confluences Méditerranée*, 2003-2004, n° 48, pp. 13-23 ; D. Lochak, « La notion de discrimination dans le droit français et le droit européen », in M. Tsujimura & D. Lochak (dir.), *Égalité des sexes : la discrimination positive en question. Une analyse comparative (France, Japon, Union européenne et États-Unis)*, Paris : Société de législation comparée, 2006, pp. 39-60.

[43] Les ferments de cette spécificité ne sont pas dénués d'intérêts. Ils dénotent d'une considération des motifs comme simples « indices » (*Miron c. Trudel*, [1995] 2 RCS 418, par. 132) de discriminations potentielles, c'est-à-dire des éléments « *communément utilis[és] pour établir des distinctions qui ont peu ou pas de lien rationnel avec la matière traitée, traduisant généralement l'existence d'un stéréotype* » (*idem*, p. 424). Sans rapport hiérarchique, les motifs énumérés ou analogues diffèrent simplement à raison de la source juridique qui les considère. Alors que les motifs énumérés constituent des indicateurs législatifs, les motifs analogues sont quant à eux des indicateurs jurisprudentiels. *In fine*, ils constituent tous « *des indicateurs permanents de l'existence d'un processus décisionnel suspect ou de discrimination potentielle* » (*Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 RCS 203, par. 7).

[44] *Strong v. Marshall Estate*, 2009 NSCA 25 (CanLII), par. 32.

[45] *Murley c. Hudye* (1997), 141 DLR (4th) 25.

[46] *Pratten v. British Columbia (Attorney General)*, 2011 BCSC 656 (CanLII), par. 234.

[47] L'amendement n° 67 (non soutenu) déposé à l'Assemblée nationale le 6 juillet 2016 visait à ajouter le motif de la « *domiciliation bancaire* » pour lutter contre les discriminations à l'encontre des ultramarins en matière de services de crédit, reprenant ainsi les amendements n° 1010 (rejeté) et n° 1520 (non soutenu) déposés le 23 juin 2016 à l'Assemblée nationale dans le cadre de l'examen du projet de loi *Égalité et Citoyenneté* précité.

[48] Cass. Crim., 14 juin 2000, n° 99-81.2000, *Bull. crim.*, n° 226, p. 669 et Cass. Crim., 2 septembre 2008, n° 07-81.661, *Bull. crim.*, n° 174.

[49] CC, Décision n° 99-421 DC, 16 décembre 1999, cons. 13, Recueil, p. 136.

[50] CC, Décision n° 2001-451 DC, 27 nov. 2001, cons. 13, Recueil, p. 145

[51] CC, Décision n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, cons. 9., Recueil, p. 49. V. encore CC, Décision n° 98-401 DC, 10 juin 1998, cons. 10, Recueil, p. 258.

[52] CC, Décision n° 2005-530 DC, 29 décembre 2005, cons. 77, Recueil, p. 168. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel affirme que la violation de l'exigence de non complexité excessive menace l'exercice des droits et libertés, le droit au recours ainsi que l'effectivité des garanties énoncées aux articles 6 et 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

[53] En ce sens, v. G. Pau-Langevin *in* JORF, 26 mars 2008, *op. cit.*, p. 943 : « *si nous voulons que ce droit [antidiscriminatoire], qui est déjà un peu complexe, soit utile et utilisé, il faut qu'il soit à peu près lisible* ».

[54] Défenseur des droits, *Avis n° 16-15*, *op. cit.*, pp. 12-16. V. aussi Défenseur des droits, *Avis n° 16-19*, auditionné le 19 juillet 2016 par la commission spéciale du Sénat chargée d'examiner le projet de loi n° 773 relatif à l'Égalité et la Citoyenneté, pp. 12-15 et *Avis n° 15-23* du 28 octobre 2015, concernant le projet de loi n° 661 portant application des mesures relatives à la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, enregistré à la Présidence du Sénat le 31 juillet 2015, pp. 14-16.

[55] Art. 6 *sexies* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 et art. L5213-6 du code du travail issu de l'art. 5 de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

[56] « *Aucun salarié ne doit subir des faits : 1° Soit de harcèlement sexuel, constitué par des propos ou comportements à connotation sexuelle répétés qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante ; 2° Soit assimilés au harcèlement sexuel, consistant en toute forme de pression grave, même non répétée, exercée dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers* ».

[57] Défenseur des droits, *Avis n° 16-15*, *op. cit.*, pp. 14-16. V. encore Défenseur des droits, *Avis n° 16-16*, audition du 2 juin 2016 par la mission d'information sur l'évaluation de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, pp. 6-7 et *Avis n° 15-23*, *op. cit.*.

[58] Art. 20 de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015, créant l'art. L1142-2-1 du code du travail : « *nul ne doit subir d'agissement sexiste, défini comme tout agissement lié au sexe d'une personne, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* ».

