



Tous droits réservés

LIBERTES ET DROITS FONDAMENTAUX

Séance 9 - Égalité et droit à la non-discrimination

I.	Les fondements juridiques de l'égalité et de la non-discrimination	3
A)	Le principe d'égalité.....	3
B)	Le droit de la non-discrimination.....	4
1)	En droit pénal	4
2)	En droit social, droit civil et droit administratif.....	6
II.	Les différents types de discrimination.....	7
A)	La discrimination directe.....	7
B)	La discrimination indirecte	7
1)	La discrimination indirecte formelle (ou discrimination indirecte par distinction).....	8
2)	La discrimination indirecte matérielle (ou discrimination indirecte par indistinction)	9
C)	La discrimination par association	10
D)	La discrimination multiple	10
1)	La discrimination composée	11
2)	La discrimination intersectionnelle.....	11
III.	Les spécificités du droit de la non-discrimination.....	12
A)	Les spécificités procédurales	12
1)	Défenseur des droits.....	12
2)	Actions de substitution	13
3)	Actions de groupes.....	13
B)	Les spécificités probatoires.....	14
1)	Charge de la preuve.....	14

2) *Testings*..... 16

I. Les fondements juridiques de l'égalité et de la non-discrimination

A) Le principe d'égalité



Attention : Le principe d'égalité recouvre plusieurs exigences et fait l'objet de plusieurs interprétations. Deux acceptions majeures peuvent être distinguées : l'égalité formelle et l'égalité concrète.

L'égalité formelle impose le traitement identique de situations semblables. Elle repose sur l'égalité en droit et l'égalité devant la loi.

- L'égalité en droit implique d'octroyer des droits aux individus sans distinction.
 - **Article 1^{er} de la DDHC** : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits » ;
 - **Alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946** : « La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ».
- L'égalité devant la loi implique que la loi soit **générale** et **impersonnelle**. En dehors d'éventuelles catégorisations juridiques, la loi ne crée pas de distinction, notamment fondée sur des caractéristiques protégées (sexe, origine, orientation sexuelle, religion), et s'applique également à tous.
 - **Article 6 de la DDHC** : « la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux » ;
 - **Article 1^{er}, alinéa 1 de la Constitution de 1958** : « La République assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ».

L'égalité concrète permet de traiter différemment des situations différentes et, dans certains cas, de compenser des conditions inégales d'exercice et de jouissance des droits. L'idée générale est que l'identité de traitement n'est pas un moyen suffisant pour lutter contre les inégalités, ni même pour ne pas les accentuer.

- **Article 1^{er}, alinéa 2 de la Constitution de 1958** (ajouté lors de la **révision constitutionnelle de 2008**) : « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ».
 - Ici, le constituant prend conscience que le simple traitement identique des candidats de chaque sexe n'est pas suffisant. Par conséquent, il cherche à « favoriser » l'égalité par divers mécanismes.



Exemple : Imposer des résultats chiffrés en matière d'élections sénatoriales (50 % de femme sur les listes de candidats) ou dans les conseils d'administration des entreprises du CAC40 (40 % de femmes).

B) Le droit de la non-discrimination



À retenir : Le droit de la non-discrimination permet de réaliser le principe d'égalité en déférant des inégalités apparentes de traitement au juge afin que celui-ci en vérifie leur justification. Si elle n'est pas justifiée, l'inégalité apparente de traitement sera considérée comme une discrimination et sera sanctionnée.

1) En droit pénal

La discrimination fut d'abord prohibée au sein de l'ordre juridique français (**loi Pléven de 1972**) par le biais des **articles 225-1 à 225-3 du Code pénal**. La discrimination y est définie comme :

- 1) Une distinction
- 2) Opérée entre personnes, physiques ou morales

3) Qui se fonde sur un motif législativement consacré.

La liste des motifs de discrimination s'allonge considérablement au fur et à mesure des années : l'origine, le sexe, la situation de famille, la grossesse, l'apparence physique, la particulière vulnérabilité économique, le patronyme, le lieu de résidence, l'état de santé, la perte d'autonomie, le handicap, les caractéristiques génétiques, les mœurs, l'orientation sexuelle, l'identité de genre, l'âge, les opinions politiques, les activités syndicales, la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, l'ethnie, la nationalité, la prétendue race, la religion.

