La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ?

Serge Slama

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2061>

DOI : 10.4000/revdh.2061

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Serge Slama, « La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016, mis en ligne le 27 juin 2016, consulté le 10 décembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2061> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.2061>

Ce document a été généré automatiquement le 10 décembre 2020.

Tous droits réservés

La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ?

Serge Slama

- 1 En 1987, dans ses *Réflexions sur la notion de discrimination*, Danièle Lochak relevait que « La discrimination, c'est la distinction ou la différence de traitement illégitime : illégitime parce qu'arbitraire, et interdite puisqu'illégitime. Mais cette affirmation, si elle rend compte des conceptions unanimement admises aujourd'hui en doctrine, ne fait que reculer la solution du problème : à quoi reconnaîtra-t-on qu'une différence de traitement est illégitime, qu'est-ce qui permettra de dire qu'une distinction est arbitraire ? »¹. Dans le même sens, en 1998, Marie-Laure Izorche se demandait « pourquoi et comment le législateur a lui-même opéré une distinction entre les critères qui méritaient d'être cités dans l'article 225-1 [du code pénal], et ceux qu'il n'a pas retenus : on pourrait avancer au moins deux hypothèses, la première étant que les discriminations retenues dans ce texte seraient, de fait, les plus fréquentes, la seconde étant que ce seraient les distinctions les plus intolérables pour le corps social ... les deux explications n'étant nullement incompatibles »².
- 2 Ces analyses conservent aujourd'hui toute leur pertinence : il est toujours aussi difficile de déterminer ce qui définit le caractère arbitraire et, par suite, illégitime d'une différence de traitement. Car si au sens le plus large, on peut qualifier de discrimination toute différence de traitement ; la discrimination, d'un point de vue juridique, recouvre seulement les distinctions reconnues illégitimes par la société et sanctionnées par un texte. Traiter des personnes ou des groupes de façon différente n'est pas forcément discriminatoire : il n'y a discrimination que si le comportement ou l'acte tombe sous le coup d'une règle ou d'un principe qui le prohibe formellement³.
- 3 La question est d'autant plus d'actualité que l'état de droit s'est considérablement complexifié et opacifié depuis une trentaine d'années sous l'influence notamment du droit international et européen des droits de l'homme mais aussi, et surtout, du droit de l'Union européenne et d'évolutions législatives et jurisprudentielles internes. De

nombreux textes prohibant des différences de traitement jugées discriminatoires ont été adoptés. Le nombre de critères illicites de discrimination ont été multipliés (on en recense plus d'une vingtaine actuellement dans le Code du travail). Or, à chaque critère, à chaque texte, à chaque branche du droit (droit pénal, droit social, droit de la fonction publique, droit de l'éducation, droit de l'UE, droit de la CEDH, etc.) correspond des régimes juridiques distincts notamment des champs matériels, des critères d'exonération ou de justification objective différents⁴.

- 4 Plus de quarante ans après la pénalisation de la discrimination raciale par la loi Pleven de 1972, trente ans après l'adoption de la première directive relative entre l'égalité de traitement homme-femme⁵ et quinze ans après la première transposition des directives communautaires relatives à l'égalité de traitement⁶ - qui ont contribué à « l'invention » de la lutte contre les discriminations en droit français⁷ avec notamment la création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations (HALDE)⁸, force est de constater à la fois la richesse du dispositif institutionnel et juridique antidiscriminatoire mais aussi son manque de lisibilité, voire, dans certains cas, de cohérence. La complexité tient sans doute pour une part à la multitude des sources - internationales, européennes et nationales - du droit de la non-discrimination et des relations systémiques entre les différents ordres juridiques. Mais l'examen des textes de droit interne consacrés à la lutte contre les discriminations permet de rendre compte de la diversité des régimes applicables aux différents champs des discriminations, selon les domaines concernés et en fonction des motifs.
- 5 On peut dès lors se demander si la profusion des textes prohibant des discriminations et la multiplication des régimes attachés à chaque norme et chaque critère ne constituerait pas un frein à l'efficacité de la lutte contre les discriminations. Elle serait en effet contre-productive non seulement en rendant le dispositif antidiscriminatoire complexe et peu lisible (I.) mais aussi en provoquant une dispersion incohérente des régimes (II.).

I Une profusion contre-productive des textes antidiscriminatoires

- 6 Cette profusion des textes a provoqué un phénomène de stratification de ceux-ci sans grande lisibilité (A), interroge sur la cohérence de l'ensemble du dispositif, son inutile complexité et sa relative efficacité (B).

A Une stratification des textes sans grande lisibilité

- 7 Sans prétendre examiner l'ensemble des textes qui prohibent les discriminations⁹, on peut illustrer cette idée de stratification des textes prohibant les discriminations en évoquant les trois principaux champs de la lutte contre les discriminations en droit interne : le droit pénal (1.), le droit du travail (2.) et le droit public, en particulier le droit de la fonction publique (3.) ainsi que, de manière plus générale, la transposition des directives européennes relatives à l'égalité de traitement par la loi du 27 mai 2008 (4.).
- 8 Or l'examen de ces domaines fait apparaître que les instruments juridiques de lutte contre les discriminations sont apparus à des moments distincts et qu'ils n'ont connu

une convergence - relative - qu'à une époque récente sous l'influence du droit de l'Union européenne. Les périmètres de normes antidiscriminatoires varient toutefois énormément d'un champ à l'autre et sans qu'aucune cohérence d'ensemble n'ait jamais été assurée par le législateur.

1 En droit pénal

- 9 Le droit pénal est la branche du droit dans laquelle il existe depuis le plus longtemps des instruments de lutte contre les discriminations, en particulier la discrimination raciale¹⁰. Ce droit constitue encore aujourd'hui, avec son article 225-1 du Code pénal, le texte de référence du droit français ; servant souvent de patron (au sens couturier du terme) ou de tuteur (au sens horticole du terme) aux autres textes antidiscriminatoires¹¹.
- 10 Le premier jalon du dispositif pénal de lutte contre la discrimination raciale a été posé par le décret-loi du 21 avril 1939. Ce texte – couramment appelé « loi Marchandeu » - incrimine encore aujourd'hui aux articles 32, 33 et 48 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse la diffamation et l'injure « *envers un groupe de personnes qui appartiennent par leur origine à une race ou une religion déterminée, lorsqu'elle a pour but d'exciter la haine envers les citoyens ou habitants* ». Bien que restée en vigueur (hormis sous Vichy) jusque dans les années soixante-dix, cette législation reçut une application décevante¹².
- 11 Mais c'est la loi n° 72-546 du 1er juillet 1972, dite « loi Pleven » qui a introduit dans le code pénal aux articles 187-1 et 416 des sanctions contre les comportements discriminatoires (refus ou offre conditionnelle d'un bien ou d'un service, refus d'embauche et licenciement) lorsqu'ils sont déterminés par l'appartenance ou la non-appartenance de la victime à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. Elle retouchait par ailleurs substantiellement le dispositif de la loi du 29 juillet 1881 modifiée par la loi « Marchandeu » de 1939 sur la provocation à la discrimination raciale. Adoptée dans le contexte particulier de recrudescence d'actes xénophobes, elle a aussi été l'occasion d'appliquer la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965 ratifiée par la France en vertu d'une loi du 28 mai 1971¹³.
- 12 La loi n° 77-574 du 7 juin 1977 a ensuite ajouté les articles 187-2 et 416-1 incriminant l'entrave à une activité économique pour des motifs discriminatoires. La loi « Roudy » n° 83-635 du 13 juillet 1983 a supprimé la possibilité d'invoquer, à titre de fait justificatif, un « motif légitime » en matière d'embauche et de licenciement. La loi n° 87-588 du 30 juillet 1987 l'a étendu, en cas de discrimination raciale, en toute matière. Enfin, la « loi Gayssot » n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe a créé aux articles 187-3 et 416 des peines complémentaires applicables au délit de discrimination raciale, et a instauré notamment la possibilité pour le juge pénal de prononcer certaines peines complémentaires comme la publication de la condamnation au Journal officiel.
- 13 Entré en vigueur le 1er mars 1994, le nouveau code pénal est venu réécrire, en les simplifiant, les anciens articles 416 et 416-1 aux articles 225-1 à 225-3 (particuliers) et les anciens articles 187-1 à 187-3 aux articles 432-7 et 432-17 (agents dépositaires de l'autorité publique). À cette occasion, le législateur a aggravé la répression de la discrimination raciale et a consacré la possibilité d'engager la responsabilité pénale des

personnes morales. En outre, la possibilité d'invoquer un « *motif légitime* » à titre de fait justificatif a été complètement supprimée quel que soit le motif discriminatoire. En outre, s'agissant des personnes morales, les discriminations prohibées peuvent aussi concerner « *des membres ou de certains membres de ces personnes morales* » (article 225-1, al. 2).

- 14 Même si elle a eu peu d'incidences sur le code pénal, la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 *relative à la lutte contre les discriminations*¹⁴ a étendu le domaine de la discrimination pénalement réprimée à l'accès au stage et à la formation professionnelle et a ajouté aux motifs de discrimination figurant à l'article 225-1 du code pénal « *l'apparence physique* » et « *le patronyme* ». En revanche, contrairement à ce que prévoit la directive « racisme » du 29 juin 2000, l'interdiction des discriminations indirectes n'a pas été inscrite dans le code pénal¹⁵.
- 15 En modifiant l'article 2-1 du code de procédure pénale, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 élargit aux menaces, vol et extorsion la liste des infractions pour lesquelles la circonstance aggravante à caractère raciste ou antisémite peut être retenue. En outre elle a prévu une aggravation des peines lorsque le refus discriminatoire de fourniture d'un bien ou d'un service, prévu au 1° de l'article 225-2 du code pénal, est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès. Ces peines sont alors portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende.
- 16 La loi pour l'égalité des chances n° 2006-396 du 31 mars 2006 a introduit dans le code pénal le test de situation ou « *vérification à l'improviste* » en tant que procédé de preuve (art. 225-3-1 du Code pénal) – celui-ci est néanmoins peu utilisé depuis son adoption.
- 17 La loi du 27 mai 2008 portant *diverses mesures d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations* s'est, pour sa part, peu intéressée au droit pénal dans la mesure où il s'agit essentiellement d'une loi de transposition de directives communautaires relatives à l'égalité de traitement qui laissent très largement le droit pénal hors de son champ. Néanmoins, l'article 7 de cette loi a modifié la liste établie à l'article 225-3 du code pénal écartant du champ des discriminations sanctionnées par l'article 225-2 du même code les « *refus d'embauche fondés sur la nationalité lorsqu'ils résultent de l'application des dispositions statutaires relatives à la fonction publique* ». De l'aveu même du rapporteur : « *Cet ajout ne correspond pas à une exigence communautaire directe mais est fondé sur les spécificités du statut de la fonction publique en France* »¹⁶ – qui réserve en principe les emplois de fonctionnaire aux nationaux.
- 18 Dans cette décennie on a surtout assisté à une extension des motifs de discrimination prohibés par l'article 225-1 du Code pénal. Ainsi, l'article 4 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* a d'abord ajouté les « *caractéristiques génétiques* » dans cette liste. La même disposition a aussi prévu à l'article 225-3 du code pénal un régime particulier de sanctions pour ces discriminations génétiques « *lorsqu'elles se fondent sur la prise en compte de tests génétiques prédictifs ayant pour objet une maladie qui n'est pas encore déclarée ou une prédisposition génétique à une maladie* ».
- 19 L'article 13 de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 *relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes* a ensuite ajouté à ces motifs, après « *la situation de famille* », l'état de grossesse – seul motif de non-discrimination sexo-spécifique puisque cet état ne concerne (pour le moment du moins) que les femmes. L'article 4 de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 *relative au harcèlement sexuel* a également ajouté l'« *identité sexuelle* ». Cette même loi a aussi érigé, dans le prolongement des directives européennes sur

