

Concours d'entrée 2022

Concours interne

4^{ème} épreuve d'admissibilité : **Questions sociales**

Durée : 5 heures – coefficient 4

Une épreuve de questions sociales consistant en la rédaction d'une note d'analyse et de propositions à partir d'un dossier.

L'épreuve de questions sociales a pour objet, à partir d'une mise en situation au sein de l'administration, d'apprécier la maîtrise par le candidat des connaissances de base dans cette matière, sa compréhension des enjeux et sa capacité à relier les approches juridique, financière et institutionnelle pour construire une analyse et formuler des recommandations. Il ne s'agit pas d'une note de synthèse et la seule exploitation du dossier fourni ne permet pas de répondre à la question posée.

Cette épreuve n'est pas une épreuve de droit de la sécurité sociale ni de droit du travail mais suppose de disposer d'un socle de connaissances juridiques dans les deux grands domaines des politiques sociales :

- les politiques du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle ;
- les politiques de protection sociale et de solidarité.

Elle doit permettre de mesurer la maîtrise par les candidats des principaux enjeux des politiques sociales (enjeux démographiques et sociétaux, financiers, de gouvernance, européens et enjeux d'efficacité).

Le dossier fourni en appui, qui ne dépasse pas vingt-cinq pages, doit être utilisé par le candidat pour appuyer sa démonstration grâce à l'exploitation de documents de réflexion voire de données chiffrées. Le candidat doit faire preuve de cohérence et de clarté dans ses analyses et formuler des propositions argumentées et opérationnelles.

Sujet

Vous êtes conseiller(ère) technique auprès du ministre chargé du travail, de l'emploi et de l'insertion. Le directeur de cabinet vous demande de rédiger une note à l'attention du ministre proposant des pistes d'amélioration en matière de lutte contre les discriminations au travail au regard de la situation actuelle.

Dossier

N°	Documents joints	Pages
1	« L'interdiction du port du voile au travail n'est pas une discrimination, d'après la justice européenne », <i>www.lemonde.fr</i> , 16 juillet 2021	1
2	« Discriminations et origines : l'urgence d'agir », rapport du Défenseur des droits, <i>www.defenseurdesdroits.fr</i> , juin 2020 (extraits)	2 à 10
3	« La perception des discriminations dans l'emploi », dossier de presse, 14 ^{ème} baromètre, <i>www.defenseurdesdroits.fr</i> , décembre 2021	11 à 13
4	« La perception des discriminations dans l'emploi », études et résultats, 14 ^{ème} baromètre, <i>www.defenseurdesdroits.fr</i> , décembre 2021 (extraits chiffrés de l'étude)	14 et 15
5	Cour de cassation, chambre sociale, pourvoi 19-26.144, publié au Bulletin, <i>www.legifrance.gouv.fr</i> , 22 septembre 2021 (extraits)	16 à 18
6	« La protection contre les discriminations », fiche pratique du ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion, <i>www.travail-emploi.gouv.fr</i> , 7 décembre 2010 mis à jour le 21 décembre 2021 (extraits)	19 et 20
7	« Diversité et lutte contre les discriminations au travail. Catégorisations et usages du droit », Milena Doytcheva, les cahiers de la Lutte Contre les Discriminations (LCD), L'Harmattan, <i>www.hal.archives-ouvertes.fr</i> , mars 2018 (extraits)	21 à 24

Liste des sigles :

- AFP : Agence France Presse
- CDD : Contrat de travail à durée déterminée
- CDI : Contrat de travail à durée indéterminée
- CE : Conseil d'Etat
- CEDH : Cour européenne des droits de l'homme
- CESDIP : Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales
- CJUE : Cour de justice de l'Union européenne
- CNCDH : Commission nationale consultative des droits de l'homme
- CNIL : Commission nationale de l'informatique et des libertés
- CORUM : Centre d'observation et de recherche sur l'urbain et ses mutations
- CSE : Comité social et économique
- CV : Curriculum vitae
- DARES : Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques
- DDD : Défenseur des droits
- FIDH : Fédération internationale pour les droits humains
- HALDE : Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité
- HLM : Habitation à loyer modéré
- ibid. : Ibidem, source déjà citée
- ISM : Inter service migrants
- JOCE : Journal officiel de la communauté européenne
- LGBT : Lesbienne, Gay, Bisexuel·le, Trans
- op. cit. : Opus citatum, œuvre précédemment citée
- OIT : Organisation internationale du travail
- p. : page
- pp. : pages
- RH : Ressources humaines
- SDF : Sans domicile fixe
- SNCF : Société nationale des chemins de fer français
- Vol. : volume

Document 1 : « L'interdiction du port du voile au travail n'est pas une discrimination, d'après la justice européenne », www.lemonde.fr, 16 juillet 2021

Deux femmes musulmanes, habitant en Allemagne, contestaient l'interdiction de porter le voile sur leur lieu de travail. Un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne a donné raison aux employeurs, dès lors qu'ils peuvent prouver un « besoin réel » pour l'entreprise.

Interdire le port du voile islamique sur le lieu de travail n'est pas discriminatoire et peut au contraire permettre d'éviter des conflits sociaux, a estimé jeudi 15 juillet la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). « *L'interdiction du port de toute expression visible de convictions politiques, philosophiques ou religieuses peut être justifiée par la nécessité pour l'employeur de projeter une image de neutralité à l'égard de la clientèle ou d'éviter des conflits sociaux* », a affirmé la Cour dans un communiqué.

Cette dernière était saisie par deux femmes de confession musulmane qui vivent en Allemagne, l'une employée d'une pharmacie, l'autre puéricultrice. Elles contestaient devant la justice européenne l'interdiction de porter le voile islamique sur leur lieu de travail. Une plaignante avait été transférée à un autre poste, puis autorisée à revenir sans « *signes visibles, de grande taille, d'aucune croyance politique, philosophique ou religieuse* ». L'autre avait été suspendue temporairement de son emploi après avoir refusé d'enlever son hijab.

La CJUE a estimé dans un arrêt qu'interdire le port d'un signe religieux visible n'était pas discriminatoire, tant qu'il s'appliquait à toutes les religions sans distinction, et pouvait permettre d'éviter des conflits au sein d'une entreprise. L'employeur doit cependant prouver, selon la Cour, qu'il s'agit d'un « *besoin réel* » et que, sans cette interdiction, la neutralité de l'entreprise serait remise en question.

« Attentes légitimes » du client et liberté d'entreprendre

« Il est particulièrement important que l'employeur ait démontré qu'en l'absence d'une telle politique de neutralité, sa liberté d'entreprendre serait entravée parce qu'il subirait des conséquences négatives en raison de la nature de ses activités ou de l'environnement dans lequel elles sont exercées », écrit l'institution.

Un « *besoin véritable* » peut être justifié par « *les droits et les attentes légitimes des clients ou des usagers* ». Dans le contexte de l'enseignement, la Cour cite « *le souhait des parents de voir leurs enfants encadrés par des personnes ne manifestant pas leur religion ou leurs convictions lorsqu'elles sont en contact avec les enfants* ».

Les juges de l'institution, installée au Luxembourg, avaient déjà considéré en 2017 que les règlements intérieurs d'entreprises interdisant les signes religieux pouvaient être justifiés, tant que la société n'agissait pas uniquement à la demande d'un client.

La Cour européenne des droits de l'homme s'était aussi prononcée sur la question du port des signes religieux à l'école ou au travail. En 2013, les juges avaient affirmé qu'une hôtesse de la compagnie aérienne British Airways avait été renvoyée à tort pour avoir porté une croix.

Introduction

La crise sanitaire inédite que la France traverse a révélé les fortes inégalités sociales et territoriales de notre société. Elle a aussi suscité des actes particulièrement préoccupants de stigmatisation à l'encontre de certains groupes perçus comme responsables ou vecteurs de la pandémie.

Depuis l'adoption des directives européennes de juin et novembre 2000, le droit de la non-discrimination a été considérablement rénové¹. Pourtant, vingt ans après et alors que des espoirs importants étaient nés, les discriminations liées à l'origine demeurent massives en France. Les personnes d'origine étrangère ou perçues comme telles sont confrontées à des discriminations dans tous les domaines de la vie quotidienne et à différentes étapes de leur existence : de l'école à la vie professionnelle, dans l'accès à un logement ou à d'autres biens et services, ou encore dans le cadre de leurs relations avec les administrations et les forces de l'ordre.

Les saisines du Défenseur des droits, ses enquêtes, les témoignages recueillis par ses équipes et ses délégués répartis sur l'ensemble du territoire montrent que les discriminations fondées sur l'origine ou un critère apparenté se banalisent. Elles représentent plus de 1 840 saisines par an au siège de l'institution, soit un tiers des saisines en matière de discriminations².

Les données officielles et les rapports publics confirment l'ampleur de ces discriminations et leur dimension systémique.

Lors de la recherche d'un emploi par exemple, les individus ayant un nom à consonance arabe doivent envoyer environ trois CV pour obtenir un entretien, contre seulement deux pour un individu avec un nom à consonance française³. Lorsqu'elles sont candidates à la location d'un logement privé, les personnes ayant un nom à consonance arabe ou africaine ont respectivement 27 % et 31 % moins de chances d'obtenir un premier rendez-vous avec le propriétaire⁴. Les résultats des études statistiques sont sans appel : les personnes ayant une origine étrangère ou perçues comme telles sont davantage exposées au chômage, à la précarité sociale, à de mauvaises conditions de logement et à un moins bon état de santé⁵. Des recherches mettent également en lumière les inégalités scolaires liées à l'origine ou au territoire, qui compromettent l'insertion professionnelle des plus jeunes et leurs conditions de vie ultérieures⁶. Les personnes d'origine immigrée ou perçues comme telles sont enfin surexposées aux contrôles policiers et à des relations dégradées avec les forces de l'ordre⁷.

Comme le Défenseur des droits le rappelle régulièrement, **la discrimination n'est pas une opinion, un sentiment ou une revendication.**

¹ Conseil de l'Union européenne, Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *J.O.C.E.*, L 180, 19 juillet 2000 ; Conseil de l'Union européenne, Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *J.O.C.E.*, L 303, 2 décembre 2000.

² Défenseur des droits, *Rapport d'activité 2019-2020*, 2020.

³ DARES et ISM Corum, « Discrimination à l'embauche selon 'l'origine' : que nous apprend le testing auprès de grandes entreprises ? », *Dares Analyses*, n° 076, 2016, p. 2.

⁴ Le Gallo J., L'Horty Y., du Parquet L., Petit P., *Les discriminations dans l'accès au logement en France : un testing de couverture nationale*, 2018, p. 30. Pour plus d'informations, voir Défenseur des droits, *Louer sans discriminer. Un manuel pratique à l'usage des propriétaires*, 2017.

⁵ Voir notamment : France Stratégie, *Le coût économique des migrations*, 2016 ; Bruneau C., Dherbécourt C., Flamand J. et Christel G., « Marché du travail : un long chemin vers l'égalité », *La note d'analyse*, n° 42, France Stratégie, 2016 ; Baudet-Caille V. et Mony P., « Discriminations : quel impact sur la santé ? », *Plein droit*, n° 86, 2010/3.

⁶ Brinbaum, Y., « Trajectoires scolaires des enfants d'immigrés jusqu'au Baccalauréat : rôle de l'origine et du genre », *Éducation et Formations*, n° 100, 2019.

⁷ Défenseur des droits, *Enquête sur l'accès aux droits. Vol.1 : Rapports police / population. Le cas des contrôles d'identité*, 2017 ; Jobard F. et Levy R., « Les contrôles d'identité à Paris », *Questions pénales*, CESDIP, 2010, 23 (1), pp. 1-4.

Elle renvoie à un cadre juridique qui prévoit une grille d'analyse permettant l'identification des inégalités de traitement, afin de mettre en œuvre un droit fondamental : celui de ne pas être discriminé.

Concrètement, **la discrimination fondée sur l'origine vise des individus non pour ce qu'ils font mais pour ce qu'ils sont ou sont supposés être. Elle repose sur la mise en œuvre de stéréotypes associés aux individus en fonction de signes extérieurs sur lesquels ils n'ont pas de prise** (couleur de peau, traits du visage, texture des cheveux, patronyme, prénom, accent) ou de caractéristiques socio-culturelles (religion, lieu de résidence), qui laissent supposer une origine étrangère. Le degré d'exposition aux discriminations n'est pas tant lié à la nationalité étrangère, actuelle ou passée, de la personne, mais à ces différents « signes » qui constituent les vecteurs des stéréotypes et des discriminations raciales. Elles concernent donc aussi bien des étrangers que des Français qui ne sont pas pleinement reconnus comme tels.

La question de l'origine renvoie ainsi plus largement à un processus d'essentialisation des groupes sociaux : fondé sur une distinction symbolique entre un « nous » et un « eux », il se traduit par des effets concrets et matériels (discrimination, harcèlement, ségrégation, agressions, inégalités sociales).

Sur le plan juridique, les discriminations fondées sur l'origine peuvent être appréhendées non seulement par le critère de l'origine mais également par d'autres critères prohibés de discrimination tels que l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race ; l'apparence physique ; le nom ; l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une religion déterminée ; le lieu de résidence ; la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français.

La discrimination fondée sur l'origine se distingue en partie du racisme. Le racisme renvoie à une idéologie et à un système de domination fondés sur une hiérarchisation des groupes en raison de leur prétendue origine ou « race ». Par extension, il constitue « une attitude d'hostilité systématique à l'égard d'une catégorie de personnes », nourrie par un certain nombre de préjugés sur leur comportement, leur culture ou leur mode de vie⁸.

La loi différencie les manifestations du racisme des discriminations, et les juges ne les appréhendent pas de la même façon. En droit, la sanction des paroles, écrits, images qui stigmatisent, humilient ou attisent le racisme est prévue par la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881. Les violences racistes relèvent des circonstances aggravantes des crimes et délits du code pénal.

Le droit de la discrimination vise quant à lui des pratiques et des mesures du quotidien, souvent plus insidieuses⁹. La discrimination est ainsi caractérisée juridiquement comme une inégalité de traitement en raison d'un critère prohibé dans un certain nombre de contextes définis par la loi (emploi, logement, accès aux biens et services, etc.). Par exemple, dans le domaine de l'emploi, elle peut se traduire par un refus d'embauche ou de promotion en raison de l'origine du candidat ou de la candidate. La discrimination, telle qu'elle est définie par la loi du 27 mai 2008, pourra être sanctionnée, que cette inégalité de traitement soit volontaire ou non, consciente ou non¹⁰.

Néanmoins, les discriminations fondées sur l'origine et racisme forment un continuum, comme l'illustre la première loi française contre le racisme qui en 1972 incrimine les discriminations et les discours de haine fondés sur « l'origine, ou [de] l'appartenance ou [de] la non-appartenance d'une personne à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée »¹¹.

De même, des propos racistes répétés caractérisent une situation de harcèlement discriminatoire, qui constitue en droit une forme de discrimination.

Des sociologues qualifient ainsi la discrimination de « racisme en acte », « en ce sens qu'elle est la traduction de représentations racistes dans des pratiques de mise à l'écart des ressources économiques »¹². Afin de mieux saisir la discrimination fondée sur l'origine, il est donc nécessaire de prendre en considération ces représentations et leur impact dans le cadre d'analyse plus large des représentations collectives, des rapports sociaux et des inégalités socio-économiques, qui structurent notre société ; autrement dit dans leur dimension systémique.

Ces discriminations, souvent peu visibles, entravent de façon durable et concrète les parcours de millions d'individus, mettant en cause leurs droits les plus fondamentaux.

Les discriminations fondées sur l'origine concernent en effet une part importante de la population en France. Les personnes nées à l'étranger représentent 9,7 % de la population française, et plus de la moitié d'entre elles sont nées hors d'Europe. Par ailleurs, parmi les pays de l'Union européenne de plus d'un million d'habitants, la France est le pays qui compte la plus grande population de descendants et de descendantes d'immigrés de deuxième génération, tant en termes absolus que relatifs. En 2014, la population d'individus nés en France avec au moins un parent immigré représentait ainsi 9,5 millions de personnes, soit 14,3 % de la population totale. La population étrangère ou d'origine étrangère représente donc près de 21 % de la population française. Si l'on ajoute l'ensemble des personnes dont les deux parents sont français et qui sont victimes de discrimination parce qu'ils sont assignés à une origine étrangère, on commence à saisir les contours d'un phénomène discriminatoire de masse, pourtant largement sous-estimé.