En droit pénal, ces trois conditions ne suffisent pas à rendre la discrimination punissable. Il faut encore qu'elle :

- 1) Ne soit pas justifiée au regard des exceptions prévues à l'**article 225-3** (par exemple, exigence professionnelle essentielle et déterminante, inaptitude médicalement constatée, promotion de l'égalité des sexes, etc.) ;
- 2) Se manifeste sous la forme d'un des actes énumérés aux **articles 225-2 et 432-7** :
 - Refus de fourniture d'un bien ou d'un service ;
 - Entrave à l'exercice d'une activité économique ;
 - Subordination d'une offre d'emploi, d'une demande de stage ou d'une période de formation à un motif de discrimination ;
 - Refus d'embauche ;
 - Refus de stage ;
 - Sanction ;
 - Licenciement ;
 - Refus du bénéfice d'un droit accordé par la loi lorsque l'auteur est une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public.

Sous réserve de remplir ces conditions, les peines encourues sont au moins de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende. En pratique, les peines sont extrêmement faibles (le plus souvent une amende seulement, parfois avec sursis).

2) En droit social, droit civil et droit administratif



Attention : La définition de la discrimination n'est pas la même en droit social, en droit civil ou en droit administratif qu'en droit pénal.

La **loi du 27 mai 2008**, qui était initialement une loi de transposition des directives communautaires, complète les dispositions du Code du travail (**article L. 1132-1 à L. 1134-10**). Elle est applicable à la fois en droit social, en droit civil et en droit administratif. La **loi du 27 mai 2008** distingue :

- La **discrimination directe**, qui correspond à « la situation dans laquelle, sur le fondement [d'une caractéristique protégée – voir ci-dessus], 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 » ;
- La **discrimination indirecte**, qui correspond à « une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour [l'une des caractéristiques protégées], un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes » ;
- Le **harcèlement discriminatoire**, qui correspond à « tout agissement lié à [l'une des caractéristiques protégées] 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 » ;
- L'**injonction à la discrimination**, qui consiste à « enjoindre à quiconque d'adopter un comportement [discriminatoire] ».

Ces différents types de discrimination sont interdits dans **six domaines d'application** :

- ⇒ En matière d'emploi (accès à l'emploi, condition de travail, promotion professionnelle...) ;
- ⇒ En matière de protection sociale ;
- ⇒ En matière d'avantages sociaux ;
- ⇒ En matière de santé ;
- ⇒ En matière d'éducation ;
- ⇒ En matière d'accès ou de fourniture de biens et service.

II. Les différents types de discrimination

Plus généralement, il est possible de distinguer quatre grands types de discrimination : la discrimination directe, la discrimination indirecte, la discrimination par association et la discrimination multiple.

A) La discrimination directe



À retenir : La discrimination directe c'est (1) un traitement défavorable (2) qui procède par une distinction (3) qui prend explicitement en compte un motif de discrimination énuméré en droit positif, et (4) qui n'est pas justifié.



Exemple : Votre chargé de TD ne laisse rentrer dans sa salle de cours que les étudiants (hommes) qui sont en retard, mais refuse en revanche de laisser entrer les étudiantes (femmes) également en retard. Discrimination directe fondée sur le sexe.

B) La discrimination indirecte



À retenir : La discrimination indirecte c'est un (1) traitement défavorable (2) par l'intermédiaire d'une mesure en apparence neutre (3), mais qui produit un désavantage particulier (4) apprécié au regard d'un motif énuméré, et (5) qui n'est pas justifié.

Il existe plus précisément deux sous-types de discrimination indirecte, formelle et matérielle, en fonction de la raison pour laquelle la mesure est considérée comme « en apparence neutre ».

1) La discrimination indirecte formelle (ou discrimination indirecte par distinction)

La mesure est considérée comme « en apparence neutre » parce qu'il s'agit d'une *distinction* qui ne prend pas *explicitement* en compte un motif de discrimination, mais qui se fonde sur un autre critère qui engendre un résultat équivalent.