l'égalité de traitement et de la loi du 27 mai 2008, le fait de subir un harcèlement sexuel ou de subir des représailles pour avoir témoigné ou relaté de tels faits en discrimination pénalement réprimée, même « *si les propos ou comportements n'ont pas été répétés* » (article 225-1-1 du Code pénal). Enfin l'article 15 de la loi n° 2014-173 du 21 février 2014 *de programmation pour la ville et la cohésion urbaine* a ajouté au même article 225-1 du Code pénal le « *lieu de résidence* » comme huitième des vingt motifs de discrimination prohibés dans cette liste juste après le « *patronyme* ».

2 En droit social

- 20 Même s'il existait déjà auparavant un embryon de jurisprudence dans le domaine des discriminations inspiré du droit communautaire, ce n'est qu'à partir de 1982, avec le vote des lois « Auroux », que la prohibition des discriminations a été formellement intégrée dans le Code du travail à son article L. 122-45. Cette disposition prévoyait alors qu'« *Aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de son appartenance à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou de ses convictions religieuses. Toute disposition contraire est nulle de plein droit* ».
- 21 Cette disposition a été par la suite modifiée à plusieurs reprises, notamment par les lois n° 85-10 du 3 janvier 1985 (art. 24, nullité de tout « *acte contraire* » et non seulement des dispositions), par la loi n° 85-772 du 25 juillet 1985 (art. 109 : ajout de la discrimination en raison des activités « *mutualistes, de l'exercice normal du droit de grève* »), par la loi n° 90-602 du 12 juillet 1990 (article 9 : ajout dans les motifs de discrimination de l'état de santé ou du handicap sauf inaptitude constatée par la médecine du travail). La loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 (art. 27) a ensuite ajouté comme nouveau critère de non-discrimination les « *mœurs* » et a sorti l'exercice normal du droit de grève de la liste des motifs pour en faire une cause de nullité de la sanction ou du licenciement à part (mais figurant tout de même au L. 122-45 du code du travail). Cela a un sens car le fait de licencier ou sanctionner un salarié gréviste ne constitue pas à strictement parler une discrimination mais la restriction de l'exercice d'une liberté fondamentale garantie notamment par la Constitution.
- 22 Au début du XXI^e siècle, la relance du dispositif de lutte contre les discriminations est venue du droit communautaire grâce principalement à l'adoption des relatives à l'égalité de traitement de 2000 (2000/43/CE « *race et origine ethnique* » et 2000/78/CE « *emploi* »), complétant la directive déjà existante (depuis 1976) sur l'égalité homme-femme (et qui sera refondue en 2004). Dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, ces directives prévoyaient notamment d'élargir la notion de discrimination non seulement à la discrimination directe, mais aussi à la discrimination indirecte, le harcèlement discriminatoire et l'incitation à la discrimination. Elles prévoyaient aussi un mécanisme de partage de la charge de la preuve, hormis en droit pénal, la protection contre les mesures de rétorsion ou de représailles ainsi que l'obligation pour les États de désigner un ou plusieurs organismes chargés de promouvoir l'égalité de traitement entre toutes les personnes sans discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique et d'assister les victimes de celles-ci – ce qui amènera à la création du Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations (GELD) puis de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE).

- 23 La transposition de ces directives s'est néanmoins faite avec de grandes difficultés – le législateur devant s'y prendre à plusieurs reprises entre 2001 et 2008 sous l'aiguillon de la Commission européenne. D'abord en adoptant une approche sectorielle puis, à partir de la loi du 30 décembre 2004 puis de la loi de 2008 par une approche plus globale (mais limitées seulement à certains motifs et domaines).
- 24 En droit du travail, elles ont été partiellement transposées par la loi n° 2011-1066 du 16 novembre 2011, complétée par la loi de modernisation sociale n° 2002-73 du 17 janvier 2002. L'article 1^{er} de la loi du 16 novembre 2011 a d'abord élargi la prohibition des discriminations de l'article L.122-45 du code du travail non seulement aux procédures de recrutement mais aussi, comme le prévoit les directives relatives à l'égalité de traitement, à l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise. Par cette disposition il a été prohibé non seulement toute sanction ou licenciement discriminatoire mais aussi plus largement toute « *mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat* » et ce en raison de dix-sept motifs (origine, sexe, mœurs, orientation sexuelle, âge, situation de famille, appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, opinions politiques, activités syndicales ou mutualistes, convictions religieuses, apparence physique, patronyme ou, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail, en raison de l'état de santé ou du handicap). La loi de 2001 interdisait aussi pour la première fois toute sanction, licenciement ou mesure discriminatoire pour avoir témoigné de ces agissements ou pour les avoir relatés.
- 25 Par ailleurs la disposition organisait pour la première fois dans le Code du travail le dispositif de partage de la charge de la preuve prescrit par les directives, qui n'était jusque-là apparu que de manière embryonnaire dans la jurisprudence principalement s'agissant de la discrimination syndicale¹⁷.
- 26 L'article 4 de la loi du 4 mars 2002 a ensuite ajouté les « *caractéristiques génétiques* » dans les motifs de discriminations prohibés par l'article L.122-45. La même prohibition ayant été parallèlement inscrite dans le Code civil (art. 16-13. « *Nul ne peut faire l'objet de discriminations en raison de ses caractéristiques génétiques.* ») et à l'article 225-1 du Code pénal (v. supra). Toutefois le régime particulier de sanction des discriminations génétiques « *lorsqu'elles se fondent sur la prise en compte de tests génétiques prédictifs ayant pour objet une maladie qui n'est pas encore déclarée ou une prédisposition génétique à une maladie* » prévu à l'article 225-3 du Code pénal n'est pas dupliqué dans le Code du travail.
- 27 Peu avant l'adoption de la loi du 27 mai 2008 achevant cette transposition (v. infra), est entrée en vigueur le 1^{er} mai 2008 la nouvelle codification du Code du travail¹⁸. Dès lors l'article L.1131-1 du nouveau Code du travail a prévu que les dispositions anti-discriminatoires de ce code sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés ainsi qu'au personnel des personnes publiques employé dans les conditions du droit privé.
- 28 En outre, l'article L.1132-1 – qui reprend dans sa substance l'article L.122-45 – renvoie depuis l'adoption de la loi du 27 mai 2008 à la définition de la discrimination directe ou indirecte de l'article 1^{er} de cette même loi – tout en conservant la même rédaction que l'ancien article L.122-45 et surtout la liste des motifs prohibés par celui-ci – différente de celle minimaliste de la loi n° 2008-496. En effet, alors que la loi de 2008, par

application stricte des directives communautaires, ne prohibent que les discriminations fondées sur une ethnie, une « race », la religion, les convictions, l'âge, le handicap, l'orientation sexuelle ou le sexe, l'article L.1132-1 du Code du travail prohibe plus largement les différences de traitement fondées sur les mœurs, la situation de famille ou l'état de grossesse, les caractéristiques génétiques, l'appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une nation (c'est-à-dire la nationalité ou l'origine nationale), les opinions politiques, les activités syndicales ou mutualistes, les convictions religieuses, l'apparence physique, le nom de famille ou encore l'état de santé ou le handicap. Au total ce sont vingt critères de discrimination qui sont prohibés dès 2008 en droit du travail.

- 29 Par la suite, comme en droit pénal, l'article 4 de la loi du 6 août 2012 a ajouté l'« *identité sexuelle* » dans cette liste puis l'article 15 de la loi du 21 février 2014 a ajouté comme vingt-deuxième motif de discrimination prohibée le « *lieu de résidence* ».
- 30 Lors de la nouvelle codification, l'article L. 122-45 a aussi été découpé en plusieurs articles au sein d'un chapitre sur le « *principe de non-discrimination* ». Il reprend en substance les différents alinéas de l'ancien article L.122-45 mais en les détachant clairement les uns des autres. Ainsi l'article L.1132-3 est consacré à la prohibition des sanctions, licenciements et mesures discriminatoires mentionnées à l'article L. 1132-1 « *en raison de l'exercice normal du droit de grève* ». L'article L.1132-3 protège les témoins de ces agissements discriminatoires ou ceux qui les relatent. L'article L.1132-3-1, issu de l'article 9 de la loi n° 2011-939 du 10 août 2011, protège les salariés exerçant les fonctions de juré ou de citoyen assesseur des mêmes sanctions, licenciement ou mesures discriminatoires prohibées par le Code du travail. L'article L.1132-3-2, issu pour sa part de l'article 19 de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, accorde la même protection aux salariés ayant refusé en raison de leur orientation sexuelle une mutation géographique dans un État incriminant l'homosexualité.
- 31 L'article L.1132-3-3, créé par l'article 35 de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013, protège de manière très large les personnes ayant relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions de toute mesure de représailles directement ou indirectement discriminatoire dans l'emploi aussi bien s'agissant de la rémunération, des mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat. Là aussi, le régime de partage de la charge de la preuve s'applique.
- 32 Enfin, comme le faisait déjà le dernier alinéa de l'article L.122-45 depuis 1985, l'article L.1132-4 prévoit la nullité de « *toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions du présent chapitre* ».
- 33 On constate donc que c'est en droit du travail que la protection contre les discriminations est la plus étendue (vingt-deux motifs) et la plus sophistiquée¹⁹. Elle ne recouvre et ne recoupe pas entièrement la protection contre les discriminations offertes par l'article 225-1 du Code pénal ni la protection censée être plus globale prévue par la loi du 27 mai 2008 en application des directives sur l'égalité de traitement.