Alors même que les champs de l'égalité entre les femmes et les hommes et de la lutte contre les discriminations LGBT connaissent depuis quelques années des dynamiques encourageantes, l'origine ne bénéficie pas

du même engagement des pouvoirs publics, loin s'en faut. Dans les médias et les discours institutionnels, le sujet des discriminations raciales se trouve dissout dans l'approche des inégalités sociales ou territoriales ou sous le prisme du fait divers, empêchant sa reconnaissance au profit d'autres analyses.

Comment est-il possible, alors qu'elles sont aujourd'hui pleinement identifiées grâce aux études existantes, que ces discriminations soient rendues à ce point invisibles dans le débat public et **qu'il n'existe plus aucune véritable politique publique dédiée à la lutte contre les discriminations raciales ?**

L'absence de prise en compte des données et des recherches qui se sont multipliées depuis 20 ans montre un aveuglement des pouvoirs publics et de chacun et chacune sur ces questions et traduit un déni politique, participant au problème et à sa reproduction ; elle est une des modalités de la perpétuation de ces discriminations.

Si les situations les plus ouvertement discriminatoires sont parfois dénoncées et sanctionnées, d'autres formes de discriminations fondées sur l'origine, moins visibles ou indirectes, peinent à être reconnues et sanctionnées. Les discriminations les plus massives, dans les secteurs de l'emploi et du logement, sont certes aujourd'hui mieux renseignées mais on peine à identifier une politique publique qui leur soit dédiée. Et d'autres formes de discriminations ou de harcèlement discriminatoire, qui se produisent de façon plus discrète, par exemple lors des échanges en ligne (via les plateformes collaboratives notamment) ou pour accéder à certains types de biens et services (prêts bancaires, aide à la création d'entreprise, etc.), doivent aussi être identifiées et combattues. Il est également urgent de prendre en considération les discriminations, souvent moins connues ou visibles, à l'encontre de certains groupes sociaux, notamment celles vécues par les personnes Roms et d'origine asiatique, qui s'amplifient encore dans le contexte actuel de la crise sanitaire.

⁸ CNCDH, *Rapport 2018 sur la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, 2018, p. 24.

⁹ Voir la plateforme et le centre de ressources mis en place par le Défenseur des droits : <http://egalitecontreleracisme.fr/>.

¹⁰ 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.

¹¹ La loi n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme, dite « loi Pleven », a introduit dans le Code pénal les premières sanctions contre les discriminations fondées sur l'appartenance ou la non-appartenance de la victime à une nation, une ethnie, une race ou une religion déterminée dans certaines situations (refus ou offre conditionnelle d'un bien ou d'un service, refus d'embauche ou licenciement).

¹² Hamel C., Lesné M. et Primon J.-L., « La place du racisme dans l'étude des discriminations », *Documents de travail*, n° 205, 2014, p. 3.



Le cadre de l'action publique en la matière est également marqué par une grande confusion des concepts : lutte contre les discriminations, promotion de la diversité, inclusion, politique d'égalité, laïcité, racisme ou encore intégration. Cela tend à mettre en concurrence les registres d'intervention, à minorer les situations de discriminations et à favoriser l'inaction des pouvoirs publics en la matière. La question de l'identité semble avoir supplanté celle de l'égalité.

Si le droit des discriminations s'est considérablement développé, le recours contentieux est une démarche lourde pour les victimes et son impact reste limité comme outil de dissuasion et de lutte contre les discriminations. Il y a donc urgence à faire de la lutte contre les discriminations liées à l'origine une priorité politique, en élaborant une stratégie nationale et en déployant des plans globaux, structurels et coordonnés, destinés à lutter contre les discriminations dans leur dimension systémique.

L'objectif de ce rapport est à la fois de donner à voir l'étendue et les conséquences de ces discriminations, à partir des constats du Défenseur des droits et de la recherche publique française (partie 1) et de pointer les limites du recours au contentieux en l'absence de politique nationale de lutte contre les discriminations liées à l'origine (partie 2). Enfin, parce qu'il y a urgence à agir et à défendre le droit à la pleine participation à la société française des citoyens et citoyennes de toutes origines, le Défenseur appelle à une mobilisation des pouvoirs publics et recommande des réformes structurelles (partie 3).

Les discriminations fondées sur l'origine en France représentent une atteinte profonde à la réalisation du pacte républicain. Trop longtemps négligés par les pouvoirs publics, ces enjeux fragilisent la société toute entière et menacent l'égalité de tous et de toutes.

III. Urgence d'agir et leviers d'action

Les discriminations fondées sur l'origine constituent une atteinte fondamentale à l'égalité de toutes et tous, portant atteinte aux valeurs républicaines et menaçant la cohésion sociale.

Le Défenseur des droits estime que la vigilance quant à la banalisation des stéréotypes et la prévention des discriminations doit se faire le plus tôt possible.

Deux dispositifs pilotés par l'institution contribuent à la sensibilisation des jeunes à la lutte contre les stéréotypes et à la promotion de la culture des droits et de l'égalité : le programme des Jeunes ambassadeurs des droits dit JADE²⁷⁸ et la plateforme pédagogique Educadroit²⁷⁹.

Au-delà des enjeux moraux, éducatifs et politiques, la définition renouvelée de la discrimination fondée sur l'origine est désormais détachée de l'intention et centrée sur les effets discriminatoires concrets. Elle doit entraîner des obligations positives à la charge de tous les auteurs potentiels de discrimination. Il est nécessaire et urgent de déployer des politiques proactives pour neutraliser les préjugés qui sont à l'œuvre dans la discrimination directe et d'objectiver les procédures et les critères de décision qui peuvent constituer des discriminations indirectes. Une telle démarche nécessite d'analyser les discriminations (diagnostic) et de mettre en place des instruments destinés à les prévenir (indicateurs de suivi et d'évaluation des politiques d'égalité)²⁸⁰.

Aujourd'hui, les ambivalences et les « disparités dans la mise en œuvre du droit de la non-discrimination semblent signifier l'absence d'une réelle politique antidiscriminatoire qui prendrait le 'droit au sérieux' »²⁸¹.

La lutte contre les discriminations fondées sur l'origine doit sortir du giron de la politique de la ville et devenir une priorité politique, au même titre que ce qui a été entrepris ces dernières années en faveur de l'égalité entre les femmes et les hommes. Des leviers efficaces existent et doivent être mis en œuvre afin de produire des changements structurels et d'apporter une réponse crédible et globale à ce problème important de la société française.

Elle doit mobiliser l'ensemble des organisations, des administrations et des acteurs, l'État devant faire preuve à cet égard d'une parfaite exemplarité. Il est temps de s'engager et de déployer dans tous les domaines une stratégie s'attaquant à la dimension systémique des discriminations.

À côté des politiques publiques contre la pauvreté, le chômage ou l'insalubrité, des actions contre les discriminations raciales (et territoriales) doivent être déployées en tant que telles, avec des objectifs dédiés, parallèlement aux mesures qui cherchent à répondre à des obstacles plus strictement économiques²⁸².

²⁷⁸ Âgés de 16 à 25 ans, les Jeunes ambassadeurs et ambassadrices des droits (JADE) sont des jeunes en service civique de 9 mois, formés et encadrés par le Défenseur des droits, afin de sensibiliser les enfants et les jeunes aux droits de l'enfant et à la non-discrimination.

²⁷⁹ Le programme d'éducation des enfants et des jeunes au(x) droit(s) « Educadroit » est un centre de ressources dédié à la sensibilisation au Droit et aux droits qui propose des interventions à partir d'un réseau de partenaires. Il aborde parmi ses 10 points clés les enjeux d'égalité et de discrimination (« Tous égaux devant la loi ? »).

²⁸⁰ Benichou S., *Le droit à la non-discrimination « raciale »*, op. cit., p. 27.

²⁸¹ Mercat-Bruns M. et Perelman J. (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination : perspectives pluridisciplinaires et comparées*, Ecole de droit de Sciences Po, Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice et du Défenseur des Droits, 2016, p. 179.

²⁸² Argant S. et Cédéy E., *Testing dans le parc locatif privé français sur l'existence de discriminations envers les jeunes et selon diverses combinaisons de critères*, ISM-CORUM, Rapport pour l'Injep et le Fonds d'expérimentation pour la jeunesse, 2017.

B. Renforcer les obligations d'agir des organisations

Le manque d'expertise et de structuration de la société civile sur le terrain de la lutte contre les discriminations fondées sur l'origine **suppose qu'un soutien plus important soit apporté par les pouvoirs publics au secteur associatif**. Il s'agit d'appuyer les acteurs existants, d'inciter les acteurs de droit commun à s'investir sur cet enjeu et de susciter la création de nouveaux réseaux à même d'écouter, d'orienter les victimes, de mener des enquêtes, et d'interpeller les diverses organisations et institutions concernées.

Au-delà, les pouvoirs publics devraient **exiger des organisations, qu'elles soient publiques ou privées, qu'elles s'engagent pleinement dans la lutte contre les discriminations au travers de plans d'action structurés**. Des audits pourraient également permettre de mettre en lumière les risques de discrimination et de réviser les procédures en cause.

1. Construire un plan d'action et former le personnel

Les directions des organisations doivent prendre position en faveur de la lutte contre les discriminations liées à l'origine et traduire cet engagement en véritables plans d'action.

Le plan d'action mené par l'entreprise ou l'administration contre les discriminations fondées sur l'origine devrait fixer un calendrier, des objectifs clairs, des méthodes d'action concrètes et définir les acteurs chargés de mettre en œuvre cette politique au sein de l'organisation.

Formaliser des plans pluriannuels de lutte contre les discriminations

Cet engagement ne peut intervenir sans une décision au plus haut niveau de la hiérarchie de l'organisation. Les organisations représentatives du personnel doivent être consultées en amont, du fait de leurs prérogatives et du rôle qu'elles jouent dans l'accompagnement des salariés en cas de discrimination et dans la conclusion d'accords d'entreprise sur le sujet.

La création de groupes de réflexion mobilisant l'ensemble du personnel peut aussi permettre d'identifier des situations particulières ou des problématiques qui n'auraient pas été prises en compte.

Ces plans pluriannuels, qui feront l'objet d'évaluations périodiques, doivent s'articuler selon les étapes suivantes :

- **Formaliser l'engagement de la direction de l'entreprise ;**
- **Réaliser un diagnostic ou état des lieux des risques discriminatoires dans l'entreprise et mettre en place des indicateurs adaptés à cet effet ;**
- **Sensibiliser et former le personnel (la direction, les ressources humaines, les instances représentatives du personnel et les équipes) ;**
- **Promouvoir les principes d'objectivité, de transparence et de traçabilité des procédures et critères appliqués ;**
- **Prévenir et traiter les signalements de discriminations.**

Sans revenir sur les enjeux de mesure au sein des organisations, déjà mentionnés, il faut rappeler l'importance d'inclure l'ensemble des critères prohibés de discriminations, et notamment celui de l'origine, dans les actions menées par les entreprises et de conduire des politiques d'égalité à vocation transversale.

L'élaboration de telles stratégies d'action ne doit pas se limiter au seul champ de l'emploi et des ressources humaines. Des plans d'action, impliquant l'ensemble des parties concernées, devraient être développés pour interroger les discriminations produites par

l'organisation dans le cadre du service qu'elle rend : il s'agit certes pour l'employeur, par exemple l'Éducation nationale, d'élaborer une stratégie pour assurer l'effectivité du principe de non-discrimination dans la gestion de son personnel mais également d'interroger et de tenter de corriger les discriminations directes et indirectes que l'école peut produire, à l'égard des enfants comme des parents, mais également d'interroger ses procédures d'orientation, d'affectation, de sélection scolaires...

Sensibilisation et formation du personnel

Formation des personnels de sécurité

Parallèlement à la formation initiale des élèves gardiens de la paix dans laquelle il intervient systématiquement, le Défenseur des droits mène, depuis 2017, des actions de formation continue en direction des formateurs et référents déontologie de la police nationale. Ces sessions de formation apportent des éléments de connaissance sur : les discriminations directes et indirectes prohibées par la loi ; les modalités d'intervention du Défenseur des droits concernant le respect des règles de déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité, avec un regard particulier sur les contrôles d'identité ; la gestion des situations de discrimination ou de harcèlement auxquelles ces personnels peuvent être confrontés au titre d'encadrants. Depuis février 2017, le Défenseur des droits développe le même type de formations auprès des agents et des agentes, ainsi que du personnel en charge de la formation et de l'encadrement, de la sûreté de la SNCF, adaptées au contexte des interventions de ces derniers.

Le Défenseur des droits recommande aux organisations de mener en interne des campagnes de sensibilisation et de formation sur le racisme, les discriminations fondées sur l'origine et les obligations de l'employeur, à l'instar de ce qui est fait en matière de harcèlement sexuel.

La politique de formation et de sensibilisation permet de faire évoluer les mentalités et de remettre en question les pratiques du personnel, y compris dans la manière dont il interagit avec les usagers ou les clients (et pas au niveau des seules ressources humaines).

Depuis la loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté (article L1131-2 du Code du travail), la formation à la non-discrimination est désormais obligatoire pour les entreprises employant au moins trois cents salariés et pour toute entreprise spécialisée dans le recrutement³¹⁰. Cette disposition oblige désormais le personnel chargé des missions de recrutement à suivre, au moins une fois tous les 5 ans, une formation à la non-discrimination à l'embauche. Afin de rendre opérationnelle cette obligation, trois ans après sa promulgation, **le Défenseur des droits recommande au ministère du Travail d'adopter une circulaire visant à faire connaître aux acteurs concernés les modalités concrètes de la mise en œuvre de cette obligation**, telles que la durée minimale de la formation, son contenu ou encore les métiers visés.

Au-delà des personnes chargées du recrutement, l'ensemble du personnel des organisations doit être sensibilisé contre le risque de discriminations fondées sur l'origine qui constituent un phénomène difficile à appréhender, pouvant être lié à une multiplicité de motifs (couleur de peau, culture, religion, nationalité, lieu de résidence, etc).

Dans le cadre des formations et des consignes des directions, **l'attention des salariés et de la hiérarchie doit être attirée notamment sur les différentes formes de harcèlement fondé sur l'origine, notamment par le biais de blagues, de propos et d'insultes racistes, ainsi que sur les procédures à respecter pour respecter l'égalité**. Enfin, le personnel doit être formé sur les méthodes de gestion des personnes usagères ou clientes et le traitement de demandes discriminatoires et racistes de certains clients et clientes³¹¹. La direction, les équipes et les syndicats doivent être également mis en garde contre le risque d'amalgames et de stigmatisations liés à l'appartenance religieuse et aux discriminations qu'ils sont susceptibles de produire dans la vie professionnelle.

Le Défenseur des droits contribue activement aux actions de formation en diffusant des outils dédiés et en animant des formations sur les discriminations, notamment auprès des personnels de police et des acteurs du droit.

Le Défenseur recommande de renforcer la sensibilisation des fonctionnaires et des forces de sécurité aux stéréotypes pouvant conduire à des pratiques discriminatoires et aux bonnes pratiques à observer.

2. Mener des audits au sein des organisations pour objectiver les procédures

Le Défenseur des droits recommande de mettre en œuvre une politique publique destinée à rendre visibles et à corriger les discriminations liées à l'origine par le biais d'audits sectoriels et d'audits au sein des entreprises et administrations.

La démarche d'audit des risques structurels

Réaliser un audit des risques discriminatoires dans une organisation consiste à analyser les procédures et les pratiques afin d'alerter sur les pratiques risquant de produire des discriminations et le cas échéant de produire des actions correctives (révision des procédures, mise en place de bonnes pratiques, formation et sensibilisation des acteurs concernés)³¹².