Exemple : Une entreprise qui recrute précise dans l'annonce d'embauche que les candidats doivent joindre dans leur dossier de candidature une photocopie de leur carte d'électeur. Le traitement défavorable repose sur un critère de distinction qui n'est pas un motif de discrimination (en l'occurrence la possession de la carte d'électeur). En revanche, cette distinction engendre automatiquement un désavantage particulier pour certains étrangers, car les étrangers extracommunautaires (qui ne sont pas citoyens européens) n'ont pas le droit de vote en France. Par conséquent, ils ne peuvent pas avoir de carte d'électeur et ne pourront pas candidater. Discrimination indirecte fondée sur la nationalité.

Jurisprudence : la première reconnaissance en droit de l'Union européenne de la discrimination indirecte qui repose sur une distinction (ou discrimination indirecte formelle) découle de l'arrêt de la **CJCE, Giovanni Maria Sotgiu du 12 février 1974**. La Cour de cassation accepte également de sanctionner ce type de discrimination (voir par exemple **Cass. soc., 3 juillet 2012, n° 10-23.013**).

La discrimination indirecte permet donc de sanctionner des distinctions fondées sur d'autres critères que des critères de discrimination explicitement consacrés.



Exemple : Les distinctions fondées sur le temps de travail aboutissent très souvent à créer un désavantage particulier pour les femmes qui sont les plus nombreuses à occuper les postes à temps partiel. Si ce désavantage n'est pas justifié, la mesure qui en est la source (par exemple, une prime pour les salariés à temps plein seulement) sera considérée comme une discrimination indirecte fondée sur le sexe. Par exemple, **Cass. soc., 3 juillet 2012, n° 10-23.013**.

2) La discrimination indirecte matérielle (ou discrimination indirecte par indistinction)

La mesure est ici considérée comme « en apparence neutre », car elle repose non pas sur une distinction, mais sur une absence de distinction, c'est-à-dire sur un traitement identique de situations différentes alors qu'il aurait été plus proportionné de prévoir un traitement différent de situations différentes.



Exemple : La même entreprise recrute et l'annonce précise que tous les candidats à l'emploi doivent passer l'entretien d'embauche dans le bâtiment W du site de l'entreprise, sachant que le bâtiment W n'est pas accessible aux personnes en situation de handicap. En traitant tous les candidats à l'emploi de la même manière, en imposant une même condition, cela aboutit à empêcher la candidature des personnes en situation de handicap. Il aurait fallu prévoir une différence de traitement (faire passer l'entretien dans un autre bâtiment pour les personnes en situation de handicap). Discrimination indirecte fondée sur le handicap.

Jurisprudence : la reconnaissance la plus marquante de la discrimination indirecte qui repose sur une indistinction est le fruit de la jurisprudence de la Cour EDH dans sa décision **Thlimmenos c. Grèce du 6 avril 2000**. Voir aussi **Cour EDH, 2 février 2016, Di Trizio c. Suisse et 30 juin 2016, Taddeucci et McCall c. Italie**. En France, les décisions sont plus rares, mais la Cour de cassation a admis cette situation, notamment dans son arrêt **Cass. soc., 9 janvier 2007, n° 05-43.962**.



Exemple : Votre chargé de TD demande que tous ses étudiants lui rendent un devoir en main propre le samedi matin à son bureau, à l'université, et refuse tout devoir qui lui serait rendu plus tard ou plus tôt. Ce traitement identique peut déboucher sur un désavantage particulier non justifié pour certains étudiants de confession juive qui souhaitent faire *shabbat*. Discrimination indirecte fondée sur la religion.

C) La discrimination par association



À retenir : La discrimination par association c'est la situation dans laquelle la caractéristique d'une personne X (motif prohibé – voir ci-dessus) engendre un traitement défavorable au détriment d'une personne Y qui lui est associée, avec laquelle elle a des contacts ou un lien quelconque. La particularité de cette configuration réside dans la non-confusion entre le porteur – réel ou perçu – de la caractéristique protégée et la victime de l'effet préjudiciable.



Exemple : Un salarié au sein d'une entreprise subit des sanctions qui visent à l'intimider en représailles à l'activité syndicale de son épouse au sein de la même entreprise.