3 En droit public

- 34 Irrigué de longue date par le principe d'égalité, le droit public a été longtemps bien plus réfractaire au principe de non-discrimination. Certes on trouve quelques références anciennes à la non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. Ainsi, par exemple dans l'arrêt *Ville de Paris c/ Lévy* de 1984, le Conseil d'Etat applique la jurisprudence *Denoyer et Chorques* de 1974 en notant que « *l'institution de différences de traitement entre les attributaires potentiels [d'une] allocation [de naissance], laquelle n'était pas une conséquence nécessaire d'une loi, impliquait l'existence ou de différences de situation de nature à justifier ces différences de traitement, ou de nécessités d'intérêt général en rapport avec l'objet de ladite allocation qui auraient commandé de telles discriminations* »²⁰. Mais cette utilisation est, pour ainsi dire, accidentelle car ce n'est qu'au début des années 2000 que le Conseil d'Etat a réellement commencé à assurer la réception de ce principe dans des contentieux liés à l'application de directives européennes²¹ ou à l'article 14 de la CEDH²². Et encore le Conseil d'Etat a eu systématiquement tendance à limiter la portée de ces principes et à se réfugier, parfois de manière artificielle, derrière le principe d'égalité²³.
- 35 C'est principalement par le statut général des fonctionnaires – dit loi « Le Pors »²⁴ – que le droit de la non-discrimination a progressivement pénétré le droit public, en tout cas le droit de la fonction publique. Paradoxalement lorsqu'on fait l'archéologie législative de ce droit, on est davantage amené à s'intéresser aux tentatives du législateur pour maintenir des discriminations qu'une volonté franche d'y mettre fin. Ainsi dès son adoption la loi du 13 juillet 1983 perpétue une différence de traitement entre hommes et femmes qui existaient dans le statut général depuis 1946 malgré l'alinéa 3 du Préambule de 1946 prévoyant que « *la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme* ». Ainsi, après avoir prescrit à l'article 6 du titre I du statut général qu'« *aucune distinction ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, de leur sexe ou de leur appartenance ethnique* », l'alinéa 2 prévoit que « *toutefois, des recrutements distincts pour les hommes ou les femmes peuvent, exceptionnellement, être prévus lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue une condition déterminante de l'exercice des fonctions* ». La jurisprudence de la CJCE et du Conseil d'Etat feront reculer très progressivement – mais pas totalement – le législateur sur ce point.
- 36 En juillet 1990 une loi a ajouté à cette première discrimination légale une seconde admettant que « *des distinctions peuvent être faites afin de tenir compte d'éventuelles inaptitudes physiques à exercer certaines fonctions* » - validant ainsi les fameuses épreuves sportives pour accéder à la plupart des corps de fonctionnaires, y compris ceux n'exigeant aucune aptitude ou activité physique particulière.
- 37 L'article 6 de la loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992 a pour la première fois protégé les fonctionnaires victimes, ou les témoins, et prévu la possibilité de sanctionner les auteurs d'un harcèlement sexuel discriminatoire en droit de la fonction publique mais uniquement lorsqu'il était le fait « *d'un supérieur hiérarchique ou de toute personne qui, abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, a donné des ordres, proféré des menaces, imposé des contraintes ou exercé des pressions de toute nature sur ce fonctionnaire dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers* ».
- 38 L'article 11 de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 a développé les motifs de non-discrimination de l'article 6 de la loi de 1983 en ajoutant comme critères : l'origine,

l'orientation sexuelle, l'âge, le patronyme, l'état de santé, l'apparence physique, le handicap ou l'appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une « race ».

- 39 L'article 6 de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 *portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique* a réécrit et clarifié cette disposition et formellement prévu l'application des régimes de protection aux agents publics non titulaires²⁵. Une ordonnance n° 2005-901 du 2 août 2005 a ensuite étendu la possibilité de maintenir des conditions d'âge par décret « *pour le recrutement par voie de concours dans des corps, cadres d'emplois ou emplois, lorsque l'accès à ceux-ci est subordonné à l'accomplissement d'une période de scolarité préalable d'une durée au moins égale à deux ans* ». Cette dérogation a été supprimée par la loi n° 2009-972 du 3 août 2009, guère compatible avec la jurisprudence de la CJUE.
- 40 Comme en droit pénal et en droit du travail, l'article 4 de la loi du 6 août 2012 a ajouté aux critères prohibés l'identité sexuelle. L'article 39 de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 *relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires* a, plus récemment, ajouté la situation de famille dans cette liste (mais sans compléter davantage la liste).
- 41 Mais parallèlement le législateur a progressivement ajouté, dans un droit assez bavard et parfois redondant, des excroissances à l'article 6 de la loi de 1983 afin de protéger davantage certaines catégories ou de permettre l'adoption de certaines mesures compensatoires à leur égard (femmes, handicapés) ou de lutter plus efficacement contre certaines formes de harcèlement (sexuel, moral).
- 42 Ainsi, en premier lieu, depuis la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001, un article 6 bis a été ajouté spécifiquement sur les discriminations sexuelles (« *Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leur sexe.* »). Si à l'origine il comprenait essentiellement des dispositions elles-mêmes discriminatoires à l'égard des femmes, celles-ci ont au fur et à mesure des coups de butoir du juge de l'Union européenne reculées²⁶. Dans le prolongement de la modification constitutionnelle de 1999 a été intégré dans cette disposition un alinéa visant à assurer la parité dans les jurys de concours²⁷. Des dispositions visant à protéger les fonctionnaires contre ces agissements discriminatoires, à sanctionner disciplinairement les auteurs et à protéger les victimes et les témoins ont aussi été ajoutées à l'article 6bis.
- 43 En second lieu, l'article 6ter a été créé par la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 (article 20) afin de reprendre les dispositions relatives au harcèlement sexuel. Cette disposition a été modifiée à plusieurs reprises dans un sens d'un renforcement de la protection contre ce harcèlement et les mesures de rétorsion. La modification la plus substantielle est issue de l'article 8 de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 *relative au harcèlement sexuel*, adoptée suite à la censure par le Conseil constitutionnel en QPC de la définition du harcèlement sexuel dans le Code pénal²⁸. Cette disposition prévoit désormais qu'« *aucun fonctionnaire ne doit subir les faits : a) Soit de harcèlement sexuel, constitué par des propos ou comportements à connotation sexuelle répétés qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante ; b) Soit assimilés au harcèlement sexuel, consistant en toute forme de pression grave, même non répétée, exercée dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers.* ».

- 44 Plus largement, comme pour les autres formes de discrimination, il est prévu des sanctions à l'encontre de l'auteur ou de celui qui a enjoint de procéder au harcèlement sexuel et une protection du fonctionnaire victime contre les mesures « *concernant notamment le recrutement, la titularisation, la formation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation* » soit lorsqu'il a subi ou refusé de subir le harcèlement sexuel, y compris, si les propos ou comportements « *n'ont pas été répétés* » ; soit parce qu'il a formulé un recours hiérarchique ou engagé une action en justice visant à faire cesser ces faits ou encore s'il a témoigné de tels faits ou qu'il les a relatés.
- 45 En troisième lieu, l'article 6terA, créé par l'article 35 de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 et modifié par l'article 39 de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016, prévoit le même type de protection contre toute mesure de rétorsion pour les fonctionnaires victimes ou ayant relaté ou témoigné, de bonne foi aux autorités judiciaires ou administratives de faits constitutifs d'un délit, d'un crime ou susceptibles d'être qualifiés de conflit d'intérêts dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions. Il ne s'agit pas à proprement parler de discrimination mais on constate que, comme pour les lanceurs d'alerte²⁹, les instruments de lutte contre les discriminations ont déteint sur d'autres domaines.
- 46 En dernier lieu, l'article 6 sexies, créé par la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 et modifié par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016, prévoit un mécanisme de mesures compensatoires afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés.

4 La loi du 27 mai 2008 : une approche plus globale limitée uniquement aux motifs prohibés par le droit de l'Union européenne

- 47 Faute de véritable volonté du législateur, les lois de 2001 et 2002 n'ont pas permis la transposition complète des directives communautaires en matière d'égalité de traitement³⁰. Le titre II de la loi du 30 décembre 2004 créant la HALDE prétendait dans un premier temps achever la transposition de la directive 2004/43 « *race et origine ethnique* » en étendant le régime de partage de la charge de la preuve bien au-delà du seul droit du travail (protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès aux biens et services, de fournitures de biens et services, d'affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle) et à toutes les juridictions (sauf pénales)³¹.
- 48 Si cette disposition avait constitué un progrès remarquable, qui a servi dans bien des hypothèses à la HALDE pour se reconnaître compétente dans des saisines relatives au droit des étrangers ou plus largement à des discriminations selon l'origine (nationale, ethnique ou « raciale »), elle ne réalisait toujours pas une transposition complète des directives en cause.
- 49 Ce n'est qu'à la suite de l'ouverture d'une procédure contre la France par la Commission européenne (avis motivé du 27 juin 2007), que le législateur a daigné achever cette transposition par la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008.
- 50 Adoptant une approche plus globale, l'article 1^{er} de cette loi a défini plus précisément la notion de discrimination en reprenant les prescriptions des directives relatives à l'égalité de traitement mais aussi en se contentant des seuls motifs proscrits par le droit de l'Union européenne à savoir « *l'appartenance ou de [l]a non-appartenance, vraie ou*

supposée, à une ethnie ou une race, [une] religion, [l]es convictions, [l']âge, [le] handicap, [l']orientation sexuelle ou [le] sexe ».

- 51 Selon ce texte constitue une discrimination directe la situation dans laquelle « *une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable* » en raison (seulement) de l'un de ces critères.
- 52 La discrimination indirecte est, quant à elle, constituée par « *une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence* » fondé sur les mêmes critères limitatifs « *mais susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes* » sauf s'ils sont objectivement justifiés « *par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés* ».
- 53 La notion de discrimination a aussi été élargie avec cette loi aux agissements liés à l'un des motifs mentionnés et à 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* » (harcèlement discriminatoire) et au fait d'enjoindre à quiconque d'adopter ce comportement prohibé. Toujours dans l'esprit des directives, l'article 3 protège les personnes qui témoignent de bonne foi d'un agissement discriminatoire ou qui ont relaté ces faits et l'article 4 applique le régime de partage de la charge de la preuve.
- 54 En outre, alors que le titre II de la loi du 30 décembre 2004 avait élargi les notions de discriminations directes et indirectes au motif de l'origine nationale, la loi du 27 mai 2008 n'y fait plus aucune référence – et ce malgré la clause de *stand still* de la directive 2000/43.
- 55 Ce long exposé montre à quel point l'appareil normatif antidiscriminatoire actuel n'est pas le résultat d'une réflexion visant à lui assurer une certaine unité mais constitue uniquement le résultat de différentes couches et sous-couches législatives qui se sont accumulées ces trente dernières années rendant peu lisible ce droit. Nous pensons que cette complexité du droit de la non-discrimination résultant de la stratification législative constitue un des facteurs de d'ineffectivité de ces normes.