Pour l'emploi et les ressources humaines, cette démarche consiste à :

- Évaluer les risques discriminatoires, proposer des objectifs et des actions correctives et prévoir des évaluations périodiques ;
- Préciser les procédures RH de l'établissement concerné à partir d'une analyse documentaire (outils RH, documents de communication interne ou de reporting) ;
- Confronter ces procédures aux pratiques existantes, en observant le fonctionnement des services RH en situations concrètes et en interrogeant les acteurs concernés.

Le guide *Pour un recrutement sans discrimination*, publié par le Défenseur des droits en 2019, rappelle notamment

la procédure à suivre par les ressources humaines afin de mettre en œuvre un processus de recrutement non discriminatoire, en identifiant ce qui est interdit ou autorisé, au cours des différentes étapes de recherche et de sélection de candidatures, de la définition du besoin de l'entreprise jusqu'à l'embauche effective³¹³. L'analyse des pratiques de recrutement d'un employeur ou d'une employeuse, par exemple, conduira à s'intéresser à la façon dont une offre d'emploi est formalisée et diffusée (« *sourcing* »), à la gestion des CV reçus ou aux procédures de sélection des candidats. Cette analyse peut également être effectuée sur d'autres aspects de l'activité RH : affectation et intégration des personnes recrutées, procédure d'évaluation des salariés, gestion des mobilités et des promotions, accès aux formations, etc. Pour ce faire, le Défenseur des droits recommande d'avoir recours à un prestataire extérieur, qui dispose des compétences requises et garantira la neutralité de l'évaluation.

Pour réaliser une cartographie de l'entreprise par groupes cibles et identifier des risques discriminatoires, potentiels ou avérés, selon l'origine des salariés, des bilans quantitatifs fondés sur l'exploitation statistique des données RH ou à partir de la perception des acteurs (personnel, clients usagers) peuvent être réalisés. Une analyse qualitative des pratiques est également nécessaire comme nous l'avons déjà souligné s'agissant de l'étape préalable du diagnostic.

Le Défenseur des droits recommande ainsi de renforcer la politique de lutte contre les discriminations liées à l'origine dans l'emploi en créant une obligation légale d'audit et de suivi, en commençant par certaines entreprises phares du service public, choisies au regard de leur devoir d'exemplarité. Il s'agirait d'entreprises ayant une grande visibilité et un nombre important de salariés ou agents. Elles pourraient fonder une expérimentation, faisant l'objet d'une obligation de rapport et de suivi auprès du Défenseur des droits, dans des modalités comparables à celles de l'audit de France Télévisions, ce qui porterait un message fort du Gouvernement. De telles procédures ont structuré la politique d'accès à l'égalité du secteur public au Québec.

³¹⁰ Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté.

³¹¹ Voir à cet égard : Défenseur des droits, *Fiche pratique. 8 étapes pour louer sans discriminer*, fiche destinée aux professionnels de l'immobilier, 2017.

³¹² CNIL et Défenseur des droits, *Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances*, op. cit.

³¹³ Défenseur des droits, *Guide. Pour un recrutement sans discrimination*, 2019.

L'exemple des programmes d'accès à l'égalité du Québec

Au Québec, l'homologue du Défenseur des droits, la Commission des droits de la personne, a un mandat dans la mise en œuvre des programmes d'accès à l'égalité qui permettent de contrer les discriminations dans l'emploi.

La *Charte des droits et libertés de la personne* encadre l'application de ces programmes qui visent depuis près de 20 ans à assurer une représentation équitable des personnes issues de groupes victimes de discrimination dans tous les types d'emploi d'une organisation et de repérer et corriger les règles et pratiques par de gestion des ressources humaines susceptibles d'avoir des effets discriminatoires³¹⁴.

Les groupes victimes de discrimination visés par les programmes sont les suivants : les femmes ; les peuples autochtones, c'est-à-dire les Premières Nations, les Inuits et les Métis du Canada ; les minorités visibles, c'est-à-dire les personnes autres que les peuples autochtones, qui ne sont pas de couleur blanche ; les minorités ethniques, c'est-à-dire les personnes autres que les peuples autochtones et les personnes d'une minorité visible, dont la langue maternelle n'est ni le français ni l'anglais ; les personnes handicapées identifiées dans la loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées en vue de leur intégration scolaire, professionnelle et sociale.

Ces programmes s'adressent aux organismes publics (municipaux, des réseaux de l'éducation, de la santé et des services sociaux et sociétés d'État), à certaines entreprises privées ainsi qu'à certains organismes gouvernementaux. La Commission gère l'analyse des audits prévus par la loi pour définir les objectifs de rattrapage fixés entreprise par entreprise et en piloter le suivi³¹⁵.

Une approche comparable avait été expérimentée par la HALDE, dans le cadre d'une mission d'audit des sociétés nationales de programmes (SNP) de France Télévisions qui lui avait été confiée par la loi du 5 mars 2009 relative au service public de la télévision³¹⁶. Ce bilan avait permis à l'autorité d'éprouver une méthodologie originale qui avait mobilisé conjointement un examen des procédures de gestion des ressources humaines et une enquête auprès des salariés sur les parcours professionnels suivant l'origine³¹⁷. Cet audit est resté incomplet car un réel bilan qualitatif des carrières et des rémunérations n'avait pu être réalisé. Au-delà de la phase de diagnostic, le législateur n'avait par ailleurs pas prévu d'obligation de correction, ou de mécanisme pour fixer des objectifs, ni de système de suivi.

Il serait pertinent que de tels audits soient réalisés pour tester les procédures de certains services publics et administrations et leurs impacts éventuellement discriminatoires (au niveau national ou d'une organisation plus spécifique) qu'il s'agisse d'auditer les modes de sélection d'une grande école ou les modalités d'attribution des logements sociaux dans tel office HLM.

Exemple : Décision 2017-160 du 17 juillet 2017 relative à un refus d'embauche discriminatoire en raison de l'origine

La réclamante se porte candidate pour le poste d'assistante de gestion commerciale et n'est pas retenue. L'assistante de direction l'ayant reçue en entretien précise que son profil correspond parfaitement au poste mais lui indique au téléphone : « *le patron me demandait de ne pas recruter d'africains sous prétexte qu'ils ne savent pas travailler. Pas d'antillais non plus car, selon lui, ils sont trop lents. Il y avait même une pochette de CV nommée 'CV africains' qui regroupait toutes les personnes d'origines africaines, antillaises, ou des îles* »³¹⁸.

Aux termes de son enquête, le Défenseur des droits a recommandé à la société mise en cause de proposer à la réclamante une juste indemnisation de son préjudice, et de modifier ses méthodes de recrutement pour éviter à l'avenir toute discrimination.

À cet égard, il pourrait être utile que le Défenseur des droits se voit doté du pouvoir et des moyens pour déclencher des enquêtes structurelles au sein des organisations : à l'occasion de saisines sur des faits individuels, certaines de ses enquêtes mettent déjà à jour des discriminations systématiques qui justifieraient de réaliser de véritables audits des entreprises et organisations concernées et un suivi des recommandations alors adressées. Pour ce faire, le Défenseur pourrait mandater des experts et/ou s'appuyer sur les services d'inspection existants. Il s'agirait par exemple de lui permettre de saisir l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS) ou l'Agence nationale de contrôle du logement social, comme il peut aujourd'hui saisir le Conseil d'État pour tout rapport ou question juridique³¹⁹.

Promouvoir les principes d'objectivité, de transparence et de traçabilité

Les audits doivent conduire les employeurs et les employeuses à mettre en place des procédures de sélection fondées sur les principes d'objectivité, de transparence et de traçabilité.

Si les discriminations peuvent parfois être la manifestation d'une volonté assumée et consciente de désavantager une ou plusieurs personnes, les traitements discriminatoires sont la plupart du temps le résultat de réflexes et processus qui ne sont pas intentionnels. Des procédures de sélection opaques, subjectives, non formalisées, des choix fondés sur des

impressions (choix « *au feeling* »), peuvent s'apparenter à des pratiques discriminatoires.

Si l'employeur privé est libre des procédures utilisées dès lors qu'elles ne sont pas discriminatoires, l'employeur public a très tôt mis en place des procédures pour respecter le principe d'égalité dans l'accès à la fonction publique. Pour autant, la règle du concours anonyme ou l'encadrement des jurys qui favorisent l'objectivité de la sélection et une plus grande égalité de traitement ne suffisent pas à garantir l'absence de biais discriminatoires³²⁰.

Les enjeux de transparence et de traçabilité

Parallèlement, le développement d'outils numériques, voire d'algorithmes, qui conduisent à sélectionner des candidatures sur des critères difficilement identifiables, peut accroître involontairement le phénomène des discriminations. Dans un rapport de 2018, le *Royal United Services Institute for Defence and Security Studies*, groupe de réflexion britannique sur la défense et la sécurité, reconnaissait ainsi que des systèmes d'apprentissage automatique, qui constituent de véritables boîtes noires³²¹, reproduiraient inévitablement les préjugés véhiculés par les données qui alimentent ces systèmes, d'où un risque accru de ciblage disproportionné des minorités ethniques et religieuses³²².

Dans le cadre de l'aménagement de la charge de la preuve en matière civile prévu par la loi du 27 mai 2008, si des faits laissant supposer l'existence d'une sélection discriminatoire ont été établis, la personne mise en cause doit prouver l'absence de discrimination par des éléments qui viennent objectivement justifier les choix opérés. L'arrêt *Danfoss* et la jurisprudence constante de la CJUE sur les discriminations fondées sur le sexe indiquent que l'opacité d'un système de rémunération est suffisant pour faire naître

³¹⁴ L'article 19 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits prévoit que « Le Défenseur des droits peut demander au vice-président du Conseil d'État ou au premier président de la Cour des comptes de faire procéder à toutes études » et l'article 31 indique : « Lorsque le Défenseur des droits est saisi d'une réclamation, non soumise à une autorité juridictionnelle, qui soulève une question touchant à l'interprétation ou à la portée d'une disposition législative ou réglementaire, il peut consulter le Conseil d'État. Le Défenseur des droits peut rendre public cet avis ».

³¹⁵ Versini D., *Rapport sur la diversité dans la fonction publique*, rapport présenté au ministre de la fonction publique et de la réforme de l'État, 2004, p. 45 : « Les épreuves écrites plutôt académiques favorisent les candidats les plus diplômés qui ont été surentraînés à ce genre de sélection et les candidats issus des catégories socioprofessionnelles les plus favorisées qui bénéficient d'un environnement social et culturel favorable. Il en va de même pour épreuves orales ».

³¹⁶ Royal United Services Institute for Defence and Security Studies, *Annual Report 2017/2018*, 2019. Voir aussi : Villani C., *Donner un sens à l'intelligence artificielle*, 2018, pp. 143-148.

³¹⁷ Babuta A., « Innocent Until Predicted Guilty ? Artificial Intelligence and Police Decision-Making », *RUSI Newsbrief*, vol. 38, n° 2, 2018.

³¹⁴ Charte des droits et libertés de la personne, 1975.

³¹⁵ Voir le site de la [Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse](#) du Québec.

³¹⁶ L'article 2 de la loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision avait ainsi modifié la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, en insérant en son article 15 la disposition suivante : « Avant le 31 décembre 2009, la haute autorité remet un rapport au Parlement qui dresse le bilan de la politique de gestion des ressources humaines menée par les sociétés nationales de programme visées à l'article 44 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication afin de lutter contre les discriminations et de mieux refléter la diversité de la société française. »

³¹⁷ Ce bilan ne porte pas sur la représentation de la diversité dans les programmes, mission que la loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision confiait au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA).

³¹⁸ Défenseur des droits, *Décision 2017-160 du 17 juillet 2017 relatif à un refus d'embauche discriminatoire en raison de l'origine*, p. 3.

une présomption de discrimination qui impose à l'entreprise de prouver que sa pratique n'est pas discriminatoire³²³. Dans une démarche similaire, la Cour européenne des droits de l'Homme considère que le flou des pratiques en cause et l'insuffisante transparence des procédures contribuent à établir la discrimination fondée sur l'origine³²⁴.

En droit, l'absence de transparence et de traçabilité de la procédure au terme de laquelle la décision est prise emporte présomption de discrimination afin de garantir le droit au recours. Ces enjeux concernent l'ensemble des activités, au-delà du seul secteur de l'emploi.

Les victimes de contrôle d'identité au faciès³²⁵ témoignent de leur difficulté à apporter des éléments de preuve³²⁶, du fait notamment d'un encadrement très flou des contrôles³²⁷ et de l'absence de dispositif de traçabilité lors des opérations de contrôle. Actuellement et comme l'a relevé la Cour de cassation en 2016, les contrôles « ne font l'objet d'aucun enregistrement »³²⁸ : dès lors qu'il n'y a pas d'interpellation, une personne d'origine immigrée contrôlée plusieurs fois par jour n'aura aucun recours contre une telle pratique discriminatoire de « profilage racial ».

La Cour d'appel de Paris avait considéré dans son jugement que l'absence de toute traçabilité

du contrôle d'identité effectué constitue une entrave au contrôle juridictionnel, susceptible en elle-même de priver la personne concernée de contester utilement la mesure en cause et son caractère éventuellement discriminatoire, contraire à la jurisprudence de la CEDH portant sur le droit à un recours effectif³²⁹.

La traçabilité des contrôles constitue un enjeu de sécurité et de lutte contre le profilage ethno-racial³³⁰ : à terme, elle permettrait d'évaluer leur efficacité et éventuellement de réajuster leur nombre et les espaces et populations ciblées, à l'instar de politiques d'évaluation mises en place à l'étranger.

Depuis 2012, le Défenseur des droits recommande d'assurer la traçabilité des contrôles d'identité afin de garantir l'accès au recours des personnes ayant fait l'objet d'un contrôle discriminatoire ou abusif³³¹.

Une expérimentation, lancée en 2017 et applicable jusqu'au 1^{er} mars 2018, a prévu l'enregistrement systématique des contrôles d'identité réalisés en application de l'article 78-2 du Code de procédure pénale par les agents de la police et de la gendarmerie nationales équipés d'une caméra mobile dans certaines zones³³². L'évaluation de cette expérimentation prévue par le décret n'a donné lieu, à notre connaissance, à aucune publication.

L'objectivation des critères et des procédures

Des enquêtes publiques au sein de la police... et des réformes en Grande-Bretagne et au Québec :

Suite à l'absence d'investigation sur la mort en 1993 d'un jeune noir, Stephen Lawrence, une grande enquête publique a été lancée sur les allégations de racisme au sein de la police³³³. En février 1999, le juge MacPherson rendait son rapport concernant l'enquête autour de ce meurtre. Le célèbre rapport Lawrence a permis de reconnaître le caractère systémique du racisme au sein de la police britannique³³⁴. À partir de ce constat, le juge a préconisé d'étendre les prérogatives du *Race Relations Act*, la législation antiraciste et antidiscriminatoire adoptée en 1965 : après avoir d'abord mis l'accent sur les discriminations en matière d'emploi et de logement, cette législation a été étendue aux services de la police et de la justice, ainsi qu'à la santé publique, à l'éducation et l'armée³³⁵.

Déjà au Québec, plusieurs rapports publics ont été rendus suite à différents incidents et de nombreux signes de tension entre la police et les « minorités visibles »³³⁶. Ces rapports ont systématiquement constaté que la police était marquée par des préjugés défavorables aux minorités et dévoilé la méfiance totale de ces dernières à l'endroit des forces de police. Des recommandations furent formulées concernant notamment la formation, les mécanismes de contrôle et le recrutement des policiers et des policières.

Une telle démarche apparaît essentielle pour lutter contre les discriminations. L'objectivation consiste à éliminer, ou du moins à limiter, l'utilisation de critères subjectifs dans la gestion des personnes.

Dans sa décision du 13 août 1993, le Conseil constitutionnel précise ainsi que la vérification du port de documents de séjour propres aux étrangers « doit s'opérer en se fondant exclusivement sur des critères objectifs et en excluant (...) toute discrimination », ce qui vise les « recherches au faciès »³³⁷. Pourtant, ces pratiques persistent.