[59] En ce sens v. art. 36 *ter* du projet de loi *Égalité et Citoyenneté* qui, au moment de la rédaction de cet article, est ainsi formulé : « *l'article 6 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires est ainsi modifié : 1° Après le premier alinéa, il est inséré un alinéa ainsi rédigé : « Aucun fonctionnaire ne doit subir d'agissement sexiste, défini comme tout agissement lié au sexe d'une personne, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. » ; 2° Au début du deuxième alinéa, le mot : « Toutefois, » est supprimé ; 3° À la fin du 1°, la référence : « au premier alinéa » est remplacée par les références : « aux deux premiers alinéas » ».*

[60] CJUE, Grande chambre, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, Aff. C. 83-14 : Europe 105, comm. 353, obs. D. Simon.

[61] H. Pauliat, « Une discrimination par association peut résulter d'une discrimination indirecte », *JCP AJ*, 2016, n° 1, p. 2005 et A. Popov, « [Mise au point et nouveau développement sur la discrimination directe et la discrimination par association](#) », *La Revue des Droits de l'Homme, Lettre Actualités-Droits-Libertés*, 8 mars 2016.

[62] CJUE, Grande chambre, *Coleman*, 17 juillet 2008, Aff. C-303/06 : *JCP S*, 2008, n° 43, p. 1549, note J. Cavallini ; *Rev. Trav.*, 2009, p. 41, note M. Schmitt.

[63] E.g. Défenseur des droits, Décision MLD-2014-178 du 8 décembre 2014, Décision MLD-MSP-MDE 2013-13 du 12 avril 2013, Décision MLD 2012-88 du 26 juin 2012.

[64] Introduite en droit interne par l'article 1, 2° de la loi du 27 mai 2008 et considérée comme une discrimination («*la discrimination inclut : [...] le fait d'enjoindre à quiconque d'adopter un comportement prohibé par l'article 2*»).

[65] V. not. les travaux de Marie Mercat-Bruns : « L'identification de la discrimination systémique », *loc. cit.* ; « Les discriminations multiples et l'identité au travail au croisement des questions d'égalité et de libertés », *RDT*, 2015, p. 28 ; « Appartenance syndicale, sexe, âge et inégalités : vers une reconnaissance de la discrimination systémique ? », (co-écrit avec E. Boussard-Verrecchia), *Rev. Trav.*, 2015, p. 660 ; « Le jeu des discriminations multiples », *Rev. Trav.*, 2013, p. 254 ; *Discriminations en droit du travail : dialogue avec la doctrine américaine*, Paris : Dalloz, 2013. V. aussi M-T. Lanquetin, « Discrimination » in *Répertoire de droit du travail*, pp. 60-80.

[66] Les lois de consolidation et codes provinciaux antidiscriminatoires au Canada (généreusement intitulés «*Code/Loi sur les droits de la personne*» ou «*Human Rights Code/Act*»), adoptés entre 1962 et 1975 et régulièrement amendés depuis, offrent une illustration d'une telle entreprise. Pour un plaidoyer au service d'une meilleure lisibilité du dispositif français *via* l'édification d'un «*tronc commun*», v. S. Slama, « La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ? », *loc. cit.*

[67] Néanmoins, cette clause ne s'applique pas au domaine de l'emploi pour lequel il convient de se reporter aux articles L1133-1 à L1133-3 du code du travail. En matière d'embauche, l'article 86 de la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle généralise en outre la dérogation pénale à l'interdiction de la discrimination en cas d'exigence professionnelle et déterminante au-delà des seuls motifs du sexe, de l'âge ou de l'apparence physique pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée (art. 225-3, 3° du code pénal).

[68] L'article 86 de la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle a également complété l'interdiction de la discrimination sur le fondement de la grossesse ou de la maternité en ajoutant que ce principe ne fait pas obstacle aux mesures favorables visant la promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes. Cette modification intervient opportunément alors que le Conseil constitutionnel a récemment déclaré que l'alinéa 2 de l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution («*La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales*») «*n'institue pas un droit ou une liberté que la Constitution garantit*» (v. CC, Décision n° 2015-465 QPC, 24 avril 2015, cons. 15, JORF, n° 0098, 26 avril 2015, p. 7355, texte n° 24).

[69] V. N. Hoffschir et V. Orif, « [La lutte contre les discriminations et les freins à la mise en œuvre des mesures d'instruction en droit du travail](#) », *La Revue des Droits de l'Homme*, 2016, n° 9.

[70] Amendement n° 1032 déposé par les rapporteurs en commission spéciale de l'Assemblée nationale le 12 juin 2016 et qui reprend le dispositif de l'article 225-3-1 du code pénal : «*la responsabilité de la partie défenderesse est engagée même si l'agissement ou l'injonction mentionnés aux 1° et 2° de l'article 1er cause un préjudice à une ou plusieurs personnes ayant poursuivi l'objectif de démontrer l'existence de la discrimination, dès lors que la preuve en est établie*».

[71] V. CE, [Avis du le projet de loi Égalité et Citoyenneté](#), n° 391255, Séance du jeudi 31 mars 2016, extrait du registre des délibérations, p. 12.

Robin Médard, «Le droit à la non-discrimination fait peau neuve : brèves considérations sur les incidences de la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle»  
RDLF 2016, chron. n°27 ([www.revuedlf.com](http://www.revuedlf.com))