B L'inutile complexité du droit de la non-discrimination facteur d'ineffectivité

- 56 La complexité du droit de non-discrimination résulte, en grande partie, comme cela vient d'être examiné de la grande variabilité des critères prohibés (1.). Il y a lieu, selon nous, d'assurer une plus grande unité et cohérence conceptuelle de ces listes dans le dispositif anti-discriminatoire (2.).

1 La grande variabilité des critères

- 57 Cette grande variabilité est particulièrement illustrée par le fait qu'en droit de la fonction publique, l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 proscribit bien moins de critères (quinze) qu'en en droit du travail (vingt-deux) et ce alors même que le statut général régit, comme le Code du travail, une situation d'emploi et que certains agents de personnes publiques employés dans des conditions de droit privé sont régis par ce dernier code.

- 58 Outre la nationalité, qui il est vrai est une condition générale d'aptitude pour être recruté comme fonctionnaire (article 5 de la loi de 1983)³², plusieurs autres motifs manquent : l'origine³³, les mœurs, la grossesse, les caractéristiques génétiques, les activités mutualistes et le lieu de résidence.
- 59 Pour des raisons historiques, le texte de l'article 6 du titre I du statut général cible d'abord et avant tout les opinions (politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses)³⁴ et non de manière plus large les convictions. Si le statut général comprend aussi les critères reposant sur des éléments intrinsèques à la personne (âge, apparence physique, handicap ou appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race) ou à son identité sociale (origine, orientation ou identité sexuelle, patronyme, état de santé), en revanche sont écartés les motifs appréhendés comme des différences de traitement qui ont pu apparaître historiquement plus légitimes dans la construction du droit de la fonction publique (nationalité, mœurs, situation de famille³⁵, lieu de résidence³⁶).
- 60 Toutefois on peine aujourd'hui à comprendre pour quelles raisons ces motifs ne sont pas incorporés dans les critères prohibés par l'article 6 de la loi de 1983 – alors qu'ils n'apparaissent plus de nos jours davantage légitimes lorsqu'ils sont commis à l'égard d'un fonctionnaire que d'un salarié du privé. Cela est d'autant plus étonnant que, comme cela a été mentionné, la loi du 20 avril 2016 a ajouté dans la liste des critères prohibés par l'article 6 de la loi de 1983 la situation de famille. Pourquoi ne pas avoir, à cette occasion, complété cette disposition avec l'ensemble des critères prohibés en droit du travail afin d'assurer la cohérence du dispositif anti-discriminatoire quelle que soit la situation de travail ? Pourquoi ne pas avoir également prévu dans le code de procédure pénale que les travailleurs détenus, qui sont régis par une situation de droit public, bénéficient également d'un principe de non-discrimination dans l'accès à l'emploi et dans l'emploi ?³⁷
- 61 Parallèlement le statut général réserve un traitement distinct, avec un régime juridique différent et plus protecteur pour d'autres (sexe, handicap, harcèlement sexuel, fonctionnaire relatant des faits constitutifs d'un délit ou d'un crime, fonctionnaire lanceur d'alerte) qu'on ne retrouve pas forcément avec les mêmes modalités en droit du travail (v. *infra*).
- 62 La loi du 27 mai 2008 a limité quant à elle les motifs de prohibition dans les autres champs (voir *infra*) uniquement aux onze motifs régis par le droit de l'Union européenne (en vertu de l'article 13 du traité dans sa version issue du traité d'Amsterdam) : origine ethnique ou raciale, religion, convictions, âge, handicap, sexe, orientation ou identité sexuelle, lieu de résidence, perte d'autonomie.
- 63 Pourtant là aussi n'aurait-il pas été plus cohérent pour le législateur lorsqu'il a adopté cette disposition, ou qu'il l'a modifié par la suite au gré de l'ajout des nouveaux motifs (identité sexuelle, lieu de résidence, perte d'autonomie), d'incorporer l'ensemble des motifs de non-discrimination figurant dans le Code pénal et le Code du travail ?

2 Pistes pour assurer une plus grande unité et cohérence conceptuelle du droit anti-discrimination

- 64 En reprenant une typologie de Danièle Lochak³⁸, une analyse des textes permet de dégager deux conceptions possibles de la discrimination³⁹, l'une extensive, l'autre plus restrictive⁴⁰ :

- 65 – **selon une conception extensive**, qui vient essentiellement du droit public, la discrimination est toute différence de traitement qui n'est pas justifiée et qui porte donc atteinte au principe d'égalité, la justification la plus fréquente résidant **dans une différence de situation**. C'est l'optique de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État. C'est aussi, dans une certaine mesure, la façon de faire de la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 14 de la CEDH ou du Protocole n° 12⁴¹. La discrimination est alors définie comme toute différence de traitement non justifiée. Selon la jurisprudence, la différence de traitement peut être justifiée, soit par un impératif d'intérêt général soit par une justification objective et raisonnable.
- 66 – **selon une autre conception, plus restrictive**, la discrimination réside dans le traitement défavorable dont sont victimes des personnes particulièrement vulnérables en raison de leur appartenance à un **groupe défini par une caractéristique particulière** (le sexe, la race ou l'origine ethnique, le handicap, l'orientation sexuelle...). C'est, dans l'absolu, l'optique du Code pénal français, celle du Code du travail, du droit de la fonction publique ou encore celle de l'article 13 du Traité sur la Communauté européenne (TCE) dans sa rédaction issue du Traité d'Amsterdam.
- 67 Mais lorsqu'on examine plus attentivement ces textes il existe plusieurs « distorsions » venant perturber ces distinctions en rendre plus illisible le droit existant. Ainsi, par exemple, en droit pénal français, la pénalisation des discriminations figure dans un chapitre sur « l'atteinte à la dignité »⁴². Or si on regarde attentivement la liste des critères prohibés par l'article 225-1 du Code pénal, tous ne se rapportent pas à la dignité. Certains motifs prohibent certes indiscutablement des distinctions inhérentes à la personne humaine (origine, sexe, apparence physique, handicap, âge, caractéristiques génétiques). Mais bien d'autres relèvent bien davantage de l'état (de santé, de grossesse), de l'identité sociale (sexe⁴³, situation de famille, patronyme, religion, lieu de résidence, identité sexuelle), des comportements (mœurs, orientation sexuelle) ou des opinions (opinions politiques, activités syndicales). Et si l'on regarde le régime juridique de justification de ces distinctions, il n'est pas identique pour tous les motifs de discrimination que se rapportent directement et réellement à la dignité de la personne humaine (v. infra).
- 68 Selon nous il faudrait d'abord élaborer une liste commune – voire même un texte commun – comprenant l'ensemble des motifs de discrimination illégitimes à partir d'une même et unique définition de la discrimination directe, indirecte, du harcèlement discriminatoire et de l'injonction à la discrimination. On pourrait même envisager d'adopter, en dehors du droit pénal, une liste non limitative en reprenant la formulation de l'article 14 de la CEDH et de l'article 26 du PIDCP (« notamment.... ou toute autre situation ») – ce qui permettrait de faire cesser l'inflation permanente des motifs de non-discrimination selon les motifs à la mode et l'efficacité de la mobilisation auprès des parlementaires de certains lobbies et associations.
- 69 On pourrait ensuite imaginer de moduler cette liste, dans chaque domaine, afin de prendre en compte d'une part les particularités du droit pénal (présomption d'innocence, précision de la loi pénale) et d'autre part les spécificités de chaque droit (fonction publique, droit du travail) et de certains motifs. Mais ces spécificités ne seraient pas intégrées au niveau de la clause générale de non-discrimination mais dans chaque texte spécifique (Code pénal, Code du travail, statut général des fonctionnaires) au titre des justifications légalement admises (v. infra).

- 70 Ce texte commun pourrait également constituer le texte de référence de l'ensemble des autres branches du droit : rapports locatifs, protection sociale, etc. – comme c'est le cas aujourd'hui de l'article 225-1 du Code pénal et dans une moindre mesure de l'article 1^{er} de la loi du 27 mars 2008.
- 71 Cette fonction de « tronc commun » antidiscriminatoire aurait dû être remplie par la loi du 27 mai 2008 mais le législateur a alors eu une vision étriquée du droit de la non-discrimination et a limité les critères prohibés aux seuls motifs prescrits par le droit de l'Union européenne – alors que rien n'interdisait d'élargir cette liste⁴⁴. C'est d'ailleurs ce qu'il a fait récemment lorsqu'il a ajouté à la liste initiale de huit motifs prohibés par les directives relatives à l'égalité de traitement le lieu de résidence⁴⁵ et, de manière moins indispensable, la perte d'autonomie⁴⁶.
- 72 Ainsi en mixant les différents textes, on pourrait imaginer, en reprenant tous les critères existants, une disposition prescrivant d'une manière générale que :
- 73 Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement notamment de son origine, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une race, une nation ou une minorité nationale, de sa couleur, de son apparence physique, de ses caractéristiques génétiques, de son âge, de son sexe, de son orientation ou identité sexuelle, de ses mœurs, de sa situation de famille, de l'état de grossesse, de son lieu de résidence, de ses opinions politiques ou toute autre opinion, de sa religion ou de ses convictions religieuses, de ses activités syndicales ou mutualistes, de son nom de famille, de son lieu de résidence, de sa fortune, de sa naissance ou de son origine sociale, de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap ou toute autre situation, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aurait été dans une situation comparable ;
- 74 Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés précédemment, un désavantage particulier pour une personne ou un groupe de personnes par rapport à d'autres personnes ou groupes de 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 ;
- 75 Constitue également une discrimination (harcèlement discriminatoire) tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés préalablement et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne ou groupe de personnes et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ;
- 76 Constitue aussi une discrimination le fait d'enjoindre à quiconque d'adopter un tel comportement prohibé.
- 77 La rédaction d'une telle disposition supposerait néanmoins une réflexion sur la légitimité de chaque critère. À notre sens, il ne faut *a priori* exclure aucun motif et même prévoir une liste ouverte par l'ajout du « notamment... et toute autre situation » - et ce afin de rapprocher le principe de non-discrimination (motif situé) du principe d'égalité (motif indéterminé). En revanche, certains critères ont une utilité assez faible et font parfois doublons avec d'autres critères et il vaudrait mieux incorporer dans les discriminations prohibées les discriminations multiples, intersectionnelles, etc.⁴⁷ que

de multiplier des critères comme la perte d'autonomie qui, en tout état de cause, peut être appréhendée grâce à d'autres critères⁴⁸.