Le Défenseur recommande de modifier l'article 78-2 du Code de procédure pénale pour y indiquer explicitement que les contrôles d'identité ne sauraient être fondés sur les critères légaux de discrimination.

L'extension des pouvoirs de police attribués aux forces de sécurité dans les transports emporte des risques identiques de profilage racial, comme en témoigne la décision du Défenseur des droits relative aux termes « migrants, syriens, roms, SDF, quêtés, camelots, dealers, toxicomanes » employés par des agents de la régie autonome des transports parisiens (RATP) pour décrire leur mission concernant les personnes stationnant indûment dans les espaces³³⁸.

L'objectivation de la décision est également recherchée dans le logement, la loi précisant la liste des pièces justificatives pouvant être exigées du candidat à la location ou de sa caution par le bailleur³³⁹. Certaines réformes sont aussi intervenues dans le logement social pour renforcer la transparence, la traçabilité et l'objectivation des procédures de sélection des candidats.

³²³ CJCE, *Danfoss*, 17 octobre 1989, n° 109/88, p. 3225. La Cour affirme : « lorsqu'une entreprise applique un système de rémunération qui est caractérisé par un manque total de transparence, l'employeur a la charge de prouver que sa pratique salariale n'est pas discriminatoire dès lors que le travailleur féminin établit par rapport à un nombre important de salariés que la rémunération moyenne des travailleurs féminins est inférieure à celle des travailleurs masculins ». Voir aussi CJCE, Arrêt du 27 octobre 1993, *Enderby c/ Frenchay Health Authority*, aff. C-127/92 ; CJCE, Arrêt du 26 juin 2001, *Susanna Brunnhofer*, aff. C-381/99 ; CJCE, Arrêt du 3 octobre 2006, *Cadman*, aff. C-17/05.

³²⁴ CEDH, GC, Arrêt du 16 mars 2010, *Oršuš et autres c. Croatie*, requête n° 15766/03.

³²⁵ Pour plus d'informations, voir Agence des droits fondamentaux de l'Union Européenne (FRA), *Guide pour la prévention du profilage illicite aujourd'hui et demain*, op. cit.

³²⁶ Cass. crim., 13 janvier 1986, n° 89-90041, Bull. crim. n° 19. L'appréciation des juges du fond sur la régularité des opérations ne peut intervenir que dans le cas où la personne contrôlée ne veut pas ou ne peut justifier de son identité et fait alors l'objet d'une rétention pour vérification ou dans le cas où le contrôle d'identité précède immédiatement une mesure de garde à vue ou de placement en rétention administrative de l'étranger.

³²⁷ Ils peuvent être réalisés en cas de flagrant délit, de risque de trouble à l'ordre public ou sur réquisition du procureur de la République.

³²⁸ Cass. Civ., Arrêt relatif au caractère non-discriminatoire d'un contrôle d'identité intervenu suite à un vol en réunion, 9 novembre 2016, n° 15-24207. Les douze autres arrêts de la Cour de cassation : n° 15-24214 ; 15-24213 ; 15-24211 ; 15-24209 ; 15-24208 ; 15-25873 ; 15-25877 ; 15-25876 ; 15-24210 ; 15-24207 ; 15-25875 ; 15-25872.

³²⁹ Cour d'appel de Paris, Deux arrêts relatifs à la condamnation de l'Etat en raison de contrôles d'identité fondés sur des motifs discriminatoires, 24 juin 2015, n° 13/24261 et n° 13/24262.

³³⁰ CEDH, ch. 4^e sec., *Lingurar c. Roumanie*, requête n° 48474/14 (comportement discriminatoire de la police à l'égard d'une famille rom en ayant recours « au profilage ethnique » pour justifier une descente à son domicile).

³³¹ Défenseur des droits, *Rapport relatif aux relations police/citoyens et aux contrôles d'identité*, 2012 ; Défenseur des droits, Avis 16-19 du 21 juillet 2016 relatif au projet de loi n° 773 relatif à l'égalité et à la citoyenneté ; Défenseur des droits, Avis 16-12 du 10 mai 2016 relatif à la lutte contre les contrôles d'identité abusifs ; Défenseur des droits, Avis 15-25 du 1^{er} décembre 2015 relatif à la sécurité dans les gares face à la menace terroriste ; Défenseur des droits, Avis 15-27 du 11 décembre 2015 relatif à la prévention et à la lutte contre les incivilités, contre les atteintes à la sécurité publique et contre les actes terroristes dans les transports collectifs de voyageurs.

³³² Ministère de l'Intérieur, Décret n° 2017-636 du 25 avril 2017 relatif aux conditions de l'expérimentation de l'enregistrement des contrôles d'identité par les agents de la police nationale et les militaires de la gendarmerie nationale équipés d'une caméra mobile (application de l'article 211 de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté).

³³³ <https://www.humanite.fr/node/151815>

³³⁴ MacPherson W., *The Stephen Lawrence Inquiry*, 1999.

³³⁵ McLaughlin E. and Murji, K., « After the Stephen Lawrence Report », *Critical Social Policy*, 19(3), 1999, pp. 371-385.

³³⁶ Commission des droits de la personne du Québec, *Enquête sur les relations entre les corps policiers et les minorités visibles et ethniques : rapport final du Comité d'enquête à la Commission des droits de la personne du Québec*, Montréal, 1988.

³³⁷ CC, Décision n° 93-325 D.C du 13 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, cons. 16. Dans le même esprit, voir CC, Décision n° 93-323 du 5 août 1993 relative aux contrôles et vérifications d'identité (cons. 9 : « s'il est loisible au législateur de prévoir que le contrôle d'identité d'une personne peut ne pas être lié à son comportement, il demeure que l'autorité concernée doit justifier, dans tous les cas, des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle »).

³³⁸ Défenseur des droits, Décision 2018-077 du 21 février 2018 relative aux termes « migrants, syriens, roms, SDF, quêtés, camelots, dealers, toxicomanes » employés par les agents de la régie autonome des transports parisiens (RATP) pour décrire leur mission concernant les personnes stationnant indûment dans leurs espaces.

³³⁹ Art. 22 de la Loi n° 89-482 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986.



3. Assurer la sanction effective des discriminations fondées sur l'origine

Compte tenu du faible impact des sanctions prononcées par les juridictions et de l'inertie de certains employeurs ou employeuses face aux cas de discriminations même les plus graves, la sanction effective et dissuasive des discriminations fondées sur l'origine est nécessaire.

Que ce soit au niveau des organisations ou de la justice, l'auteur d'une discrimination doit encourir une sanction disciplinaire de la part de son employeur ou employeuse (si l'infraction se produit dans le cadre du travail) et la sanction civile ou pénale doit évoluer pour être à la mesure de la gravité des faits et de leur impact sur l'organisation de travail et sur la victime.

Traitement et sanction des signalements au sein des organisations

Le déni et l'absence de réaction adaptée des organisations face aux signalements qu'elles reçoivent contribuent au fatalisme des victimes qui n'ont alors pour seule possibilité, une fois leur situation professionnelle considérablement dégradée, que de saisir le Défenseur des droits ou la Justice et d'attendre leurs décisions.

Selon la loi, l'employeur, qu'il soit public ou privé, est tenu de prendre toutes les dispositions nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des salariés ou des agents publics³⁵². **Le Défenseur des droits rappelle également aux entreprises et administrations qu'elles doivent mettre en place les dispositifs nécessaires afin de faciliter le recueil et le traitement rapide des signalements de discrimination ou de harcèlement et de sanctionner l'auteur lorsque les faits sont avérés.**

Décision : harcèlement moral discriminatoire en lien avec l'origine

Le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation concernant les difficultés rencontrées par un fonctionnaire qui se plaignait de harcèlement moral discriminatoire en lien avec son origine africaine de la part de son supérieur hiérarchique direct³⁵³. Cette situation se serait principalement matérialisée par des propos à caractère raciste qui l'ont atteint dans sa dignité, ainsi que par des évaluations professionnelles défavorables au titre de 2013 et 2014. L'enquête menée par le Défenseur des droits a permis de considérer que le réclamant a été victime d'agissements de harcèlement moral discriminatoire en lien avec son origine et qui ont donné lieu à une importante dégradation des conditions de travail et de l'état de santé de l'intéressé.

Le Défenseur des droits a recommandé à l'administration d'intervenir, de procéder à un rappel à la loi auprès de l'auteur, de corriger la situation et de veiller à la reconnaissance de l'imputabilité de l'état de santé du réclamant sur les faits survenus.

Cela implique, d'une part, l'information des salariés et des agents publics sur leurs droits et obligations, en affichant les dispositions légales et en incluant les dispositions relatives au harcèlement discriminatoire dans le règlement intérieur, notamment les sanctions disciplinaires encourues par les auteurs, d'autre part, l'anticipation des difficultés, par la formation des encadrants et des encadrantes, et la mise en place d'une procédure formalisée permettant de recueillir et traiter les signalements de discrimination et de harcèlement. Plus les situations rapportées sont graves, plus il importe de réagir rapidement.

Une attention particulière doit être apportée aux environnements de travail peu diversifiés (sexe, âge, origine...) dans lesquels le risque de harcèlement risque d'être plus élevé à l'égard des personnes minoritaires³⁵⁴.

Dans la fonction publique, de tels dispositifs sont obligatoires depuis mai 2020, les textes précisant le contenu de la procédure de signalement des actes de violence, de discrimination, de harcèlement moral ou sexuel et d'agissements sexiste³⁵⁵.

Le Défenseur des droits rappelle que lorsqu'une situation de discrimination leur est signalée, les acteurs adéquats doivent être sollicités en interne (le ou la médecin du travail ou de prévention, le ou la psychologue du travail, les instances représentatives du personnel...) et la protection éventuelle de la personne s'estimant victime assurée. Précisons pour le secteur public que la protection fonctionnelle doit être systématiquement accordée dès lors que des éléments sont apportés par le demandeur³⁵⁶. La direction de l'organisation doit veiller à ce qu'une enquête interne soit menée afin de permettre l'établissement des faits. **Si l'enquête confirme les faits allégués, elle doit prendre immédiatement des mesures à caractère disciplinaire contre les auteurs, sans attendre une décision des juridictions, et mener une politique de sanction visant à l'impunité.**

La méconnaissance de l'obligation de sécurité engage la responsabilité civile ou administrative de l'employeur ou de l'employeuse, qui doit prouver avoir pris toutes les mesures nécessaires pour prévenir et, le cas échéant, sanctionner le harcèlement discriminatoire³⁵⁷. Le harcèlement discriminatoire étant une discrimination au sens de la loi, la victime peut obtenir la nullité des actes discriminatoires et une réparation intégrale du préjudice subi.

³⁵³ Défenseur des droits, Décision 2017-156 du 1^{er} décembre 2017 relative à des agissements de harcèlement moral discriminatoire en lien avec l'origine et l'état de santé, s'étant notamment traduits par des propos à caractère raciste et ayant conduit à une importante dégradation des conditions de travail et de l'état de santé de l'intéressé.

³⁵⁴ Pour plus d'informations, voir : Défenseur des droits, *Le harcèlement discriminatoire au travail. Fiche pratique à destination des employeuses et des employeurs*, 2018.

³⁵⁵ Loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique ; Décret n° 2020-256 du 13 mars 2020 relatif au dispositif de signalement des actes de violence, de discrimination, de harcèlement et d'agissements sexistes dans la fonction publique, qui précisait que le dispositif devait avoir été mis en place au plus tard le 1^{er} mai 2020.

³⁵⁶ Art. 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. L'octroi de la protection fonctionnelle n'est pas subordonné au dépôt d'une plainte.

³⁵⁷ Cass. Civ., Arrêt du 1^{er} juin 2016, n° 14-19.702 ; CE, Ass., 30 octobre 2009, M^{me} Perreux, n° 298348 ; CE, 10 janvier 2011, M^{me} Levêque, n° 325268.

³⁵² Art. L.1152-4 et L.4121-1 du Code du travail ; Art. 23 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ; Cass. Soc., Arrêt du 21 juin 2006, n° 05-43914.

Le Défenseur des droits rappelle que la sanction des comportements discriminatoires incombe également aux organes d'inspection et organismes disciplinaires des différents secteurs professionnels que sont par exemple les ordres professionnels (dans la santé, le sport...).

Décision relative à des faits de harcèlement discriminatoire fondés sur l'origine et à l'absence de protection du fonctionnaire hospitalier concerné

Le Défenseur des droits a ainsi été saisi par un fonctionnaire hospitalier qui se plaignait de faire l'objet de propos et comportements à connotation raciste de la part de ses collègues depuis plusieurs années³⁵⁸. Il soutenait que son employeur en avait été informé mais ne l'avait pas protégé. Au contraire, son employeur aurait pris des mesures défavorables ayant compromis le bon déroulement de sa carrière.

Au terme de son enquête, le Défenseur des droits a considéré que le centre hospitalier, informé par le réclamant de faits susceptibles de constituer un harcèlement discriminatoire, n'avait pas pris les mesures appropriées pour les faire cesser. Il a recommandé au centre hospitalier d'accorder au réclamant le bénéfice de la protection fonctionnelle prévue par le statut de la fonction publique et l'a invité à réparer les préjudices subis par le réclamant. Dans sa décision, le Défenseur des droits a aussi adressé plusieurs recommandations générales au centre hospitalier qui portent notamment sur la mise en place de formations et l'instauration d'une procédure de recueil et de traitement des signalements de harcèlement discriminatoire.

Décision relative à des propos discriminatoires adressés par un médecin à sa patiente à l'occasion d'une consultation

La patiente est enceinte et se rend chez un médecin. Pendant la consultation, celui-ci lui demande combien d'enfants elle a. Quand elle lui indique qu'il s'agit du quatrième, il lui aurait alors dit : « *Et le neuvième, c'est pour quand ?* »³⁵⁹. La patiente rapporte qu'ensuite il lui aurait demandé si elle était d'origine malienne, ce à quoi elle répondait être ardennaise de naissance et sénégalaise d'origine. Le médecin aurait alors poursuivi ses propos sur la « *folie* » des personnes d'origine africaine de faire « *autant d'enfants* », qu'il fallait penser à l'avenir des enfants, qu'une scolarité représentait des frais importants³⁶⁰. La patiente a immédiatement quitté le cabinet dans un état de choc.

Après son instruction, le Défenseur des droits a conclu pour la première fois à l'existence d'une situation de harcèlement discriminatoire en matière de biens et services. L'institution a estimé que le comportement du médecin, que celui-ci qualifiait de maladresse, était constitutif d'un harcèlement fondé sur l'origine de la patiente.

Après les démarches entreprises par la patiente auprès de la clinique et de l'Ordre des médecins, la patiente et le médecin, qui n'a pas nié les propos rapportés, sont parvenus à une conciliation devant l'Ordre : le médecin lui a présenté ses excuses. Prenant acte de la conciliation intervenue entre les parties, le Défenseur des droits leur a recommandé de conclure une transaction civile pour réparer le préjudice résultant de la discrimination.

Améliorer le traitement des discriminations par le juge pénal

De nombreux facteurs communs à la voie civile et pénale permettent de comprendre les limites du recours pour la victime : la faiblesse des sanctions et des indemnités, ainsi que le coût financier et psychologique sont autant d'éléments qui obèrent l'efficacité du recours juridictionnel.

Certaines contraintes spécifiques au domaine pénal et à la rédaction des éléments constitutifs du délit de discrimination rendent presque insurmontable le recours en justice. La présomption d'innocence signifie que la charge de la preuve incombe à la partie poursuivante, qui doit réunir les éléments de preuve pour établir toutes les composantes de la commission de l'infraction.

En matière de discrimination, les exigences des juridictions pénales quant au niveau de preuves sont particulièrement lourdes. Si la preuve est dite « *libre* » et permet le recours à un éventail plus large d'éléments (enregistrements, preuves obtenues de façon « *illicite* »), l'aménagement de la charge de la preuve n'existe pas au pénal comme au civil et la preuve spéciale de l'intention discriminatoire exigée empêche aujourd'hui d'avoir recours aux présomptions de faits.