Jurisprudence : deux arrêts importants en droit de l'Union européenne portent sur la discrimination par association. Il s'agit de l'arrêt de la **CJCE, 18 juillet 2008, Coleman** et, sept ans plus tard, de l'arrêt de la **CJUE, 16 juillet 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria**. En France, voir par exemple **Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 8 octobre 2013, n° 2013/841**.



Exemple : Votre chargé de TD décide de vous exclure de son cours et de vous signaler absent, ce qui entraîne votre défaillance pour le semestre, simplement parce qu'il veut se venger de votre meilleur ami qui vient de remporter les élections syndicales étudiantes. Discrimination par association fondée sur les opinions politiques.

D) La discrimination multiple



À retenir : La discrimination multiple est simplement une discrimination qui est fondée non pas sur une caractéristique protégée, mais sur plusieurs.

1) La discrimination composée

La discrimination multiple peut être une discrimination dite « composée » (*compound discrimination*) ou discrimination « additive » lorsque lorsqu'il y a une appréciation séparée des influences des deux motifs de discrimination.



Exemple : La période du congé maternité et celle du mandat syndical d'une salariée sont soustraites par l'employeur du calcul de son ancienneté au sein d'une entreprise. Il y a en réalité deux actes discriminatoires cumulés qui peuvent être dissociés :

- On peut apprécier isolément l'effet de la discrimination fondée sur la maternité (tel manque à gagner du fait de la non-prise en compte du congé maternité) ;
- Et faire de même pour l'effet de la discrimination fondée sur l'activité syndicale (appréciation isolée du manque à gagner qui s'ajoute au premier).

Jurisprudence : dans l'affaire ayant donné lieu à la décision de la **Cour d'appel de Paris, du 21 février 2018, n° 16/02237**, la période d'essai d'un salarié avait été rompue après que celui-ci eu bénéficié d'un arrêt maladie pendant une journée et après avoir reçu un SMS par erreur de la part de sa manager qui précisait « Je ne garde pas Thibault. Je ne le sens pas ce mec. C'est un PD. Ils font tous des coups de putes ». Pour la Cour d'appel : « le véritable motif de la rupture de la période d'essai n'était pas en lien avec ses aptitudes professionnelles, mais avec son absence au cours de la journée du 6 octobre pour *un problème de santé*, vécue par ce manager comme une manœuvre déloyale, selon elle habituelle de la part de personnes ayant *une même orientation ou identité sexuelles supposée* ». Discrimination multiple (composée) fondée à la fois sur l'état de santé et sur l'orientation sexuelle.

2) La discrimination intersectionnelle

La discrimination multiple peut être une discrimination « intersectionnelle » lorsqu'il y a une interaction des motifs les uns avec les autres, de telle sorte qu'ils produisent ensemble (et parfois ensemble seulement) un effet défavorable ou alors un stéréotype qui va entraîner l'effet défavorable.



Exemple : Pour reprendre l'exemple précédent, ce serait le cas si la manager licencie son coiffeur parce qu'il s'agit d'une personne homosexuelle séropositive en raison d'un stéréotype spécifique qu'elle a à l'égard des gays séropositifs (ni sur les gays en général ni sur les séropositifs hétérosexuels). Discrimination multiple (intersectionnelle) fondée sur l'état de santé et l'orientation sexuelle.

Jurisprudence : la CJUE refuse pour l'heure de sanctionner ce type de discrimination en droit européen. Voir **CJUE, 24 novembre 2016, David L. Parris.**

III. Les spécificités du droit de la non-discrimination

Le contentieux de la non-discrimination est caractérisé par plusieurs spécificités, procédurales et probatoires. Quelques-unes peuvent être soulignées à titre non exhaustif.

A) Les spécificités procédurales

1) Défenseur des droits

En complément du possible recours devant les juridictions pénales, sociales, civiles ou administratives, il est possible en matière de discrimination de saisir le Défenseur des droits d'une réclamation. La saisine du Défenseur des droits n'est cependant pas suspensive des délais de recours contentieux. Il peut :

- Instruire le dossier en utilisant ses prérogatives d'instructions (visite sur place, demande de production de documents...);
- Assister la victime (notamment la conseiller pour obtenir un règlement amiable du litige);
- Conduire une médiation extrajudiciaire (distincte de la médiation conventionnelle, civile ou administrative et distincte de la médiation judiciaire)
- Procéder à une transaction pénale;

- Formuler une décision qui n'a pas de valeur exécutoire ;
- Formuler des observations en justice en cas de saisine parallèle des juridictions.