- 78 Il est surtout nécessaire de développer des régimes de justification légale distincts selon que le motif se rattache ou non à la dignité et à l'identité de l'individu. Ce n'est en effet pas la même chose que de prohiber une discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique que de prohiber une discrimination fondée sur la perte d'autonomie ou l'activité mutualiste !
- 79 Or à l'examen on constate qu'à la stratification anarchique des critères de non-discrimination correspond aussi une dispersion des régimes juridiques.

II Une dispersion incohérente des régimes juridiques

- 80 La dispersion des régimes juridiques des normes anti-discrimination se traduit non seulement par une variation considérable, d'un motif à l'autre et d'une branche du droit à l'autre (droit pénal, droit du travail, droit de la fonction publique), du champ matériel prohibé (A.), des possibilités de justification ou des différences de traitements légalement autorisées (B).

A La variation du champ matériel prohibé

- 81 **En droit pénal**, toutes les différences de traitement fondées sur un des motifs prohibés ne sont pas pénalement sanctionnés. Seuls certains comportements limitativement énumérés le sont. En outre, l'élément matériel du délit de discrimination ne se présente pas sous la même forme suivant que l'on envisage l'infraction commise par des particuliers (art. 225-2 du code pénal) ou celle commise par un dépositaire de l'autorité publique (art. 432-7 du Code pénal)⁴⁹.
- 82 S'agissant des particuliers, la discrimination définie aux articles 225-1 (définition générale) et 225-1-1 (harcèlement sexuel) ne constitue un délit sanctionné par l'article 225-2 d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende que lorsque la personne physique ou morale a soit refusé la fourniture d'un bien ou d'un service, soit entravé l'exercice normal d'une activité économique quelconque, soit refusé d'embaucher, ou sanctionné ou licencié une personne, soit subordonné la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition discriminatoire, soit subordonné une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition discriminatoire, soit enfin refusé une personne à l'un des stages. Lorsque le refus discriminatoire de fourniture d'un bien ou d'un service est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende.
- 83 S'agissant des autorités détentrices de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public, la discrimination n'est punie par l'article 432-7 du code pénal que lorsqu'elle est réalisée dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice des fonctions ou de la mission de l'agent et si elle consiste soit à refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi, soit à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque.
- 84 **En droit du travail**, le comportement prohibé se rattache bien évidemment au seul domaine de l'emploi. Il est interdit par l'article L1132-1 du Code du travail d'écarter une personne « d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de

formation en entreprise » et de sanctionner, licencier un salarié ou de lui infliger une mesure discriminatoire. Le champ du droit du travail recoupe partiellement mais pas totalement celui du droit pénal puisque, comme cela vient d'être mentionné l'article 225-2 du Code pénal sanctionne la subordination d'une offre d'emploi, d'une demande de stage ou d'une période de formation en entreprise à une condition discriminatoire. Mais tous les comportements discriminatoires au sens du Code du travail ne sont pas nécessairement pénalement réprimés. En effet d'une part, comme nous l'avons vu la liste des critères prohibés est plus développée en droit du travail qu'en droit pénal, d'autre part les possibilités de justification sont différentes (v. *infra*) et enfin, et surtout, le champ matériel de l'incrimination n'est pas le même. En effet la « *procédure de recrutement* » du Code du travail est plus large que la seule « *offre d'emploi* » du Code pénal. De même le Code du travail prohibe les discriminations de manière générale dans « *l'accès* » au stage alors que le Code pénal ne prohibe que la subordination d'une « *demande* » de stage à une condition discriminatoire prohibée ou le fait d'avoir refusé de manière discriminatoire le stage à une personne.

- 85 Enfin si le harcèlement sexuel est appréhendé depuis la loi du 6 août 2012 comme une forme de discrimination dans le Code pénal (225-1-1) et est pénalement sanctionné lorsqu'il se rattache aux comportements réprimés par l'article 225-2⁵⁰ ; en revanche dans le Code du travail le harcèlement sexuel ne figure pas dans le chapitre relatif aux discriminations. Il est uniquement appréhendé de manière autonome à l'article L. 1153-1 du Code du travail.
- 86 En sens inverse le Code du travail appréhende trois autres comportements comme étant discriminatoires (article L1132-2 : discrimination en raison de l'exercice normal du droit de grève ; article L1132-3-1 issu de la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 : discrimination en raison de l'exercice des fonctions de juré ou de citoyen assesseur et article L1132-3-2 issu de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 : discrimination en raison de son orientation sexuelle une mutation géographique dans un État incriminant l'homosexualité) qui ne sont pas du tout appréhendés par le Code pénal ni en droit de la fonction publique⁵¹.
- 87 **En droit de la fonction publique**, si l'article 6 de la loi de 1983 prohibe toute distinction directe ou indirecte fondée sur un des quinze motifs prohibés uniquement lorsque ces discriminations sont faites « *entre les fonctionnaires* » ou agents publics non titulaires. En comparaison avec le droit du travail, on constate donc que les salariés sont bien mieux protégés que les agents publics puisque ces derniers ne sont protégés des mesures discriminatoires que dans l'emploi et non dans l'accès à l'emploi. De même l'accès au stage et à la formation professionnelle n'est pas formellement concerné. Certes l'article 6 précise aussi qu'« *aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la rémunération, la formation, l'évaluation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire* » mais ces mesures discriminatoires ne sont prohibées que si elles prennent en considération le fait que le fonctionnaire ou l'agent public non titulaire « *a subi ou refusé de subir des agissements* » discriminatoires, qu'il a formulé un recours auprès d'un supérieur hiérarchique ou engagé une action en justice visant à faire respecter ces principes ou encore qu'il a témoigné ou relatés d'agissements contraires à ceux-ci.
- 88 Il serait beaucoup plus simple d'adopter en droit de la fonction publique le même type de formulation générale prohibant toute différence de traitement discriminatoire dans l'emploi mais aussi dans l'accès à l'emploi ainsi que dans l'accès aux stages et à la

formation professionnelle. Ce constat plaide, comme pour la liste des critères prohibés, pour l'adoption d'une définition commune de la discrimination et de son champ matériel aussi bien en droit du travail qu'en droit de la fonction publique, éventuellement par renvoi à un texte commun de référence.

- 89 De même pourquoi un agent public ne serait pas protégé comme un salarié du privé s'il subit une discrimination dans l'exercice du droit de grève, dans l'exercice des fonctions de juré ou de citoyen assesseur ou encore en raison de son orientation sexuelle une mutation géographique dans un État incriminant l'homosexualité ? Si ces discriminations très spécifiques sont jugées suffisamment illégitimes dans une relation de travail au point d'être prohibés, à peine de nullité, par le Code du travail, lorsqu'elles sont commises par un employeur privé à l'égard d'un salarié, ne devraient-elles pas être tout autant prohibées lorsqu'elles sont commises par une personne publique à l'égard d'un agent public ?
- 90 Inversement grâce à l'article 6bis (discrimination entre les fonctionnaires en raison du sexe), 6ter (harcèlement sexuel subi par un fonctionnaire) les différences de traitement fondées sur le sexe et le harcèlement sexuel sont mieux appréhendés (sous l'angle de la discrimination) et protégés en droit de la fonction publique qu'en droit du travail.
- 91 Ces différences entre droit du travail et droit de la fonction publique plaident pour l'adoption d'un texte commun à ces deux droits posant non seulement la même définition de la discrimination, avec les mêmes critères, mais aussi pour un même champ matériel de prohibition dès lors qu'il n'est pas légitime d'admettre à l'égard des agents publics des différences de traitement qu'on n'admet pas l'égard des salariés régis par le droit du travail. La seule exception qui pourrait être admise serait celle liée à l'application du principe de neutralité qui suppose, pour respecter le principe d'égalité et de laïcité, qu'un agent public ne puisse pas exprimer publiquement ses convictions religieuses par le port de signes ou tenues manifestant sa religion. Mais avec l'affaire *Baby Loup* et le développement de la « nouvelle laïcité »⁵² on constate que le droit du travail tend à se rapprocher dans ce domaine du droit public, même si en droit du travail l'interdiction ne peut être générale et absolue comme elle l'est en droit de la fonction publique au nom de la neutralité de l'État et de la laïcité.
- 92 **S'agissant de la loi du 27 mai 2008**, son champ matériel déterminant les comportements discriminatoires (article 2) est encore plus critiquable. Sa seule cohérence est d'avoir cherché à combler les domaines prohibés par les directives relatives à l'égalité de traitement qui n'avaient pas encore été transposées par d'autres textes. Ainsi, cet article 2 prévoit, dans une formulation énigmatique, que « *sans préjudice de l'application des autres règles assurant le respect du principe d'égalité* », constituent des discriminations prohibées les différences de traitements, directes ou indirectes :
- 93 -fondées sur l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race en matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès aux biens et services ou de fourniture de biens et services (1°) ;
- 94 -fondées sur le sexe, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge, l'orientation ou identité sexuelle ou le lieu de résidence en matière d'affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, y compris d'avantages procurés par elle, d'accès à l'emploi, d'emploi, de formation professionnelle et de travail, y compris de

travail indépendant ou non salarié, ainsi que de conditions de travail et de promotion professionnelle (2°) ;

- 95 -en raison de la grossesse ou de la maternité, y compris du congé de maternité (3°) ;
- 96 -fondée sur le sexe est interdite en matière d'accès aux biens et services et de fourniture de biens et services (4°).
- 97 À l'évidence afin d'éviter l'effet *patchwork* (ou macramé) produit par ce texte, il serait nécessaire de poser une interdiction globale des discriminations sur la base de la même liste commune de motifs (une vingtaine avec une liste ouverte par « notamment... et toute autre situation) dans tous les champs concernés (protection sociale, santé, avantages sociaux, éducation, accès aux biens et services ou fourniture de biens et services, affiliation et engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, accès à l'emploi, à la formation professionnelle et conditions de travail et de promotion professionnelle). Il est en effet difficile de saisir la cohérence de ce texte et les raisons pour lesquelles certains motifs sont exclus dans certains champs (si ce n'est l'existence de plusieurs directives ayant des champs distincts).
- 98 Ainsi par exemple pourquoi en matière de protection sociale il n'est prohibé que les discriminations fondées sur l'origine ethnique ou raciale mais pas celles fondées sur le sexe, l'âge, le handicap, l'orientation ou l'identité sexuelle ? Pourquoi le refus d'affiliation à une organisation syndicale peut être discriminatoire lorsqu'il est fondé sur le sexe, l'origine ethnique ou raciale, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge, l'orientation ou identité sexuelle ou le lieu de résidence mais pas sur la nationalité, les mœurs, la situation de famille, le patronyme ou les caractéristiques génétiques ?
- 99 On comprend bien que le seul souci du législateur était alors d'achever la transposition des directives relatives à l'égalité de traitement afin d'échapper à une procédure en manquement mais un tel texte aurait mérité de bénéficier d'une portée plus générale en posant une clause générale de non-discrimination dans tous les champs pour tous les motifs considérés comme illégitimes par le législateur à l'image du Protocole n° 12 de la CEDH⁵³.
- 100 Une réflexion doit aussi être menée s'agissant des possibilités de justification légale des discriminations.