Dans les faits, la discrimination s'inscrit dans le rapport à l'autre et constitue un non-dit qui s'explique rarement. La justice pénale exige la preuve explicite de l'intention caractérisée de commettre l'acte de discriminer et de son fondement discriminatoire, la preuve seule de l'acte et du résultat ou d'un faisceau d'indices ne suffisant pas à fonder une présomption de faits. Seules les quelques discriminations directes laissant des traces matérielles du fondement discriminatoire de la décision de l'auteur peuvent donc faire l'objet d'une condamnation pénale. Cette **contrainte est d'autant plus accentuée que les services de police et le parquet ont une politique d'instruction peu proactive et une expérience très limitée en la matière.**

Ainsi, les testings réalisés en dehors du cadre judiciaire par les associations ou les pouvoirs publics ne semblent jamais déclencher d'enquêtes complémentaires ni de poursuites alors que leurs résultats révèlent des pratiques discriminatoires routinières, dont les auteurs sont identifiables³⁶¹. Au final, de nombreux classements sans suite sont observés, y compris s'agissant des réclamations transmises au procureur de la République par le Défenseur des droits pour lesquelles des éléments de preuve de la matérialité de l'intention lui semblaient avoir été réunis.

Après plus de 15 ans de politique pénale ciblant les discriminations, les poursuites restent rares et les condamnations presque inexistantes. Les magistrats eux-mêmes reconnaissent qu'ils sont impuissants face aux difficultés de la preuve. Ces difficultés instaurent une réelle impunité dans les matières où la juridiction pénale constitue la voie la plus appropriée notamment parce que le fardeau du recours ne repose pas sur la seule victime.

En effet, il s'agit du seul recours à la portée des victimes de discriminations qui puisse amener une sanction significative des auteurs en matière d'embauche, d'accès au stage ou à la formation professionnelle, d'entrave à l'activité économique ou à l'exercice d'un droit et en matière d'accès aux biens et services privés et publics.

Les présomptions sont définies par le Code civil à l'article 1349 comme « *des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu* »³⁶². La Cour européenne des droits de l'Homme, dans un arrêt *Salabiaku* contre France, rendu le 7 octobre 1988, énonce que « *tout système juridique connaît des présomptions de fait ou de droit* » que les États doivent circonscrire dans des limites raisonnables au regard de la gravité de l'enjeu et de la préservation des droits de la défense³⁶³.

³⁵⁸ Décision 2019-085 du 23 avril 2019 relative à des faits de harcèlement discriminatoire fondés sur l'origine subis par un fonctionnaire hospitalier.

³⁵⁹ Défenseur des droits, Décision 2018-239 du 26 septembre 2018 relative à des propos discriminatoires adressés par un médecin à sa patiente à l'occasion d'une consultation.

³⁶⁰ *Ibid.*

³⁶¹ Kirszbaum T., « Capitalisation des connaissances sur les discriminations dans le parc privé et les instruments d'action publique pour les combattre », *op. cit.*, p. 39.

³⁶² Art. 1349 du Code civil.

³⁶³ CEDH, *Salabiaku contre France*, 7 octobre 1988, n° 10519/83, 1988, p. 167.

INTRODUCTION

A l'occasion de la publication de la 14^e édition du baromètre sur la perception des discriminations dans l'emploi, la Défenseure des droits, Claire Hédon, alerte quant à une surexposition de la jeunesse aux discriminations dans l'emploi.

D'après l'enquête menée avec l'Organisation internationale du travail (OIT) auprès d'un échantillon représentatif de la population de jeunes actifs de 18 à 34 ans (3 201 personnes), **plus d'un jeune sur trois rapporte avoir vécu une situation de discrimination ou de harcèlement discriminatoire** dans le cadre de sa recherche d'emploi ou de sa carrière et près d'un jeune sur cinq déclare y avoir été confronté à plusieurs reprises.

Les discriminations ne surviennent pas isolément ; elles résultent d'un ensemble de processus complexes, impliquant :

- Des représentations sociales (préjugés, stéréotypes, normes stigmatisantes) ;
- Des rapports de domination et des interactions spécifiques au domaine de l'emploi ;
- Et des inégalités collectives, durables et cumulatives, qui structurent les différentes sphères de la vie sociale.



1. LA PERCEPTION DES DISCRIMINATIONS EN FRANCE

UNE PERCEPTION MASSIVE DES DISCRIMINATIONS CHEZ LES JEUNES

Plus d'un tiers des jeunes âgés de 18 à 34 ans considère que les discriminations constituent un phénomène massif dans la société française.

Certains critères de discriminations ressortent davantage. Ainsi, 68 % d'entre eux considèrent que les personnes sont souvent ou très souvent discriminées en raison de leur origine, de leur couleur de peau ou de leur nationalité, 63 % en raison de leur apparence physique, 61 % en raison de leur identité de genre, 60 % en raison de leur orientation sexuelle, 54 % en raison de l'état de santé ou du handicap, 57 % en raison de leur religion.

Contrairement à la population globale qui identifie massivement les discriminations dans les sphères de l'emploi et du logement, les personnes âgées de 18 à 34 ans considèrent davantage qu'elles se produisent dans l'ensemble des domaines de la vie sociale : recherche d'emploi, contrôle de police, recherche d'un logement, d'un stage, d'un crédit ou d'une assurance, etc.

UN CONTINUUM D'ATTITUDES HOSTILES

Comme l'a rappelé le 13^e Baromètre sur la perception des discriminations dans l'emploi, les discriminations au travail s'inscrivent dans un continuum d'attitudes hostiles, allant de propos et comportements stigmatisants à tout un éventail de situations de dévalorisation] qui peuvent in fine être constitutives d'un harcèlement discriminatoire. Seules 0,1 % des victimes de discriminations ou de harcèlement discriminatoires l'ont été sans mentionner d'autres faits de dévalorisation ou d'hostilité.



Les jeunes âgés de 18 à 34 ans paraissent y être particulièrement exposés. Ces « micro-agressions » peuvent se doubler d'incitations ou de pressions illicites de la part de l'employeur conditionnant l'obtention d'un poste ou d'une promotion à certaines exigences discriminatoires. Ainsi, 46 % des jeunes ont déjà été incités à modifier leur apparence ou à adopter un certain comportement.

UNE JEUNESSE SUREXPOSÉE, PRODUIT D'UN FONCTIONNEMENT GLOBAL ET INÉGAL DE LA SOCIÉTÉ DANS LE DOMAINE DE L'EMPLOI

En 2021, près de 90 % des jeunes âgés de 18 à 34 ans en France déclarent avoir déjà connu une situation de dévalorisation au cours de leur vie professionnelle. Ces derniers font principalement face à trois situations hostiles : la sous-estimation de leurs compétences, être mis sous pression pour en faire toujours plus, se voir confier des tâches inutiles et ingrates. Plus d'un jeune sur trois (37 %) rapporte avoir déjà vécu une situation de discrimination ou de harcèlement discriminatoire dans le cadre de sa recherche d'emploi ou de sa carrière.

A titre indicatif, en 2020, 23 % des personnes actives en France métropolitaine ont déclaré avoir été victimes de discriminations ou de harcèlement discriminatoire dans le même contexte.

Les critères de discriminations les plus cités sont le sexe, l'âge, l'apparence physique et l'origine. Par ailleurs, le fait d'avoir eu un ou plusieurs enfant(s) sur expose particulièrement les femmes à des comportements discriminatoires dans l'emploi.

LE PARCOURS D'INSERTION PROFESSIONNELLE : DES RISQUES DE DISCRIMINATIONS À TOUTES LES ÉTAPES

Les discriminations rapportées se sont produites dans une grande variété de contextes : lors d'un recrutement pour 34 % des répondants ayant déclaré une discrimination, 33 % dans le travail au quotidien, 23 % lors d'une évolution de carrière ou encore 18 % lors de l'accès à un stage.

FOCUS SUR L'ENTRETIEN D'EMBAUCHE

L'employeur mobilise, parfois inconsciemment, des préjugés et des jugements de valeur à l'encontre de différents groupes sociaux qui peuvent se traduire, lors de l'entretien d'embauche ou d'évaluation professionnelle, par des remarques stigmatisantes à l'encontre du candidat supposé y appartenir ou par des injonctions discriminatoires.

En France, près d'un jeune sur deux (54 %) a déjà fait l'objet de propos déplacés ou de remarques désobligeantes lors d'un entretien d'embauche.



2. LUTTER CONTRE LE NON-RECOURS

UN RECOURS ENCORE TROP FAIBLE : LES FEMMES EN PREMIÈRE LIGNE

Plus de la moitié (58 %) des jeunes victimes de discrimination ont entrepris des démarches à la suite des faits. Ils ont alerté en priorité la direction ou l'encadrement (20 % d'entre eux) ou les syndicats et représentants du personnel (17 %). Une plus faible proportion d'entre eux a pris contact avec le Défenseur des droits (12 %), l'inspection du travail (11 %), un avocat ou une association (10 %) et/ou décidé d'engager une procédure contentieuse (11 %). Cependant, plus de 4 jeunes sur 10 n'ont rien dit à la suite des faits, et principalement des femmes (51 % des femmes déclarant des discriminations n'ont entrepris aucune démarche contre 33 % pour les hommes). Ce non-recours s'explique principalement par le fait que les victimes pensent que cela n'aurait rien changé (50 % d'entre elles), ne savaient pas quoi faire (34 % d'entre elles) ou avaient peur des représailles (26 %). Dans près d'un cas sur quatre (24 %), la personne victime déclare n'avoir pas eu conscience au moment des faits qu'il s'agissait d'une discrimination, notamment lorsqu'il s'agit d'une femme (28 % des femmes qui n'ont rien dit invoquent cette raison contre 18 % pour les hommes).

DES CONSÉQUENCES DÉLÉTÈRES SUR LE PARCOURS PROFESSIONNEL

Les situations de discrimination ou de harcèlement discriminatoire au cours de la carrière peuvent conduire à des conséquences négatives multiples sur l'emploi. Les discriminations vécues par les personnes âgées de 18 à 34 ans se traduisent souvent par une rupture du contrat de travail, que ce soit à l'initiative de l'employeur ou de la personne

victime : 20 % d'entre elles ont décidé de démissionner ou de négocier une rupture conventionnelle et 15 % ont été licenciées suite des faits. Les conditions ou relations de travail peuvent également se dégrader : un jeune sur cinq déclare ainsi avoir subi des conséquences négatives sur son emploi au quotidien à la suite d'une discrimination ou d'un harcèlement. Certains subissent également des sanctions ou mesures de représailles suite à la dénonciation de tels faits : 8 % des personnes se déclarant victimes de discrimination ont reçu un avertissement et 7 % d'entre elles ont été mutées contre leur gré.

DES RÉPERCUSSIONS ÉMOTIONNELLES ET PSYCHOLOGIQUES DURABLES

Au-delà des conséquences sur la carrière, les discriminations ont également des effets néfastes et durables sur la santé mentale des jeunes qui en sont victimes. 85 % des personnes ayant vécu une discrimination ressentent de la colère au moment des faits, et la moitié d'entre elles en fait l'expérience durablement. Les sentiments de peur, de tristesse et de honte affectent également les individus, parfois longtemps après les faits : sur le moment, 70 % des jeunes victimes de discrimination n'ont plus eu envie ou peur d'aller travailler, se sont sentis tristes, fatigués ou déprimés et ont eu le sentiment d'être seuls et isolés. Environ la moitié d'entre eux a subi des répercussions émotionnelles et psychologiques sur le long terme (entre 30 et 34 % de jeunes selon les situations). Plus de la moitié d'entre eux ont également eu du mal à se concentrer (dont un tiers des jeunes durablement).

TEMOIGNAGE

« Alors intérieurement, j'ai dû subir une intervention chirurgicale programmée impliquant un arrêt de travail entre 1 et 3 mois. Ma n+2 a d'abord refusé que je m'absente à la date souhaitée et j'ai dû décaler l'opération d'un mois. Je suis revenue après un mois d'arrêt (je mangerais encore uniquement des liquides) et ma supérieure m'a fait plusieurs fois des réflexions sur mon opération qui 'aurait pu attendre finalement' et ma soudaine perte de poids qui 'n'est pas plus mal'. Peu de temps après, elle a fait une faute professionnelle qu'elle m'a imputée publiquement et j'ai alors été marginalisée par tout mon service. Un matin, j'ai fait une crise de panique et n'ai pas pu aller travailler. J'ai ensuite fait une dépression et j'ai été arrêtée jusqu'à la quasi-fin de mon contrat. Quand je suis revenue, j'ai été convoquée par ma chef qui m'a informée qu'entre mes longues absences, mes fautes et mon manque d'implication, il était évident hors de question de prolonger mon contrat. J'ai terminé ma mission en me sentant comme de moins que rien et j'ai ensuite eu beaucoup de mal à me sentir à nouveau en confiance dans le milieu professionnel. »

ANTIDISCRIMINATIONS.FR : UN DISPOSITIF DE REPONSE DEDIE AUX VICTIMES DE DISCRIMINATIONS

Lancé le 12 février 2021, la plateforme antidiscriminations.fr, dispositif de réponse dédié du Défenseur des droits, est doté d'un numéro de téléphone, 39.28, et un module de tchat en ligne.

Après 10 mois d'existence, près de 10 000 appels ont été enregistrés, dont 7 500 ont abouti sur une saisine du Défenseur des droits. Cela représente une augmentation de près de 150% de l'activité annuelle de l'institution*.

A l'écoult, 7 juristes sont disponibles du lundi au vendredi de 9h à 18h et accompagnent les victimes de discriminations.

Grâce à un annuaire de recherche locale, il leur est possible de trouver près de chez elles, une association, un service de l'état, une antenne syndicale ou un délégué du Défenseur des droits. Il s'agit de permettre aux victimes de trouver une écoute, une aide juridique, un accompagnement près de chez elles, qui soit spécialisé en discriminations.

EXEMPLE DE SITUATION REGLEE

Une réclamante domiciliée dans le 69 recherche un emploi dans le sud-est. Elle a postulé à une offre d'emploi dans une agence immobilière à Nice, qui lui répond par message qu'aucune suite ne sera donnée à sa candidature car priorité est donnée aux candidats de Nice. Se sentant discriminée en raison de son lieu de résidence, elle a contacté le 39 28 et saisi le Défenseur des droits.

Un rappel à la loi est adressé à la directrice de l'agence qui lui a répondu, rappelant les dispositions de l'article L1132-1 du Code du travail selon lequel une personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement en raison de son lieu de résidence, et l'invitant à réexaminer la candidature de la réclamante uniquement à l'aune de ses compétences.

Le Défenseur des droits a par la suite reçu un retour en copie de mail de la directrice de l'agence mise en cause qui proposait un entretien d'embauche à la réclamante.

« L'expérience répétée des discriminations a des conséquences délétères et durables sur les parcours individuels, mine la cohésion de la société française et la confiance de notre jeunesse dans la promesse d'égalité.

C'est un des axes de travail majeur de mon mandat. Cette plateforme en est une pierre qui doit s'inscrire dans une dynamique plus large si nous voulons être à la hauteur de l'enjeu. »

Claire Hédon, Défenseur des droits

LES RECOMMANDATIONS DE LA DEFENSEUR DES DROITS EN MATIERE DE DISCRIMINATIONS

Le Défenseur des droits est en charge de la mission de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité. A ce titre, l'institution alerte depuis des années sur l'insuffisance de nombreuses propositions de réformes et recommande afin de mieux prévenir et sanctionner les discriminations :

- Mesurer les inégalités et les discriminations pour agir ;
- Créer un Observatoire des discriminations ;
- Assurer une sanction dissuasive des discriminations par les juges ;
- Assurer une réelle portée au dispositif d'action de groupe ;
- Assurer un engagement des organisations dans la prévention des discriminations ;
- Obtenir la sanction des discriminations par les organisations ;
- Assurer la transparence, la traçabilité et l'objectivation des procédures et décisions ;
- Éduquer contre les discriminations ;

EN MATIERE D'EMPLOI SPECIFIQUEMENT, LA DEFENSEUR DES DROITS RECOMMANDE AUX EMPLOYEURS PUBLICS ET PRIVES :

- de mettre en œuvre une phase de diagnostic et d'enquête au sein de l'organisation pour mieux identifier les risques discriminatoires à l'encontre des jeunes salariés ;
- d'élaborer des actions de prévention et de lutte contre les discriminations, et de prévoir des mesures spécifiques ciblant les jeunes actifs ;
- d'interroger l'ensemble des processus et critères de décision en matière de ressources humaines tout en informant et sensibilisant l'ensemble du personnel à la non discrimination.