2) Actions de substitution

Dans certains cas, il est possible pour une association ou un syndicat d'agir en défense de l'intérêt de la victime et d'un intérêt collectif en contestant la discrimination qu'elle a subie.

En droit social :

- Seuls les syndicats peuvent agir pour contester la discrimination subie par des salariés (**article L1134-2 du Code du travail**)
- Les associations peuvent agir pour contester la discrimination subie par des candidats à l'emploi (**article L1134-3 du Code du travail**)

En droit civil et administratif : associations et syndicats peuvent agir, sous condition de représentativité (syndicats) ou de spécialisation de l'objet social et d'ancienneté de cinq ans minimum (associations). **Articles 1263-1 du Code de procédure civile** et **R779-9 du Code de justice administrative**.

En droit pénal : les associations habilitées expressément par les **articles 2-1, 2-6, 2-8 et 2-10 du Code de procédure pénale** peuvent exercer les droits de la partie civile pour contester une discrimination.

3) Actions de groupes

Depuis l'adoption de la loi de modernisation de la Justice du XXI^e siècle du 18 novembre 2016, il est possible de contester la discrimination par le biais des actions de groupe (équivalent français des *class actions*) en droit civil, social et administratif.

Les conditions posées sont toutefois très strictes. Il faut :

- Une mise en demeure préalable
- Une attente de quatre à six mois avant de pouvoir saisir le tribunal judiciaire
- Une représentation indispensable de la part d'une association ou d'un syndicat
- Une négociation de l'indemnisation en cas de reconnaissance de responsabilité du mis en cause

Pour les salariés, seul le préjudice né entre la mise en demeure et la décision finale peut être indemnisé, ce qui les conduit à saisir par la suite les juridictions sociales pour obtenir une réparation intégrale du préjudice.

B) Les spécificités probatoires

1) Charge de la preuve



À retenir : À l'exception du droit pénal, la transposition des directives communautaires a conduit à procéder en droit civil, social et administratif à un aménagement de la charge de la preuve en droit de la non-discrimination. Considérant la difficulté de la preuve en la matière, le requérant n'a pas à établir la preuve de la discrimination au-delà de tout doute raisonnable, mais il doit présenter les éléments de fait qui laissent supposer l'existence d'une discrimination. Ce faisant, il établit une « apparence de discrimination » et le défendeur doit alors démontrer que la mesure ou la pratique en cause est bien justifiée par des éléments objectifs à toute discrimination. S'il n'y parvient pas, la discrimination sera reconnue par le juge.



Attention : Il ne s'agit pas d'un « renversement » de la charge de la preuve, mais d'un aménagement de la répartition de la charge de la preuve.

2) Testings

La légalité de la preuve par *testings* a été admise, d'abord en droit pénal puis en droit civil et administratif. Il s'agit d'un mode de preuve particulier qui consiste, à reproduire une situation équivalente à celle qui a engendré la première discrimination pour que la pratique discriminatoire se répète et que puissent être recueillis à cette occasion des éléments de preuve (**article 4 de la loi du 27 mai 2008** et **article 225-3-1 du Code pénal**).



Exemple : Une agence de location annonce à un particulier que le bien qu'il souhaitait acquérir (un appartement) n'est plus disponible juste après que la personne a indiqué son nom de famille, à consonance étrangère (en l'occurrence, maghrébine). Il appelle quelques minutes plus tard en changeant son nom de famille et l'agence lui annonce que le bien immobilier est toujours disponible. L'enregistrement de ces conversations peut, le cas échéant, servir de preuve. Il est préférable de faire procéder à un constat d'huissier lors du processus.

Le *testing* a beaucoup été pratiqué pour prouver les refus discriminatoires d'entrée dans les boîtes de nuit, fondés sur l'origine.