B Discriminations légalement autorisées et justifications objectives admises

- 101 Les discriminations légalement admises ou les modes de justifications objectives de différences de traitement varient considérablement d'un droit à l'autre sans que là aussi la ligne de partage entre ce qui est une discrimination légitime et ce qui ne l'est pas soit clairement établie.
- 102 Ainsi, **en droit pénal**, l'article 225-3 du code pénal prévoit la non application des sanctions pénales prévues par l'article 225-2⁵⁴ pour les discriminations :
- 103 - fondées sur l'état de santé, lorsqu'elles consistent en des opérations ayant pour objet la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité.

- 104 Une telle différence de traitement est néanmoins punie des peines prévues à l'article 225 - 2 lorsqu'elles se fondent sur la prise en compte de tests génétiques prédictifs ayant pour objet une maladie qui n'est pas encore déclarée ou une prédisposition génétique à une maladie ou qu'elles se fondent sur la prise en compte des conséquences sur l'état de santé d'un prélèvement d'organe ;
- 105 - fondées sur l'état de santé ou le handicap, lorsqu'elles consistent en un refus d'embauche ou un licenciement fondé sur l'inaptitude médicalement constatée, soit, de manière générale, dans le cadre des lois portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique (on pense notamment à la condition d'aptitude physique et à certaines épreuves sportives dans certains concours de la fonction publique) ;
- 106 - fondées, en matière d'embauche, sur le sexe, l'âge ou l'apparence physique, lorsqu'un tel motif constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ;
- 107 - fondées, en matière d'accès aux biens et services, sur le sexe lorsque cette discrimination est justifiée par la protection des victimes de violences à caractère sexuel, des considérations liées au respect de la vie privée et de la décence, la promotion de l'égalité des sexes ou des intérêts des hommes ou des femmes, la liberté d'association ou l'organisation d'activités sportives ;
- 108 - S'agissant de ces différences de traitement fondées sur le sexe dans l'accès ou la fourniture d'un bien ou d'un service, l'article 2-4° de la loi de 2008 les admet : - lorsqu'elles sont « *exclusivement ou essentiellement destinés aux personnes de sexe masculin ou de sexe féminin* » et justifiée par un but légitime et que les moyens de parvenir à ce but sont nécessaires et appropriés⁵⁵ ; - au calcul des primes et à l'attribution des prestations d'assurance ; - à l'organisation d'enseignements par regroupement des élèves en fonction de leur sexe. On peut donc envisager des refus de fourniture d'un bien ou d'un service admis par la loi de 2008 mais pas par le Code pénal et réciproquement ;
- 109 - aux refus d'embauche fondés sur la nationalité lorsqu'ils résultent de l'application des dispositions statutaires relatives à la fonction publique (et ce alors même qu'il s'agit en tout état de cause d'une exigence légale qui n'auraient pu donner lieu à des poursuites pénales) ;
- 110 - liées au lieu de résidence lorsque la personne chargée de la fourniture d'un bien ou service se trouve en situation de danger manifeste. De même les mesures d'affirmative action prises en faveur des personnes résidant dans certaines zones géographiques et visant à favoriser l'égalité de traitement ne constituent pas une discrimination.
- 111 **En droit du travail**, le chapitre III du livre 1^{er} envisage les « *différences de traitement autorisées* ». Si celles-ci se rapprochent par certains égards de celles autorisées en droit pénal dans le champ de l'emploi, elles ne coïncident pas totalement. Il s'agit des différences de traitement :
- 112 - lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée (article L1133-1).
- 113 Cette excuse légale est plus globale que celle de l'article 225-3 3° dans la mesure où cette dernière ne concernait que les discriminations en matière d'embauche fondées sur le sexe, l'âge ou l'apparence physique alors que celle de l'article L.1133-1 concerne l'ensemble des vingt-deux motifs de discrimination. Ainsi on ne peut en droit pénal refuser d'embaucher un mannequin en raison de son origine ou de son handicap alors

qu'on peut le faire en droit du travail si l'objectif est légitime (on souhaite faire une publicité avec une personne de couleur et handicapée pour Handicap sans frontière) et proportionné. De manière cohérente, on retrouve aussi la même formulation à l'article 2-2° de la loi du 27 mai 2008 s'agissant des discriminations fondée sur le sexe, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge, l'orientation ou identité sexuelle ou le lieu de résidence est interdite en matière d'affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, d'accès à l'emploi, d'emploi, de formation professionnelle et de travail ;

- 114 - fondées sur l'âge lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime, notamment par le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi, et lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés (article L1133-2). Ces différences peuvent notamment consister en : 1° L'interdiction de l'accès à l'emploi ou la mise en place de conditions de travail spéciales en vue d'assurer la protection des jeunes et des travailleurs âgés ; 2° La fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite.
- 115 Là aussi il existe une correspondance entre cet article L1133-2 du Code du travail et l'article 225-3 3°. Le Code du travail est néanmoins plus précis sur ce qui est admis comme différence de traitement fondée sur l'âge :
- 116 - fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées (Article L1133-3). Cette différence de traitement correspond globalement à celles de l'article 225-3 2° du Code pénal.
- 117 - prises en faveur des personnes handicapées et visant à favoriser l'égalité de traitement (article L1133-4). Il s'agit là de prendre en compte les mesures compensatoires au bénéfice des personnes handicapées. Pourtant elle ne figure pas à l'article 225-3 du Code pénal ;
- 118 - les mesures prises en faveur des personnes résidant dans certaines zones géographiques (article L1133-5). Cette différence de traitement a bien été intégrée au dernier alinéa de l'article 225-3.
- 119 À noter que le projet de loi de modernisation de la justice du XXIème siècle réécrit entièrement les justifications légales admises par l'article 2 de la loi du 27 mai 2008 en prévoyant que le principe défini au 3° (*« Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur un motif défini à l'article 1er est interdite en matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès aux biens et services ou de fourniture de biens et services »*) ne fait pas obstacle *« à ce que soient faites des différences selon l'un des motifs mentionnés au premier alinéa du présent 3° lorsqu'elles sont justifiées par un but légitime et que les moyens de parvenir à ce but sont nécessaires et appropriés »*. Toutefois cette dérogation *« n'est pas applicable aux différences de traitement fondées sur l'origine, le patronyme ou l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une prétendue race »*. Le législateur admet donc pour la première fois que certaines discriminations liées à une qualité intrinsèque de l'individu ou la dignité ne peuvent connaître aucune justification.

- 120 Le 4° de l'article 2 prévoirait désormais que : « Toute discrimination directe ou indirecte est interdite en raison de la grossesse ou de la maternité, y compris du congé de maternité » mais que « ce principe ne fait pas obstacle aux mesures prises en faveur des femmes en raison de la grossesse ou la maternité, y compris du congé de maternité, ou de la promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes ».
- 121 S'agissant du 5° de l'article 2, selon le projet « ces principes ne font notamment pas obstacle : a) Aux mesures prises en faveur des personnes handicapées et visant à favoriser l'égalité de traitement ; b) Aux mesures prises en faveur des personnes résidant dans certaines zones géographiques et visant à favoriser l'égalité de traitement ; c) À l'organisation d'enseignements par regroupement des élèves en fonction de leur sexe ».
- 122 S'agissant du 6° de l'article 2, ces principes ne feraient pas obstacle « aux différences de traitement prévues et autorisées par les lois et règlements en vigueur à la date de publication de la loi [...] de modernisation de la justice du XXIème siècle ». Cette dernière clause balai est particulièrement critiquable car elle revient à valider toutes les discriminations légales antérieures à la loi « Justice au 21è siècle ». Ces lois discriminatoires ne sont pourtant pas à l'abri d'une remise en cause au regard du droit de l'Union européenne ou de l'article 14 de la CEDH⁵⁶.
- 123 **En droit de la fonction publique**, le champ des différences de traitement discriminatoires légalement admises est différent et se rattache, dans l'ensemble, à des conditions légales d'accès à la fonction publique.
- 124 Il s'agit d'abord de la condition de nationalité qui est une des conditions générales d'aptitude pour accéder aux emplois statutaires de la fonction publique, sous réserve d'un certain nombre d'exception. De manière générale l'article 225-3 du Code pénal excuse légalement tous les refus d'embauche fondés sur la nationalité lorsqu'ils résultent de l'application des dispositions statutaires relatives à la fonction publique.
- 125 L'article 6 de la loi du 1983 prévoit ensuite la possibilité d'établir des distinctions « afin de tenir compte d'éventuelles inaptitudes physiques à exercer certaines fonctions » - ce qui est également couvert par l'article 225-3 du Code pénal. Il est aussi prévu que des conditions d'âge peuvent être fixées, d'une part, pour le recrutement des fonctionnaires dans les corps, cadres d'emplois ou emplois conduisant à des emplois classés dans la catégorie active, d'autre part, pour la carrière des fonctionnaires lorsqu'elles résultent des exigences professionnelles, justifiées par l'expérience ou l'ancienneté, requises par les missions qu'ils sont destinés à assurer dans leur corps, cadre d'emplois ou emploi. La formulation n'est pas exactement la même que celle prévue par l'article 225-3 3° du Code pénal s'agissant du motif qui constitue « une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée » mais le droit de la fonction publique a ici sa propre légitimité et bénéficie désormais d'un contrôle vigilant du Conseil d'Etat⁵⁷ - même s'il intervient parfois après la bataille⁵⁸.
- 126 S'agissant des discriminations fondées sur le sexe, l'article 6 bis du titre I du statut général admet toujours au XXIè siècle que « des recrutements distincts pour les femmes ou les hommes peuvent, exceptionnellement, être prévus lorsque l'appartenance à l'un ou à l'autre sexe constitue une condition déterminante de l'exercice des fonctions ». Le taux de testostérone est donc toujours susceptible de constituer une condition légale de recrutement distinct dans certains corps de la

fonction publique, même si c'est dans des cas de figure très exceptionnels (légionnaires par exemple). Le droit de la fonction publique est néanmoins ici plus restrictif sur ces différences de traitement que l'article 225-3 3° du Code pénal ou L1133-1 du Code du travail puisque ces textes n'exigent pas le caractère exceptionnel de ces discriminations.