* En 2021 le Défenseur des droits avait 468 salariés de 5 100 réclamations en matière de discriminations (RAA 2020).

Document 4 : « La perception des discriminations dans l'emploi », études et résultats, 14^{ème} baromètre, www.defenseurdesdroits.fr, décembre 2021 (extraits chiffrés de l'étude)

GRAPHIQUE 1

Perception de la fréquence des discriminations dans la société française par motif (%)

■ Jamais ■ Rarement/Parfois ■ Souvent/Très souvent ■ NSP/Refus

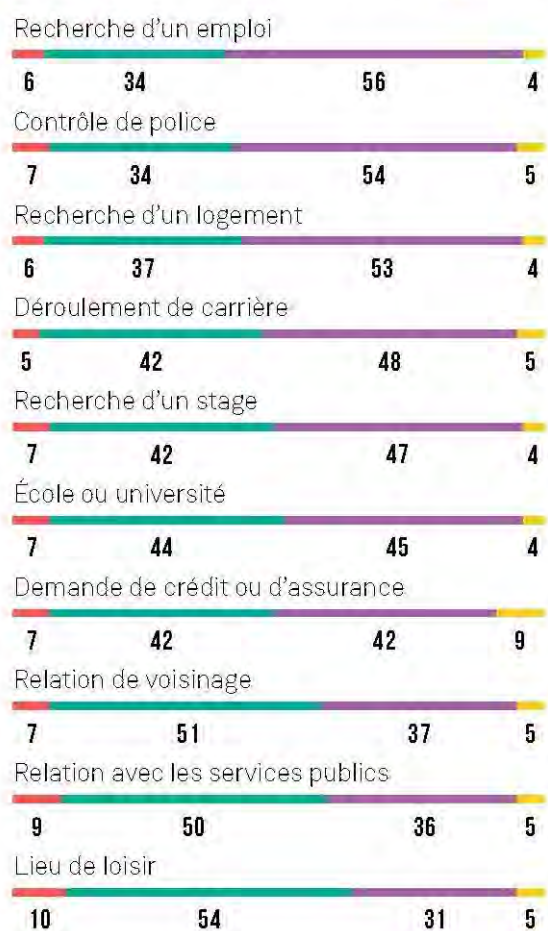


Question : Pensez-vous qu'aujourd'hui, en France, des personnes soient discriminées en raison de leur (...) ?
Lecture : 68 % des personnes interrogées considèrent que des personnes sont souvent ou très souvent discriminées en France du fait de leur origine ou couleur de peau.
Champ : Ensemble de la population enquêtée (n=3 201).
Note : Plusieurs réponses possibles.

GRAPHIQUE 2

Perception de la fréquence des discriminations dans la société française par domaine (%)

■ Jamais ■ Rarement/Parfois ■ Souvent/Très souvent ■ NSP/Refus

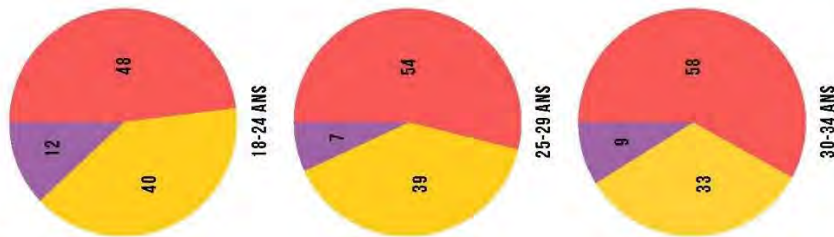


Question : Pensez-vous qu'aujourd'hui, en France, des personnes soient discriminées dans ces situations ou contextes (...) ?
Lecture : 56 % des personnes interrogées considèrent que des personnes sont souvent ou très souvent discriminées en France métropolitaine lors de la recherche d'un emploi.
Champ : Ensemble de la population enquêtée (n=3 201).
Note : Plusieurs réponses possibles.

GRAPHIQUE 5

Part des personnes enquêtées ayant été victimes de discrimination ou de harcèlement discriminatoire dans l'emploi, par catégorie d'âge (en %)

■ Non ■ Oui ■ NSP/Réfus



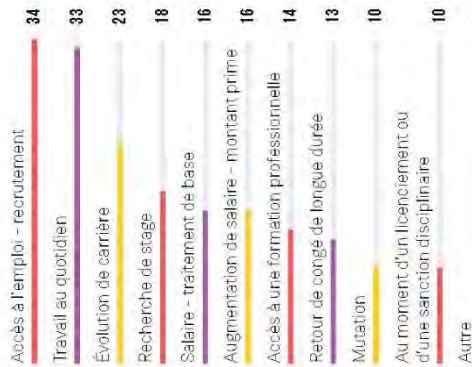
Question : Avez-vous personnellement déjà été ou déjà eu le sentiment d'être victime d'une discrimination ou d'un harcèlement discriminatoire dans le cadre de vos recherches d'emploi ou de vos activités professionnelles ?

Lecture : En 2021, 40 % des jeunes âgés de 18 à 24 ans déclarent avoir vécu une discrimination ou un harcèlement discriminatoire dans le cadre de leurs recherches d'emploi ou de leurs activités professionnelles.

Champ : Ensemble de la population enquêtée (n=3 201).

GRAPHIQUE 6

Part des personnes enquêtées déclarant avoir fait l'objet d'une discrimination ou d'un harcèlement discriminatoire dans l'emploi, par contexte (%)



Question : Dans quelle(s) situation(s) avez-vous été victime de cette (ces) discrimination(s) ou de ce harcèlement discriminatoire au travail ? (État-cé... 7)

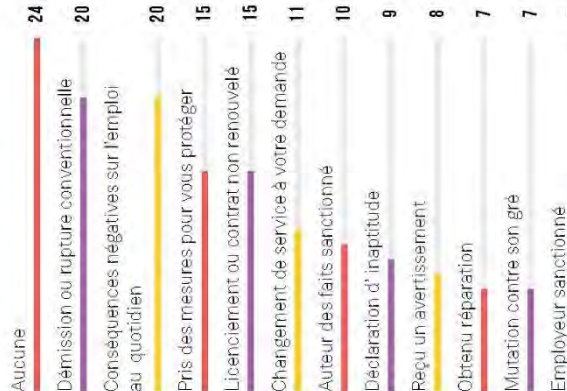
Lecture : 34 % des personnes interrogées déclarent avoir vécu une discrimination ou un harcèlement discriminatoire dans l'accès à l'emploi, lors du recrutement ou lors d'un concours de la fonction publique.

Champ : Ensemble de la population enquêtée ayant été victime d'une discrimination ou d'un harcèlement discriminatoire (n=1 164).

Note : Plusieurs réponses possibles.

GRAPHIQUE 11

Conséquences des discriminations sur la vie professionnelle (en % des personnes enquêtées ayant rapporté une discrimination ou un harcèlement discriminatoire dans l'emploi)



Question : Celles (les) de discrimination ou de harcèlement discriminatoire a-t-il (ont-ils) eu les conséquences suivantes sur votre vie professionnelle ?

Lecture : 20 % des personnes interrogées qui ont vécu une discrimination ou un harcèlement discriminatoire ont subi des conséquences négatives sur leur emploi au quotidien.

Champ : Ensemble de la population enquêtée ayant déclaré avoir vécu une discrimination ou un harcèlement discriminatoire (n=1 164).

Note : Plusieurs réponses possibles.

GRAPHIQUE 13

Démarches entreprises à la suite de la ou des discrimination(s) ou du harcèlement discriminatoire (en % des personnes enquêtées ayant rapporté une discrimination ou un harcèlement discriminatoire dans l'emploi)



Question : Lorsque vous avez été victime de discrimination ou de harcèlement discriminatoire au travail, quelles ont été vos réactions et/ou démarches ?

Lecture : 42 % des personnes victimes de discriminations ou de harcèlement discriminatoire n'ont rien dit à la suite des faits.

Champ : Ensemble de la population enquêtée ayant déclaré avoir été victime de discrimination ou de harcèlement discriminatoire dans l'emploi (n=1 164).

Note : Plusieurs réponses possibles pour les personnes qui ont réagi.

Document 5 : Cour de cassation, chambre sociale, pourvoi 19-26.144, publié au Bulletin, www.legifrance.gouv.fr, 22 septembre 2021 (extraits)

Sommaire : La procédure prévue par l'article 145 du code de procédure civile ne peut être écartée en matière de discrimination au motif de l'existence d'un mécanisme probatoire spécifique résultant des dispositions de l'article L. 1134-1 du code du travail.

Art. 145 du code de procédure civile : « *S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé* ».

Art. L. 1134-1 du code du travail : « *Lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination 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. / Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. / Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* ».

[...]

Texte de la décision

M. [E] [X], domicilié [Adresse 2], a formé le pourvoi n° K 19-26.144 contre l'arrêt rendu le 24 octobre 2019 par la cour d'appel de Versailles (6e chambre), dans le litige l'opposant à la société Groupe Canal+, société anonyme, dont le siège est [Adresse 1], défenderesse à la cassation.

Le demandeur invoque, à l'appui de son pourvoi, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

[...]

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Versailles, 24 octobre 2019), statuant en référé, M. [X] a été engagé le 19 août 1996 par la société Groupe Canal+ (la société).

2. Titulaire de mandats syndicaux et représentatifs depuis 2001 et s'estimant victime de discriminations, notamment syndicale, le salarié a saisi la formation de référé de la juridiction prud'homale pour obtenir, sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, la communication par la société d'un certain nombre d'informations lui permettant de procéder à une comparaison utile de sa situation avec celle de ses collègues de travail.

Examen du moyen

Sur le moyen, pris en sa troisième branche

Enoncé du moyen

3. Le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande tendant à ce qu'il soit ordonné à la société de communiquer dans un délai de 15 jours suivant la notification de l'ordonnance un extrait unique du registre du personnel correspondant à son établissement d'embauche avec mention de tous les salariés ayant une ancienneté similaire, à plus ou moins deux ans près, avec la mise à jour des dates de changement d'emploi et de qualification conformément aux exigences des articles D. 122-21 et D. 1221-23 du code du travail, les nom, prénom, sexe et date d'entrée de chacune des personnes embauchées la même année à plus ou moins deux ans près dans la même catégorie, au même niveau de qualification au sein de leur établissement d'embauche ainsi que leurs bulletins de paie du mois de décembre de chaque année depuis leur embauche, leurs dates de changement de qualification, position et coefficient et leur périodicité, leur qualification, position et coefficient actuels, les formations suivies et leurs dates, le salaire net imposable et brut actuel, leurs fiches d'évolution (système d'information ressources humaines) et un tableau récapitulatif de l'ensemble des informations données ci-dessus et, en conséquence, de le débouter de sa demande tendant à ce qu'il soit ordonné à la société d'établir, pour chaque panel de comparants,

un tableau récapitulatif de l'ensemble des informations données ci-dessus et d'établir un tableau concernant l'ensemble des personnes concernées par le panel à constituer, reprenant l'ensemble des informations ci-dessus, le tout sous astreinte de 100 euros par jour de retard et par document, à compter de l'expiration d'un délai de 15 jours suivant la notification de l'ordonnance à intervenir, alors « que la finalité de la procédure prévue par l'article 145 du code de procédure civile n'est pas limitée à la conservation des preuves mais peut aussi tendre à leur établissement et permettre à une partie de découvrir les preuves permettant de fonder sa démonstration ; qu'en affirmant, pour le débouter de sa demande, que le mécanisme probatoire de l'article L. 1134-1 du code du travail et prévoyant un aménagement de la charge de la preuve rendait d'autant plus inutile la production des éléments dès lors que dans l'hypothèse où les éléments présentés par le salarié seraient considérés comme laissant supposer l'existence d'une discrimination à l'égard du salarié, il appartiendra à la société de démontrer que les décisions qu'elle a prises à son égard étaient justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, la cour d'appel, qui a statué par un motif inopérant, a violé le texte susvisé, ensemble les articles L. 1132-1 du code du travail et 6, §1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 145 du code de procédure civile :

4. Aux termes de ce texte, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé.

5. Il en résulte que la procédure prévue par l'article 145 du code de procédure civile ne peut être écartée en matière de discrimination au motif de l'existence d'un mécanisme probatoire spécifique résultant des dispositions de l'article L. 1134-1 du code du travail.

6. Pour débouter le salarié de sa demande de communication de pièces sous astreinte formée contre la société, l'arrêt retient que le mécanisme probatoire des dispositions du code du travail relatives à la discrimination rend inutile la production des éléments sollicités dans le cadre de la présente instance et que la demande présentée par le salarié n'apparaît pas justifiée par un motif légitime.

7. En statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que le juge du fond n'était pas encore saisi du procès en vue duquel la mesure d'instruction était sollicitée et que la circonstance que le salarié agisse en vue d'une action au fond relative à une situation de discrimination ne privait pas d'intérêt sa demande, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

Et sur le moyen, pris en ses cinquième et sixième branches

Enoncé du moyen.

8. Le salarié fait le même grief à l'arrêt, alors :

« 5°/ sur le motif légitime, que, à l'appui de ses écritures, le salarié avait soutenu et démontré, que la preuve de l'existence, des caractères et de l'étendue de la discrimination et du préjudice subséquent supposait qu'il soit ordonné à la société de communiquer le registre unique du personnel complet ainsi que les données non anonymes concernant l'ensemble des salariés placés dans une situation similaire à plus ou moins deux ans d'ancienneté ; qu'en se bornant, pour débouter le salarié de sa demande, à analyser uniquement les quelques fiches anonymes transmises par l'employeur la veille de l'audience devant le conseil de prud'hommes sans rechercher et analyser, avant tout, et ainsi qu'elle y était invitée, le bien-fondé de la demande du salarié et en particulier, si la communication des pièces sollicitées par ce dernier n'était pas nécessaire à la protection de ses droits, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 145 du code de procédure civile, ensemble les articles L. 1132-1 du code du travail et 6, §1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

6°/ que, en se bornant, pour dire que le salarié n'avait pas de motif légitime à solliciter la communication d'un panel non anonyme et concernant l'ensemble des salariés ayant une ancienneté, un niveau de qualification et une catégorie similaire à la sienne et dans le même établissement, que l'employeur avait communiqué les fiches individuelles de 10 salariés, engagés à une période similaire ainsi que l'extrait correspondant du registre du personnel, certes anonymes mais mentionnant le numéro de matricule ce qui permet d'en vérifier l'authenticité, et ce faisant, à apprécier la légitimité, non pas de la mesure sollicitée par le salarié mais la suffisance des pièces que l'employeur a sélectionnées et décidé de communiquer la veille de l'audience devant le conseil de prud'hommes, la cour d'appel, qui a statué par des motifs impropres à exclure l'existence d'un motif légitime à la

mesure demandée par le salarié, a violé l'article 145 du code de procédure civile, ensemble les articles L. 1132-1 du code du travail et 6, §1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 145 du code de procédure civile, les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil et 9 du code de procédure civile :

9. Selon le premier des textes susvisés, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé. Il résulte par ailleurs des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil et 9 du code de procédure civile, que le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi.

10. Il appartient dès lors au juge saisi d'une demande de communication de pièces sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, d'abord, de rechercher si cette communication n'est pas nécessaire à l'exercice du droit à la preuve de la discrimination alléguée et proportionnée au but poursuivi et s'il existe ainsi un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, ensuite, si les éléments dont la communication est demandée sont de nature à porter atteinte à la vie personnelle d'autres salariés, de vérifier quelles mesures sont indispensables à l'exercice du droit à la preuve et proportionnées au but poursuivi, au besoin en cantonnant le périmètre de la production de pièces sollicitées.