- 127 Parallèlement, le droit de la fonction publique bénéficie de mécanisme compensatoire en vue de favoriser la parité entre femmes et hommes en vue de la désignation, par l'administration, des membres des jurys et des comités de sélection constitués pour le recrutement et l'avancement des fonctionnaires et de ses représentants au sein des organismes consultés sur les décisions individuelles relatives à la carrière des fonctionnaires et sur les questions relatives à l'organisation et au fonctionnement des services.
- 128 Enfin, comme en droit du travail, les mesures compensatoires prises en faveur des personnes handicapées ne constituent pas en droit de la fonction publique des discriminations prohibées. L'article 6 sexies de la loi de 1983 est toutefois plus précis puisqu'il autorise les employeurs publics à prendre, en fonction des besoins dans une situation concrète, « les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs handicapés d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer et d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée, sous réserve que les charges consécutives à la mise en œuvre de ces mesures ne soient pas disproportionnées, notamment compte tenu des aides qui peuvent compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur ». Là aussi on aurait pu imaginer une formulation plus simple, par exemple par reproduction de la formulation très générale et simple de l'article L1133-4 du Code du travail.
- 129 À notre sens, une clause générale regroupant l'ensemble des motifs de non-discrimination jugés illégitimes devrait être adoptée et l'ensemble des textes antidiscriminatoires devrait s'y référer – aussi bien le Code pénal, le Code du travail que le statut général des fonctionnaires mais aussi les autres textes particuliers prohibant les discriminations dans les différents champs. Cette clause prohiberait aussi bien les discriminations directes, indirectes, le harcèlement discriminatoire mais aussi l'injonction au harcèlement ainsi que de nouvelles formes plus complexes de discrimination au titre de facteur aggravant (discriminations multiples, intersectionnelles, etc.).
- 130 Si la clause de non-discrimination doit être générale et commune à l'ensemble des textes anti-discriminatoires, elle doit être modulée par la prise en compte de certaines différences de traitement qui paraissent légalement admissibles dans certaines conditions et circonstances. Cette reconnaissance de discriminations légalement admises reposerait sur la distinction de trois types de critères. Certains ne pouvant faire l'objet d'aucune justification objective et raisonnable, d'autres pouvant être dans certaines circonstances justifiées.
- 131 En premier lieu, les différences de traitement fondées sur une qualité intrinsèque de l'être humain ou sur sa dignité (origine ethnique ou raciale, âge, apparence physique, caractéristiques génétiques, handicap, état de grossesse, naissance) ne devraient pouvoir connaître aucun motif justificatif. On ne devrait même pas admettre comme le fait la Cour de Strasbourg des « considérations très fortes » en guise de justification objective et raisonnable puisque la dignité de la personne humaine ne saurait souffrir

d'aucune dérogation. Ces discriminations doivent être purement et simplement éradiquées.

- 132 En second lieu, les différences de traitement fondées sur des éléments tenant à l'identité personnelle ou sociale de l'individu doivent pouvoir faire l'objet de justifications limitées et précisément encadrées par la loi (sexe, orientation ou identité sexuelle, mœurs, nationalité ou origine nationale, lieu de résidence, religion, nom de famille, état de santé, perte d'autonomie). Ces différences de traitement pourraient être admises lorsqu'elles répondent à une exigence essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée. Ainsi, par exemple, on peut admettre une condition de nationalité pour exercer certains emplois régaliens de la fonction publique ou des mécanismes d'appréciation de l'aptitude physique pour exercer certains emplois.
- 133 En troisième lieu, s'agissant de différences de traitement relatives aux convictions ou opinions de la personne (opinions politiques ou philosophiques, convictions religieuses) ou à ses activités (politiques, syndicales ou mutualistes), sa fortune, etc., elles sont plus relatives et on peut admettre, selon les cas, certaines justifications objectives et raisonnables, dès lors qu'elles sont proportionnées à l'objectif recherché.
- 134 Ces évolutions supposent donc que le législateur cherche à remettre à plat le droit de la non-discrimination. En quarante ans celui-ci s'est beaucoup développé, parfois de manière anarchique et sans grand souci de mise en cohérence ou de simplicité. Il est temps d'y mettre de l'ordre sur la base de la recherche de ce que sont les discriminations socialement illégitimes et les différences de traitement ou justifications légalement admissibles. Cette simplification du droit et mise en cohérence ne sera pas la recette miracle pour améliorer l'efficacité de la lutte contre les discriminations mais elles pourraient contribuer à ce que ce droit soit mieux compris, approprié par les acteurs sociaux et judiciaires et appliqué de manière plus efficace.

NOTES

1. D. Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, 11, 1987, p. 778.
2. M.-L. Izorche, « Réflexions sur la distinction », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 53 et s., n° 33, p. 65.
3. D. Lochak, *ibid.* V. aussi D. Lochak, « Loi du marché et discrimination » in D. Borillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, La Découverte, 2003, p. 15. Plus largement : D. Lochak, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, PUF, 2010
4. Pour un constat parlementaire récent v. Rapport d'information de E. Benbassa et J.-. Lecerf, fait au nom de la commission des lois, n° 94 (2014-2015) - 12 novembre 2014 <https://www.senat.fr/notice-rapport/2014/r14-094-notice.html>
5. Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail. V. depuis directive 2004/113 du 13 décembre 2004 mettant en oeuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, et

directive 2006/54 du 5 juillet 2006 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

6. Directives 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et 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.

7. D. Fassin, « L'invention de la discrimination », *RF sc. pol.*, vol. 52, n°4, août 2002, p. 403 ; P. Simon (dir.), « La construction des discriminations », *Sociétés contemporaines*, 53, 2004 ; E. Fassin, J.-L. Halperin (dir.), *Discriminations : pratiques, savoirs, politiques*, La Documentation française-HALDE, 2008.

8. V.-A. Chappe, *La genèse de la HALDE : un consensus à minima*, Sarrebruck, Éditions universitaires européennes, 2010 ; D. Borrillo, V. -A. Chappe, « La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité : un laboratoire juridique éphémère ? », *Revue française d'administration publique* 2011/3 (n° 139), p. 369-380.

9. V. pour une vision plus exhaustive des textes, C. Fercot, M. Pichard, « L'identification des motifs de discrimination dans la loi. Etude légistique », Colloque annuel ARDIS : *Discriminations : état de la recherche : Critères, catégories et stéréotypes*, 9 octobre 2015 http://www.ardis-recherche.fr/files/files_file_171.pdf. Après dépouillement de vingt-huit codes et de nombreuses lois, nos collègues nanterrois estiment que : « l'impression qui ressort, à ce stade de l'étude, est que l'écriture des motifs de discrimination dans la loi dessine moins une échelle de l'intolérable qu'un tableau de la perception du risque de discrimination ».

10. Pour un aperçu d'ensemble : M. Danti-Juan, « Discriminations », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 2016 ; F. Desportes, « Discrimination », *J.-Cl. Pénal* 2006,

11. En ce sens Céline Fercot et Marc Pichard soulignent que plusieurs textes, à l'image l'article 1er de la loi du 6 juillet 1989 sur les rapports locatifs ou encore l'article R. 434-11 du Code de la sécurité intérieure, se réfèrent aux motifs discriminatoires définis à l'article 225-1 du Code pénal pour prohiber, dans leur champ, les discriminations. Si on se fie à Légifrance, l'article 225-1 du Code pénal est cité par une vingtaine d'autres textes législatifs.

12. v. J. Foulon-Piganiol, « Réflexions sur la diffamation raciale. Éléments constitutifs du délit et imperfections du texte actuel », *D.* 1970, chron., p. 133.

13. Adoptée par le gouvernement de Jacques Chaban-Delmas, la loi de 1972 reprenait presque mot pour mot le texte porté par la commission juridique du Mouvement contre le Racisme et pour l'Amitié entre les Peuples (MRAP) depuis 1959 sous l'influence de Pierre Lyon-Caen (v. Vincent-Arnaud Chappe, « Le cadrage juridique, une ressource politique ? La création de la HALDE comme solution au problème de l'effectivité des normes anti-discrimination (1998-2005) », *Politix* 2011/2 (n° 94), p. 107-130 ; Erick Bleich, *Race Politics in Britain and France: Ideas and Policymaking since the 1960s*, Cambridge University Press, 2003).

14. M. Keller, « La loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations », *D.* 2002 chron., p. 1355.

15. Seul le régime de partage de charge de la preuve en cas de discrimination indirecte peut, selon l'article 8§3 de la directive 2000/43, ne pas être appliqué en droit pénal afin d'assurer le principe de présomption d'innocence.

16. Rapport I. Vasseur, AN, n°695, 2007, p. 47.

17. M.-T. Lanquetin, « La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire », *Dr. soc.* 1995, p. 435 ; M.-T. Lanquetin, S. Latraverse et N. Pataridze, « Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve », *Note n°2 du GELD*, oct. 2000, p. 4.

18. En application de la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008.

19. V. not. A. Quaranta, « L'emprise de la discrimination », *Juris tourisme* (Dalloz), 2014, n°170, p.

19. Voir plus largement dans ce même numéro de *Juris tourisme* 2014, n°170 le « Dossier : Relations de travail - Égalité, diversité : les deux font la paire »

20. CE, 30 juin 1989, n°78113.
21. CE, 18 oct. 2002, *Spaggiari*, n°224804 ; AJDA 1/2003, p. 26, concl. R. Schwartz.
22. CE, 30 novembre 2001, *Min. de la Défense c/ Diop*, n°212179, RFD adm. 2002, p. 573, concl. J. Courtial.
23. V. CE, Ass., 28 juin 2002, *Villemain*, n°220361 ; CE, Ass., 31 mai 2006, *GISTI*, n°27368 ; CE, Ass., 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL*, n° 322326. V., sur cette évolution de jurisprudence : S. Slama, « Délégitimer les discriminations fondées sur la nationalité. Une stratégie politique et contentieuse », in *Défendre la cause des étrangers en justice, sous l'égide du Gisti*, Dalloz-Gisti, 2009, pp. 99-1250.
24. Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors.
25. Ce dernier alinéa a récemment été supprimé par l'article 39 de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires. Il est désormais prévu à l'article 32 du titre I du statut général que si, en principe « II.- Sauf dispositions législatives ou réglementaires contraires, sont applicables aux agents contractuels le chapitre II [dont l'article 6] » toutefois « III.-Un décret en Conseil d'Etat fixe la liste des actes de gestion propres à la qualité d'agent contractuel qui ne peuvent être pris à l'égard des intéressés lorsqu'ils bénéficient des garanties mentionnées aux articles 6 à 6 ter et 6 quinquies de la présente loi. ». Selon les travaux parlementaires, « il s'agit notamment, comme l'a précisé la rapporteure de l'Assemblée nationale à l'origine de cette disposition, d'adapter à ces agents les mesures de protection des lanceurs d'alerte introduites par l'article 3 du projet de loi pour les fonctionnaires » (Rapport n° 274 (2015-2016) de M. Alain Vasselle, fait au nom de la commission des lois du Sénat, déposé le 16 décembre 2015).
26. Il est toujours prévu à l'alinéa 2 de l'article 6bis que : « des recrutements distincts pour les femmes ou les hommes peuvent, exceptionnellement, être prévus lorsque l'appartenance à l'un ou à l'autre sexe constitue une condition déterminante de l'exercice des fonctions. » (v. infra).
27. Par l'article 6 de la loi n°2005-843 du 26 juillet 2005 : « des distinctions peuvent être faites entre les femmes et les hommes en vue de la désignation, par l'administration, des membres des jurys et des comités de sélection constitués pour le recrutement et l'avancement des fonctionnaires et de ses représentants au sein des organismes consultés sur les décisions individuelles relatives à la carrière des fonctionnaires et sur les questions relatives à l'organisation et au fonctionnement des services, afin de concourir à une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes dans ces organes. ». La loi du 20 avril 2016 a ajouté que : « Le gouvernement présente devant le Conseil commun de la fonction publique un rapport sur les mesures mises en œuvre pour assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Ce rapport annuel, dont les modalités de mise en œuvre sont définies par décret, comprend notamment des données relatives au recrutement, à la féminisation des jurys, à la formation, au temps de travail, à la promotion professionnelle, aux conditions de travail, à la rémunération et à l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle. Ce rapport est remis au Parlement. ».
- Voir aussi l'article 6 quater de la loi de 1983, modifié par l'article 68 de la loi n°2014-873 du 4 août 2014, qui fixe un objectif de 40% de nominations de fonctionnaires de sexe féminin dans certains cas.
28. Décision n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012, M. Gérard D. [Définition du délit de harcèlement sexuel]
29. V. la contribution de J-Ph. Foegle.
30. Rapport AN, n°1965, déc. 2004, p. 11.
31. Article 19 de la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 : « En matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès aux biens et services, de fournitures de biens et services, d'affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, y compris d'avantages procurés par elle, ainsi que d'accès à l'emploi, d'emploi et de travail indépendants ou non-salariés, chacun a droit à un traitement égal, quelles que soient son origine nationale, son appartenance ou non-appartenance vraie ou supposée à une ethnie ou une race. Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte en ces domaines établit devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en

présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le précédent alinéa ne s'applique pas devant les juridictions pénales ».

32. Mais dès lors qu'il est admis que les étrangers ou certains d'entre eux (citoyens de l'UE et assimilés) ont accès à certains corps ou emplois de la fonction publique, il était parfaitement possible d'inscrire à l'article 6 du statut général une disposition proscrivant les différences de traitement fondées sur la nationalité ou l'origine nationale entre fonctionnaires ou agents publics une fois recrutés.

33. Ainsi, par exemple, dans une affaire dans laquelle un jury d'un concours de police pose à un candidat lors des épreuves orales d'admission « *plusieurs questions portant sur son origine et sur ses pratiques confessionnelles ainsi que sur celles de son épouse* », le Conseil d'Etat estime, de manière énigmatique et faute de texte prohibant formellement la discrimination en raison de l'origine, que « *ces questions, dont il n'est pas sérieusement contesté par l'administration qu'elles aient été posées à l'intéressé et qui sont étrangères aux critères permettant au jury d'apprécier l'aptitude d'un candidat, sont constitutives de l'une des distinctions directes ou indirectes prohibées par l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 et révèlent une méconnaissance du principe d'égal accès aux emplois publics* » (CE, 10 avril 2009, *El Haddioui*, n°311888 : *AJDA* 2009 p. 1386, comm. G. Calvès).

34. Rappelons que l'article 6 commence par le principe que : « *La liberté d'opinion est garantie aux fonctionnaires* ». C'était une garantie essentielle obtenue par les Communistes dans le statut de 1946 et dans le Préambule de 1946, comme en témoigne notamment l'affaire *Barel* en 1954.

35. V. sur la question des rapprochements familiaux : S. Slama « *Le rapprochement familial des fonctionnaires sous le prisme de la loi Roustan* », *AJ-Fonctions publiques* 2006, p.253 ; « *Le crépuscule de la loi Roustan au coeur d'une querelle intestine au sein de la juridiction administrative. Note sous CE 11 août 2005 et CE Sect 23 novembre 2005, Mme Baux* », *AJDA* 2006, p. 712.

36. Rappelons que les fonctionnaires de nombreux corps sont soumis à des obligations de résidence et que le droit de la fonction publique valorise certaines zones d'exercice de l'activité professionnelle (ZEP, etc.) pour obtenir ensuite une mutation.

37. S. Slama, « *Travailleurs détenus : le statut de droit public obstacle surmontable à la réalisation des droits sociaux fondamentaux* » in Philippe Auvergnon (dir.), *Droit du travail en prison. D'un déni à une reconnaissance ?*, PU Bordeaux, pp.213-242.

38. Elle a été développée notamment dans un séminaire de la HALDE « *Les discriminations, le difficile dialogue du droit et des sciences sociales* » en 2010 en discussion par Danièle Lochak d'une intervention d'Antoine Lyon-Caen sur l' « *idée discriminatoire* ». Nous la remercions de nous avoir communiqué ses notes.

39. Sur ces notions v. notamment E. Dubout, « *Principe d'égalité et droit de la non-discrimination* », *JurisClasseur Libertés*, Fasc. 500, 2009.

40. Danièle Lochak remarque dans son intervention suscitée qu'« *à force d'élargir les motifs, [la seconde acception en viendra] peut-être à rejoindre la première acception* ». ».

41. A. Iliopoulou-Penot, « *Conv. EDH, art. 14 : Non-discrimination* », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2014. V. aussi Bossuyt, « *Article 14* », in Pettiti, Decaux, Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2003, Economica, p. 475. ; De Beco, « *Le protocole no 12 à la Convention européenne des droits de l'homme* », *RTDH* 2010. 591

42. Sur cette thématique v. plus largement V. Champeil-Desplats, « *Dignité de la personne humaine* », *JurisClasseur Libertés*, Fasc 540, Septembre 2011.

43. Dans sa dimension sociale, c'est-à-dire le genre.

44. En ce sens à noter qu'une disposition du projet de loi de modernisation de la justice du XXIème siècle prévoit, avec la création de l'action de groupe en matière de discrimination, de développer la liste des motifs de l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 en prohibant les vingt critères suivants (inspirés du Code pénal) : « *son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de sa*

grossesse, de son apparence physique, de son patronyme, de son lieu de résidence, de son état de santé, de son handicap, de ses caractéristiques génétiques, de ses mœurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée » (article 44 de la « petite loi » adoptée en 1^{ère} lecture par l'Assemblée nationale <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta-pdf/3726-p.pdf>).

45. Article 25 de la I n° 2014-173 du 21 février 2014 *de programmation pour la ville et la cohésion urbaine*.

46. Article 23 de la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à *l'adaptation de la société au vieillissement*.

47. M-T. Lanquetin, « Égalité, diversité et... discriminations multiples », *Travail, genre et sociétés* 2009/1 (N° 21), p. 91-106 ; P.Martin, « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? : Un point de vue français et comparatif », *Revue internationale de droit comparé, Société de législation comparée*, 2011, pp.585-608 ; H. Kombila, « Les entraves à l'approche « intersectionnelle » canadienne de la discrimination », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016, mis en ligne le 07 mars 2016. URL : <http://revdh.revues.org/205>

48. On peut en effet penser que d'autres critères de discrimination déjà existants comme l'âge, l'état de santé et le handicap permettaient d'appréhender des situations de discrimination fondée sur la perte d'autonomie.

49. M. Danti-Juan, « Discriminations », étude préc., n°8.

50. Il s'agit aussi d'une infraction autonome (art. 222-33.-I du Code pénal).

51. Nous ne sommes toutefois pas totalement convaincus de l'utilité de ces trois dispositions prohibant spécifiquement des discriminations dans des relations de travail qui pourraient très bien être appréhendées par les instruments plus globaux de lutte contre les discriminations du droit pénal ou du droit du travail dès lors que ces situations constituent en tout état de cause des discriminations prohibées. Nous n'avons d'ailleurs pas trouvé dans les bases de jurisprudence Dalloz et Lexis-Nexis de jurisprudences appliquant ces trois dispositions du Code du travail.

52. S. Hennette-Vauchez, V. Valentin, *L'affaire Baby Loup ou la nouvelle laïcité*, LGDJ, 2014. V. aussi « Entretien croisé des Professeurs Gwénaële Calvès et Emmanuel Dockès sur le retentissant arrêt Baby Loup (par Nicolas Hervieu), *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], *Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 01 juillet 2014. URL : <http://revdh.revues.org/848>

53. Rappelons que la France n'a pas ratifié ce protocole avec le prétexte officiel qu'il risquerait de développer le contentieux et d'engorger davantage le greffe de la Cour de Strasbourg. En réalité, les autorités françaises ont une réticence à l'égard des clauses générales de non-discrimination dont elles supportent mal la concurrence potentielle avec le principe d'égalité indéterminé. Ainsi, par exemple, le Conseil d'Etat a neutralisé depuis 1995 sur la base d'arguments juridiquement fallacieux la clause générale de non-discrimination et d'égalité de traitement de l'article 26 du PIDCP.

54. On relèvera qu'aucune de ces causes exonératoires ne concernent le délit prévu et réprimé par l'article 432-7 du Code pénal s'agissant des discriminations commises par les détenteurs de l'autorité publique.

55. Est-ce à dire que le législateur admet que, par exemple, les protections périodiques/ couches ou les rasoirs féminins ou mousses à raser fassent l'objet de tarifs distincts de produits comparables destinés aux hommes ?

56. Petite loi adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, préc.

57. V. CE, Ass., 4 avril 2014, *Ministre de l'Écologie, du développement durable et de l'énergie c/M. Z...*, n° 362785 ; CE 22 mai 2015, n°371623.

58. CE, 26 janvier 2015, *M. Slama*, n°373746.

RÉSUMÉS

L'examen des textes de droit interne régissant la lutte contre les discriminations fait apparaître une profusion des motifs de discrimination prohibés et des régimes de protection qui leur sont associés qui altère la cohérence du dispositif antidiscriminatoire et soulève des interrogations sur la raison d'être de cette disparité et de son efficacité.

The review of french laws governing the fight against discrimination reveals a profusion of prohibited grounds of discrimination and protection regime associated with them which alters the consistency of anti-discrimination mechanisms and raises questions about the purpose of this disparity and effectiveness

INDEX

Mots-clés : discriminations, efficacité, droit de la fonction publique, droit pénal, droit du travail, Loi du 27 mai 2008, motifs prohibés

Keywords : discriminations, efficiency, public service law, criminal law, labour law, 27 May 2008 bill, prohibited grounds

AUTEUR

SERGE SLAMA

Serge Slama est Maître de conférences HDR en droit public à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, CREDOF-CTAD UMR 7074