11. Pour débouter le salarié de sa demande de communication de pièces sous astreinte formée contre la société, l'arrêt retient que, s'agissant de l'existence d'un motif légitime, si le 5 septembre 2016, la société Groupe Canal+ a transmis, par l'intermédiaire de son avocat, un tableau comparatif insuffisamment documenté et difficilement exploitable, elle a cependant communiqué avant l'audience prud'homale les fiches individuelles de dix salariés entrés entre 1994 et 1998 aux fonctions de technicien conseil et se trouvant dans une situation comparable à celle du salarié ainsi que l'extrait correspondant du registre unique du personnel, que ces documents sont certes anonymisés mais qu'ils mentionnent le numéro de matricule du salarié concerné, ce qui permet si besoin d'en vérifier l'authenticité. Il ajoute que les dix salariés du panel relèvent du même service et dépendent du même responsable hiérarchique, et que ces fiches indiquent l'âge du salarié, son niveau de formation à l'embauche, son ancienneté dans le groupe et dans le poste, l'historique de ses affectations et des postes occupés avec l'échelon correspondant, la liste des formations suivies, l'historique des salaires mensuels et annuels avec le motif de l'augmentation (augmentation générale ou individuelle, changement d'échelon), l'historique des primes versées, des rémunérations variables, des heures supplémentaires et majorées, des versements au titre de la participation et de l'intéressement. Il en conclut que le panel est assez large et que les fiches communiquées par l'employeur sont suffisamment complètes pour permettre au salarié de procéder à la comparaison souhaitée.

12. En statuant ainsi, sans rechercher, d'abord, si la communication des pièces demandées par le salarié n'était pas nécessaire à l'exercice du droit à la preuve de la discrimination alléguée et proportionnée au but poursuivi et ensuite, si les éléments dont la communication était demandée étaient de nature à porter atteinte à la vie personnelle d'autres salariés, sans vérifier quelles mesures étaient indispensables à l'exercice du droit à la preuve et proportionnées au but poursuivi, au besoin en cantonnant le périmètre de la production de pièces sollicitées, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 24 octobre 2019, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ;

Remet l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ces arrêts et les renvoie devant la cour d'appel de Versailles autrement composée ;

[...]

Document 6 : « La protection contre les discriminations », fiche pratique du ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion, www.travail-emploi.gouv.fr, 7 décembre 2010 mis à jour le 21 décembre 2021 (extraits)

[...]

Qu'est-ce qu'une discrimination ?

- Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de sa grossesse, de son apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son patronyme, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, de son état de santé, de sa perte d'autonomie, de son handicap, de ses caractéristiques génétiques, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales, ou mutualistes, de son exercice d'un mandat électif local, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée, 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 ci-dessus, 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.
- tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés ci-dessus 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 ;
- le fait d'enjoindre à quiconque d'adopter un comportement discriminatoire.

[...]

Qui peut intervenir en cas de discrimination ?

Les agents de contrôle de l'inspection du travail

Les agents de contrôle de l'inspection du travail (inspecteurs et contrôleurs du travail, agents de contrôle assimilés) peuvent se faire communiquer tout document ou tout élément d'information, quel qu'en soit le support, utile à la constatation de faits susceptibles de permettre d'établir l'existence ou l'absence d'une méconnaissance des articles du Code du travail ou du Code pénal prohibant les discriminations. Ils sont habilités à constater les infractions commises en matière de discriminations prévues à l'article 225-2 (3° et 6°) du code pénal

Les organisations syndicales

Les organisations syndicales représentatives au plan national, au niveau départemental ou de la collectivité en Guadeloupe, en Guyane, en Martinique, à Mayotte, à La Réunion, à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin, ou dans l'entreprise, peuvent exercer en justice toute action relative à des agissements discriminatoires, en faveur d'un salarié de l'entreprise ou d'un candidat à un emploi, à un stage ou une période de formation en entreprise (...).

Le syndicat doit notifier par écrit à l'intéressé son intention d'exercer l'action en justice. Il peut agir sans le mandat de l'intéressé, sous réserve que celui-ci ne s'y oppose pas dans un délai de 15 jours à compter de la date de la notification. L'intéressé est libre d'intervenir à l'instance engagée par le syndicat.

Les associations de lutte contre les discriminations

Les associations de lutte contre les discriminations régulièrement constituées depuis au moins 5 ans peuvent exercer en justice toute action relative à des agissements discriminatoires, en faveur d'un salarié de l'entreprise ou d'un candidat à un emploi, à un stage ou une période de formation en entreprise (...). Dans le cadre de la lutte contre les discriminations liées au handicap, l'action peut également être intentée, sous les mêmes conditions, par les associations œuvrant dans le domaine du handicap.

L'association doit pouvoir justifier d'un accord écrit de l'intéressé. Celui-ci est libre d'intervenir à l'instance engagée par l'association et d'y mettre un terme à tout moment.

Un membre de la délégation du personnel au CSE

Si un membre de la délégation du personnel au comité social et économique (CSE) constate, notamment par l'intermédiaire d'un travailleur, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché, il en saisit immédiatement l'employeur. Cette atteinte peut notamment résulter de faits de harcèlement sexuel ou moral ou de toute mesure discriminatoire en matière d'embauche, de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de classification, de qualification, de promotion professionnelle, de mutation, de renouvellement de contrat, de sanction ou de licenciement.

Note du jury : articles non fournis

L'employeur procède sans délai à une enquête avec le membre de la délégation du personnel du CSE et prend les dispositions nécessaires pour remédier à cette situation.

En cas de carence de l'employeur ou de divergence sur la réalité de cette atteinte, et à défaut de solution trouvée avec l'employeur, le salarié, ou le membre de la délégation du personnel au CSE si le salarié intéressé averti par écrit ne s'y oppose pas, saisit le bureau de jugement du conseil de prud'hommes qui statue selon la procédure accélérée au fond (anciennement « procédure en la forme des référés »). Le juge peut ordonner toutes mesures propres à faire cesser cette atteinte et assortir sa décision d'une astreinte.

Le « Défenseur des droits »

Le « Défenseur des droits » est une autorité constitutionnelle indépendante chargée, notamment, de lutter contre les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ainsi que de promouvoir l'égalité. Le Défenseur des droits est également chargé d'orienter vers les autorités compétentes toute personne signalant une alerte (« lanceur d'alerte ») dans les conditions fixées par la loi et de veiller aux droits et libertés de cette personne.

Le « Défenseur des droits » peut être saisi par toute personne qui s'estime victime d'une discrimination, directe ou indirecte, prohibée par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, ou par toute association régulièrement déclarée depuis au moins 5 ans à la date des faits se proposant par ses statuts de combattre les discriminations ou d'assister les victimes de discriminations, conjointement avec la personne s'estimant victime de discrimination ou avec son accord. Il peut également se saisir d'office ou être saisi par les ayants droit de la personne dont les droits et libertés sont en cause.

Les personnes ayant saisi le Défenseur des droits ne peuvent faire l'objet, pour ce motif, de mesures de rétorsion ou de représailles.

La personne qui saisit le Défenseur des droits indique par écrit, en apportant toutes précisions utiles, les faits qu'elle invoque au soutien de sa réclamation. L'association qui saisit le Défenseur des droits lui adresse une copie de ses statuts.

La saisine du Défenseur des droits est gratuite. Elle n'interrompt ni ne suspend par elle-même les délais de prescription des actions en matière civile, administrative ou pénale, non plus que ceux relatifs à l'exercice de recours administratifs ou contentieux.

Lorsque le Défenseur des droits estime que la réclamation d'une personne s'estimant victime d'une discrimination appelle une intervention de sa part, il l'assiste dans la constitution de son dossier et l'aide à identifier les procédures adaptées à son cas.

Un service d'accueil téléphonique (09 69 39 00 00) répond aux demandes d'information et de conseil sur les discriminations et sur les conditions de saisine du Défenseur des droits. Le cas échéant, il réoriente les appelants vers les autres organismes ou services compétents.

L'affichage des coordonnées de ce service est obligatoire dans tous les établissements mentionnés à l'article L. 3111-1 du code du travail ainsi que dans les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics à caractère administratif, les organismes de sécurité sociale et les autres organismes chargés de la gestion d'un service public administratif.

Pour mener à bien ses missions, le Défenseur des droits dispose d'un pouvoir d'investigation permettant de demander des explications, d'auditionner des personnes, de consulter des documents ou même dans certains cas de procéder à des vérifications sur place.

Les agents du Défenseur des droits assermentés et spécialement habilités par le procureur de la République peuvent constater par procès-verbal les délits de discrimination, notamment dans le cas où il est fait application des dispositions de l'article 225-3-1 du code pénal admettant comme mode de preuve de l'existence d'une discrimination la pratique des vérifications à l'improviste (ou « testing »).

Le Défenseur des droits peut procéder à la résolution amiable des différends portés à sa connaissance, par voie de médiation.

Lorsqu'il constate des faits constitutifs d'une discrimination sanctionnée par les articles 225-2 et 432-7 du code pénal et L. 1146-1 et L. 2146-2 du code du travail, il peut également, dans les conditions fixées par l'article D 1-1 du code de procédure pénale, si ces faits n'ont pas déjà donné lieu à la mise en mouvement de l'action publique, proposer à l'auteur des faits une transaction consistant dans le versement d'une amende transactionnelle dont le montant ne pourra excéder 3 000 € s'il s'agit d'une personne physique et 15 000 € s'il s'agit d'une personne morale et, s'il y a lieu, dans l'indemnisation de la victime. Cette transaction proposée par le Défenseur des droits et acceptée par l'auteur des faits ainsi que, s'il y a lieu, par la victime devra être homologuée par le procureur de la République. Le Défenseur des droits pourra également proposer que la transaction consiste en l'une des modalités prévues par l'article 28 de la loi n° 2011-333 du 29 mars 2011.

Le Défenseur des droits ne dispose pas d'un pouvoir de jugement, mais si les faits portés à sa connaissance lui semblent constitutifs d'un crime ou d'un délit, il en informe le procureur de la République.

[...]

**Document 7 : « Diversité et lutte contre les discriminations au travail. Catégorisations et usages du droit »,
Milena Doytcheva, les cahiers de la Lutte Contre les Discriminations (LCD),
L'Harmattan, www.hal.archives-ouvertes.fr, mars 2018 (extraits)**

L'emploi et le marché du travail constituent des secteurs névralgiques en matière de discriminations. Contrairement à ce que les acteurs économiques ont pris l'habitude d'affirmer, en se cachant derrière une prétendue rationalité de leur projet, les discriminations ne sont pas étrangères à la logique de marché. Elles peuvent lui être fonctionnelles, voire même consubstantielles, phénomène en partie dévoilé par les travaux d'économistes qui à partir des années 1970 commencent à se pencher sur le sujet. Par ailleurs, le travail en tant qu'institution sociale demeure un vecteur essentiel d'intégration et de citoyenneté. Les effets délétères d'un déni de justice et d'égalité n'y sont que plus accusés, mettant à mal une norme démocratique essentielle, celle de l'idéal méritocratique, et atteignant les individus au plus profond de leur image de soi et dignité. Par ricochet, ce sont l'ensemble des règles du « vivre-ensemble » et du « faire-société » que de tels actes viennent impacter. Une étude réalisée par « France stratégie » à la demande des ministres du Travail et de la Ville, chiffre en 2016 la perte pour la collectivité, liée aux discriminations, à 150 milliards d'euros. Selon le dixième baromètre du Défenseur des droits, toujours en 2016, un tiers (34%) de la population active rapporte des discriminations en emploi. La proportion croît encore chez les femmes de 18-34 ans (autour de 53%) ; diplômées de Master et plus (50%), en situation de handicap (56%), racisées* (61%) (DDD/OIT, 2017).

Parallèlement, des opérations de testing révèlent l'ampleur des différentiels de traitement en fonction de caractéristiques personnelles prohibées. Ainsi, quand on s'appelle Mohammed, la probabilité d'être contacté à l'issue d'un envoi de CV est presque 4 fois moins forte, que si l'on est un candidat homme majoritaire, montre un test de situation portant sur les convictions religieuses (...). Ce ratio, particulièrement élevé, devient de l'ordre de 2, si l'on intègre les candidates de sexe féminin, majoritaires comme minoritaires. Il place néanmoins la France au premier rang en Europe, en ce qui concerne la discrimination subie par les personnes originaires des pays à majorité musulmane, devant également l'Australie et les Etats-Unis. Dans d'autres secteurs, et sur la base d'autres marqueurs de l'origine présumée, des valeurs s'échelonnant entre 1,5 et 1,8 ont été enregistrées : 1,3 en moyenne pour l'opération « d'ampleur », diligentée en 2016 par les pouvoirs publics (avec des « pics » à 1,9 : DARES, 2016).

Les études montrent aussi que les phénomènes discriminatoires, loin de se concentrer à l'étape de la seule embauche, récidivent tout au contraire le long de la trajectoire professionnelle (stages, contrats d'apprentissage, formation, évolution de carrière). De ce point de vue, le testing sur CV ne sur-estime pas la prévalence discriminatoire, mais semble au contraire la sous-estimer (...). Pour beaucoup de « candidats » et « candidates », le déclassement constitue bien souvent la seule voie de l'insertion (...).

De manière attendue, l'emploi fut aussi un des premiers champs d'action pris pour cible par la lutte antidiscriminatoire. Dès 1999, la déclaration de Grenelle adoptée par les partenaires sociaux [le 11 mai 1999] montre la voie en ce sens, mettant l'accent sur le dispositif du parrainage, parmi d'autres moyens des politiques de l'insertion, comme outil privilégié de lutte contre les discriminations au travail. Suivent les « plans locaux » lancés de manière expérimentale dans le périmètre des politiques de la ville (...), puis à partir de 2004, des initiatives privées, venant du monde de l'entreprise prennent le relais, telles la charte et le label diversité, proposant de transcoder ces nouvelles finalités de l'action publique dans le langage du succès économique. En 2018, 20 ans après les premières impulsions, il nous semble pertinent de regarder avec le recul les avancées accomplies, mais aussi les impasses et angles morts, de ce nouveau champ d'action publique que constitue la non-discrimination.

[...]

1. Catégoriser les discriminations. Catégoriser la diversité

De la loi Pleven de 1972 [Loi n°72-546 du 1 juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme], première loi à se référer à la notion de discrimination, à aujourd'hui, le droit français est passé à plus de 25 motifs ou critères prohibés de discrimination (néanmoins, jamais réunis dans le même texte). Cette logique d'expansion, tant en ce qui concerne la catégorisation des discriminations que l'élargissement des champs d'application (...) a-t-elle favorisé nécessairement et pour autant la consolidation de ce nouveau droit antidiscriminatoire : sa lisibilité et effectivité pour le justiciable comme pour le professionnel du droit ? N'y a-t-il pas eu « surabondance », un « trop plein », des « trop nommés » dans le foisonnement de textes qui se sont succédés depuis la loi du 16 novembre 2001 [Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations], en transposition des directives communautaires ? Quel impact en retour de ces stratégies légistiques et juridictionnelles sur les politiques mises en place par les acteurs sociaux, et plus particulièrement au travail ?

1.1 « Naturalité » versus choix ? : comment rationaliser l'inflation de catégories antidiscriminatoires

Telles sont en tout cas certaines des questions importantes que pose une recherche récente, réalisée dans le cadre de la Fédération interdisciplinaire de Nanterre en Droit (FIND), et qui propose de faire le bilan de vingt ans de politiques jurisprudentielles et publiques, quant aux obstacles demeurant en France à la « reconnaissance juridique des discriminations » (FIDH, 2016). En effet, écrivent les auteurs, si l'on écarte l'« hypothèse ontologique », c'est-à-dire qui est

* Note du jury : désigne un individu susceptible d'être assigné à un groupe minoritaire et d'être victime de discriminations.

liée à la nature même des motifs protégés, il serait tentant de ne voir en cette tendance à l'inflation des catégories antidiscriminatoires qu'une « *incohérence juridique* », voire un « *un impensé de la part du législateur* » (ibid. : 30).

On peut en distinguer, selon eux, de trois sortes, en fonction de la fréquence d'occurrence et de la nature des textes concernés : « *les motifs unanimement consacrés* », ceux « *majoritairement mentionnés* », et enfin ceux « *minoritairement retenus* ». Le premier ensemble regroupe des catégories comme le sexe, le handicap, l'orientation sexuelle, l'âge, la « *race* » ou l'origine ethnique, la religion. Dans le second figurent « *la grossesse* », « *l'apparence physique* », « *le patronyme* », « *le lieu de résidence* », « *l'état de santé* », les « *opinions politiques* » et les « *activités syndicales* ». Enfin, plus rarement libellés, se rencontrent les huit critères restants : les « *caractéristiques génétiques* », les « *mœurs* », « *la perte d'autonomie* », « *les convictions* », « *la maternité* », les « *activités mutualistes* » et les « *opinions philosophiques* ». Cette démultiplication, voire confusion entre motifs protégés, n'est pas pour eux sans incidence. En effet, d'une part, comme nous proposons de le voir à présent, en faisant le pari d'un traitement segmenté et discret, elle empêche tant le juge que le législateur d'appréhender des situations plus complexes de discrimination ; elle peut, d'autre part, et de surcroît, induire des hiérarchies implicites en matière de lutte antidiscriminatoire, qui tant impactent l'action contentieuse que brouillent les stratégies des acteurs économiques.

Pour commencer, d'un point de vue juridique, les raisons des différences de traitement entre critères prohibés n'ont rien d'évident. Afin de proposer un début d'explication, les auteurs rappellent l'« *hypothèse ontologique* » : à « *l'inhérence* », c'est-à-dire une « *naturalité* » socialement construite de certaines (sexe, « *race* »), ou encore le fait qu'elles soient le fruit d'une assignation collective (âge, origine, religion), s'oppose la dimension transitoire, voire même « *choisie* » de certaines autres catégories (activités syndicales, opinions politiques, etc.). D'après d'autres propositions typologiques, il serait également opportun de distinguer entre motifs qui concernent « *la dignité humaine* » et ceux, étant davantage affaire de « *liberté* ». (...) ces analyses ont le mérite de souligner une normativité implicite, sans doute pas étrangère à des considérations sociologiques de jugement de valeur et de représentations, dont la lourde conséquence n'est autre qu'une lisibilité et une efficacité réduites du dispositif antidiscriminatoire.

A l'instar du droit européen, le droit français a adopté une approche catégorielle des discriminations, souhaitant déterminer *a priori* les groupes ou les situations « *à protéger* ». Mais l'approche universaliste du principe d'égalité dans la doctrine républicaine, qui en favorise une conception formelle (...), semble avoir amplifié cette tendance : l'on recherche la formulation exacte et exhaustive, plutôt qu'une application contextuelle, faite au nom d'une plus grande effectivité. Par le choix de la « *précision du texte* », au détriment de celui de l'« *audace du juge* » (...), le dispositif juridique français, serait en retrait sur des situations plus complexes de discrimination. Héritée d'une intégration progressive des motifs prohibés, l'approche catégorielle et compartimentée fait l'impasse sur les discriminations multiples, intersectionnelles ou cumulées.

Cette situation est contrastée avec l'approche canadienne, affranchie du « *carcan des motifs énumérés* » (...). Le concept d'intersectionnalité et le raisonnement contextualisé qui l'accompagne s'y déploient dès le milieu des années 1990. Côté français, la conception du droit antidiscriminatoire contraint les plaignants à fixer leurs expériences dans des catégories isolées et prédéterminées (...). Côté canadien, la perspective intersectionnaliste exige une prise en considération des interactions entre ces ordres de catégorisation, considérés comme mutuellement constitutifs. D'autres études soulignent dans le cas français la réversibilité des catégories (...), leur défaut d'exclusivité, le fait que beaucoup n'ont pas encore ou peu fait l'objet de jurisprudence (...). Aussi, des propositions de simplification (...) ou de « *consolidation* » (...), ne manquent d'accompagner cette étude critique de la légistique antidiscriminatoire.

1.2 Les hiérarchies inversées de la diversité en entreprise

Mais la compartimentation normative qui conduit à un traitement segmenté, a aussi pour corollaire une hiérarchie entre critères prohibés. Stigmatisée déjà à la suite des directives communautaires intervenues en 2000 et des transpositions qui ont suivies (...), celle-ci était appelée en théorie à s'estomper, sous les effets des transpositions nationales, allant dans le sens d'une égalisation des protections renforcée (...). Or le constat est aujourd'hui réitéré, tant sur le plan juridique (Cour de cassation, 2008 (...)), qu'en ce qui concerne les démarches propres des acteurs sociaux, dont les politiques offrent non sans paradoxe une « *image inversée* » des hiérarchies juridiques de la non-discrimination.

Nous avons par ailleurs montré (...), comment les acteurs sociaux et les entreprises en particulier, se saisissent de ce flou entourant le droit des discriminations, travaillent les incohérences juridiques, en préconisant des approches « *tactiques* », « *sélectives* » ou « *progressives* » de la diversité. Nous avons en particulier souligné leur rapport ambivalent à la règle de droit : alors que la conformité légale est dans un premier temps rejetée comme fondement de l'action entrepreneuriale (parce qu'associée à la notion de contrainte, perçue comme contre-productive, étrangère à la « *culture d'entreprise* » et « *culpabilisante* »), la mise à distance de l'ordre juridique s'accompagne dans un second temps de son instrumentalisation pratique, afin de démultiplier les champs d'intervention, puis choisir entre des sujets définis comme « *prioritaires* ». Malgré l'avènement d'un nouvel environnement juridico-politique dont ils observent le développement au début des années 2000, les acteurs économiques estiment qu'« *il n'y pas non plus d'épée de Damoclès au-dessus de leurs têtes* ». Ce sont plutôt des risques de « *réputation* » et d'« *image* » qui les poussent à la fuite en avant, vers des politiques *proactives*, qui s'adosent à des enjeux économiques et font grand cas des stratégies de communication.

1.3 Soft et hard-law : « Wrestling ground ou pas de deux » ?

Alors que la logique même d'une telle bi-partition est très rarement interrogée, ce qui attire de plus en plus l'attention est l'articulation problématique de cette double stratégie d'intervention : entre *hard* et *soft-law*, « *wrestling ground* » (lutte à terre) et « *pas de deux* », pour reprendre la formule proposée par deux chercheurs qui se sont penchés sur l'instrumentation des politiques antidiscriminatoires en France (...). En effet, alors que la régulation est appelée en théorie à renforcer l'application de la règle juridique, en se portant garante du respect de la réglementation et en élargissant son champ de contrôle par les pouvoirs publics (...), la priorité donnée aux logiques marchandes dans ce contexte ne finit-elle pas par détricoter la normativité intrinsèque de la loi ?

Réputés pour leur « efficacité », les dispositifs de *soft-law* – prix, trophées, chartes, normes techniques (labels, certificats ou standards) – sont des instruments dépolitisés d'action publique, qui opèrent un décentrage des sujets, dont il s'agit de traiter toujours plus du point de vue de l'entreprise, des actionnaires, des marchés..., dans des perspectives non nécessairement congruentes avec les objectifs d'équité. Le développement de cette smart régulation, qui accompagne en France comme ailleurs le tournant néolibéral, participe d'une tendance plus large de retrait de l'Etat, de montée des régulations privées, où priorité est donnée à la négociation économique, au détriment d'une gouvernance démocratique, des objectifs d'action publique ou de légalité.

Mais, alors que dans d'autres contextes nationaux, la logique incitative sur laquelle reposent les politiques en faveur de la diversité fait suite à des programmes d'intervention plus coercitifs et à un processus de judiciarisation au long cours de l'action antidiscriminatoire, c'est en l'absence de tout socle stabilisé de politique publique, ainsi que d'une stratégie contentieuse affirmée (...), qu'en France on donne cours à cette logique. Les effets délétères n'en seront que décuplés : comme le montre la littérature scientifique, ils riment avec contournement, instrumentalisation des objectifs d'action publique, « auto-production » par les entreprises de « certificats de bonne conduite ». Allant jusque, y compris, à brouiller aujourd'hui l'existence et l'incidence mêmes de la norme juridique antidiscriminatoire (...).

[...]

2. La dépendance procédurale : quels forums judiciaires pour la lutte antidiscriminatoire ?

En effet, force est de constater que l'exercice de l'action en justice contre les discriminations continue à se heurter aujourd'hui à de nombreux obstacles. Ceux-ci proviennent à la fois de la méconnaissance du droit par les justiciables, du coût de l'action, des difficultés tenant à la production de la preuve. En matière de droit des discriminations, cette dernière revêt un caractère essentiel et hautement stratégique (...). L'aménagement de la charge de la preuve introduit par la directive 2000/43, sur le modèle de la jurisprudence communautaire en matière d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes, a permis de partager le fardeau probatoire entre le plaignant et la partie défenderesse, en l'occurrence l'employeur, en renvoyant à celui-ci, sur la base d'une présomption, l'obligation de prouver que la pratique litigieuse repose sur des éléments « objectifs » et non discriminatoires. Cette provision phare du dispositif juridique antidiscriminatoire ne concerne cependant que la matière civile. En droit pénal, c'est le principe de présomption d'innocence qui l'emporte. Dans bien des situations, comme nous le verrons, et malgré tout l'attrait qu'elle continue à justifier à exercer, la réponse pénale est apparue inadaptée en matière antidiscriminatoire au cours des dernières années.

2.1 La réponse pénale

Elle fut initiée en France dès 1972 et la première loi qui, nous l'avons vu, introduit la notion de discrimination, interdisant *inter alia* les discriminations raciales. Dans un contexte marqué par l'importance des luttes antiracistes et l'influence des organisations internationales, porteuses d'une vision universaliste des droits humains (...), le texte opère un marquage idéologique fort par le recours au droit pénal, lesté de poids symbolique. Ailleurs dans le monde, aux Etats-Unis comme au Canada, on observe l'absence de tel traitement pénal des discriminations, en particulier en emploi. D'autres pays européens que la France associent néanmoins la discrimination à une responsabilité pénale : il en va ainsi de la Belgique, des Pays-Bas, du Portugal, ou de la Finlande, parmi d'autres.

Ses origines pénales ont fortement marqué le droit des discriminations, au point où certains en perçoivent l'influence y compris en matière de procédure civile en France (...). En 2004, le rapport Stasi souligne que la justice pénale est encore privilégiée dans les stratégies contentieuses, alors que procès civils ou administratifs jouent un rôle restreint. La volonté des associations, qui se constituent partie civile, de tirer parti de la dimension symbolique et de l'impact médiatique du procès pénal participe de cet attrait (...). En dépit d'une progression relative, le nombre de condamnations demeure faible. Pour le rapporteur, c'est que la réussite de l'action se heurte à des difficultés de fond : absence de formation des magistrats, mais aussi de la police judiciaire, faiblesse des sanctions qui diminue leur portée dissuasive, coût pour la victime, tant financier qu'humain et psychologique. Ces chiffres des condamnations ont hélas peu évolué les dernières années : le rapport annuel de la CNCDH en recense 9 pour discrimination à caractère raciste en 2011. Mais les sanctions en emploi sont encore plus rares, le classement des plaintes est fréquent, le plus souvent pour preuve insuffisante.

En effet, si la preuve est dite libre en matière pénale ce qui permet l'utilisation de moyens non conventionnels (enregistrements, informations acquises de façon « illicite ») que n'admet pas la procédure civile, l'absence d'aménagement du fardeau probatoire, et l'importance de la notion d'intention propre à la justice pénale, y restreint considérablement la définition de la discrimination aux seules formes intentionnelles et directes. Un terrain peu propice donc au développement du contentieux que la création en 2007 de pôles anti-discrimination au sein des parquets n'a pas fondamentalement modifié. D'autant que la discrimination en matière d'emploi y est restreinte à seulement quelques sujets couverts par le Code pénal (...).

Des chercheurs mettent en garde toutefois ces dernières années contre un « renoncement guidé par l'excès de pragmatisme ». On ne peut totalement écarter, écrivent-ils, que des considérations étrangères à la politique antidiscriminatoire, liées au manque cruel de moyens dont souffre la justice, soient à l'origine de la rareté de la sanction pénale (...). Malgré les spécificités procédurales, il n'est pas interdit de penser un « dispositif idéal » de lutte contre les discriminations. De même, la responsabilité en matière discriminatoire n'est intrinsèquement ni civile, ni pénale, ce qu'importe donc davantage est de trouver un moyen d'interaction entre ces différents régimes et branches du droit (...). Pour certains, des possibilités d'alléger le fardeau de la preuve en droit pénal seraient envisageables (...). En attendant, c'est la voie civile qui a vu ces dernières années l'accélération du rayonnement de ce nouveau droit en France (...).

2.2 La voie civile

Les premières provisions en droit du travail contre la discrimination sont en France postérieures de dix ans [Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, dite « loi Auroux ». Elle transpose la directive 1976/207 en matière d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes en emploi]. Dès le départ, et à la différence de la centralité de la question du racisme en droit pénal, en matière sociale, les discriminations raciales sont saisies de façon incidente, à l'intérieur d'une règle générale et parmi d'autres motifs prohibés (sexe, situation de famille, opinions politiques, religion, handicap). C'est d'ailleurs le contentieux pour discrimination syndicale qui permettra à cette voie civile de s'affirmer. Même si, comme le remarque Julie Suk, ironiquement, les recours commencent à réellement se développer seulement après la loi du 16 novembre 2001, conçue en transposition de la directive « race » (...).

En matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, le principe de l'aménagement de la charge de la preuve est, nous l'avons vu, antérieur aux directives européennes intervenues en 2000. L'action contentieuse avant 2005 reste cependant peu importante : en droit « continental » et dans la théorie judiciaire de la procédure civile en France en particulier, on ne peut faire sa preuve en demande avec les éléments de la partie adverse. Y compris après transposition des directives européennes, les juges continuent à faire une « application exigeante » de l'aménagement du risque probatoire (...). En 2006, la chambre sociale de la Cour de cassation enregistre 139 décisions en matière de discrimination, en « constante augmentation » (Cour de cassation, 2008), même si celle-ci « semble moins exponentielle qu'on aurait pu le penser ». Ces pourvois aboutissent aussi de manière beaucoup plus importante que les autres à des décisions de rejet : à peine 15 % des décisions en matière de discrimination aboutissent à une cassation (contre 43% en moyenne devant la chambre sociale en 2007). La discrimination y est d'ailleurs plus souvent formulée à titre accessoire, et non principal.

[...]

2.3 Portée des stratégies judiciaires

Inexistante il y a trente ans, la problématique de la lutte contre les discriminations semble ainsi aujourd'hui avoir irrigué l'ensemble des champs du droit (social, pénal, commercial, civil, de la fonction publique). Mais bien que les textes sont foison, elle laisse aussi un « goût d'inachevé » (...). Si la reconnaissance juridique des discriminations a en France progressé, la volonté du législateur ne semble avoir atteint qu'imparfaitement son but : que ce soit dans le domaine social face aux discriminations multiples, en matière probatoire, de sanctions, dans la préparation des juges à ce type de contentieux, tout se passe comme si, au moment où son institutionnalisation en droit français arrive à maturité, la lutte contre les discriminations se trouve confrontée à l'épreuve de son effectivité.

[...]

3. Les habits « neutres » de la diversité au travail

Or, en la matière, c'est l'extrême prudence qui marque l'action des pouvoirs publics au cours des dernières années en France. Après la « charte de la diversité », l'avènement du label éponyme n'a pas apporté le remaniement attendu des rapports de force dans le champ, voire a consacré ceux issus des impulsions initiales, penchant très largement nous l'avons vu en faveur des intérêts et « libertés » entrepreneuriales. Depuis, la réalisation de *testings* à répétition a du mal à cacher le manque de vision et perspective en matière de politique publique, derrière les déclarations de principes et d'intention. En matière de politique publique de lutte contre les discriminations au travail, l'Etat s'est dessaisi de ses prérogatives au profit du monde économique, cependant qu'aucun signal décisif n'émerge de ce « marché de la diversité », qu'il a également et au demeurant substantiellement financé.

[...]