

Semaine Sociale Lamy

LA DIVERSIFICATION DU DROIT DE LA NON-DISCRIMINATION AU TRAVAIL EN EUROPE

*Sous la direction scientifique de Nicolas Moizard, Professeur à l'Université
de Strasbourg, UMR DRES 73/54*

2118

SUPPLÉMENT
16 DÉCEMBRE 2024

AVANT-PROPOS

- 3 Introduction de *Nicolas Moizard, Professeur à l'Université de Strasbourg, UMR DRES 73/54*

INTERVENTIONS

- 5 Un droit spécifique de la discrimination religieuse au travail
Mélanie Schmitt, Professeure à l'Université de Strasbourg et directrice de l'UMR 7354 Droit, religion, entreprise et société (DRES) – Université de Strasbourg et CNRS
- 13 Le principe de non-discrimination et l'affiliation à une organisation syndicale
Achim Seifert, Professeur de droit privé et de droit allemand et européen du travail ainsi que de droit comparé, Université de la Sarre, Sarrebruck
- 20 La discrimination des travailleuses et travailleurs âgés
Kurt Pärli, Professeur en droit privé social à l'Université de Bâle
- 28 Inégalité de traitement ou discrimination
Aleksandra Bocheńska, Maître de Conférences, Faculté de Droit et d'Administration, Université Adam Mickiewicz, Poznan, Pologne
- 36 Les avancées réalisées par la loi espagnole 15/2022 du 12 juillet 2022 relative à la discrimination
Juan Carlos Álvarez Cortés, Professeur de droit du travail et de la sécurité sociale à l'Université de Málaga
- 44 Le dépassement du droit de la non-discrimination : un droit de l'inclusion ?
Dalia Gesualdi-Fecteau, Professeure titulaire, École de relations industrielles, Université de Montréal (Québec, Canada)
Marie Mercat-Bruns, Professeure des universités de droit privé (CNAM/École de droit de SciencesPo)
- 58 La protection des femmes lors de la ménopause au Royaume-Uni
Pascale Lorber, Law School, Centre for Rights and Equality in Health Law University of Leicester
- 63 Les progrès dans le contentieux relatif à la discrimination en raison de la race/ethnie en droit français
Intervention menée à deux voix avec Xavier Sauvignet, Avocat à Paris, cabinet 1948 Avocats et Margaux Lucas-Nowacki, Doctorante en science politique, Laboratoire SAGE, Université de Strasbourg

Semaine Sociale Lamy ■ Éditeur: Lamy Liaisons, SAS ayant son siège social 7, rue Emmy Noether - 93400 Saint-Ouen ■ Représentant légal: Guillaume Deroubaix
 ■ Associé unique: Karnov HoldCo France ■ Directeur de la publication: Guillaume Deroubaix ■ Directrice des rédactions: Sylvie Duras ■ Directrice adjointe des rédactions: Rachel Brunet ■ Rédactrice en chef: Daniella Dellome ■ Rédactrice: Manon Szwarcberg ■ Secrétaire de rédaction: Carole Rebillat Lasinski ■ Dépôt légal: à parution ■ Ne peut être vendu séparément de la revue principale ■ N°ISSN (version en ligne): 2115-8800 ■ N°ISSN (version imprimée): 0223-4637 ■ Périodicité: trimestriel ■ N°CPPAP: 0228 T 82710 ■ Crédit photos: Getty Images
 ■ Imprimeur: Dupliprint, 2 rue Descartes, 95330 Domont ■ Origine du papier: Suède ■ Taux de fibres recyclées: 0 % ■ Certification: PEFC ■ Eutrophisation: Ptot 0.010 kg/tonne ■ Pour contacter le service client: ☎ N°Cristal 09 69 39 58 58 ■ courriel: contact@wkf.fr ■ Internet: www.liaisons-sociales.fr - www.lamyline.fr - www.lamy-liaisons.fr ■

Retrouvez
votre revue
en avant-première sur
liaisons-sociales.fr

Toute reproduction ou représentation intégrale ou partielle par quelque procédé que ce soit, du contenu issu de la présente publication, effectuée sans autorisation de l'éditeur, est illicite et constitue une contrefaçon.



Introduction

La présente publication reproduit les interventions présentées lors d'un colloque intitulé « La diversification du droit de la non-discrimination au travail en Europe », organisé par l'UMR DRES 73/54, qui s'est tenu à la Faculté de droit de Strasbourg le 24 juin 2024¹. L'Union européenne a joué un rôle majeur dans la construction du droit de la non-discrimination. Elle en a fixé les contours et imposé aux États membres des mécanismes d'exécution aux fins d'en assurer l'effectivité. Il en résulte une forme de convergence normative entre les ordres juridiques nationaux. On pourrait imaginer qu'il en découle une construction presque mathématique où tous les mécanismes de lutte contre les discriminations devraient s'appliquer de façon uniforme dans tous les États membres.

Le droit de la non-discrimination, en permanente évolution, connaît toutefois une acception et une application différenciées selon chaque État. Le droit du travail en constitue un exemple significatif qui permet de mesurer l'extension du champ d'application du droit de la non-discrimination, sa diversification et sa cohérence interne. Le droit de l'Union développe lui-même une approche différenciée de la lutte contre les discriminations, selon les motifs, depuis l'extension des motifs de discrimination par le traité d'Amsterdam, au-delà du sexe et de la nationalité. Deux directives importantes en témoignent, d'une part, la directive 2000/78/CE cadre général d'emploi², qui a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail et, d'autre part, la directive 2000/43/CE « race/ethnie »³, qui a pour objet d'établir un cadre, dépassant le seul domaine de l'emploi, pour lutter contre la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique. Ces deux directives suivent un canevas déjà connu en matière d'égalité de traitement entre les sexes⁴, en reprenant les définitions de ce que l'on entend par discrimination, en précisant leur champ d'application, en prévoyant des mesures spécifiques de lutte contre les discriminations (exigences professionnelles essentielles et déterminantes, actions positives...), et les mécanismes d'application (dialogue social, organisme de promotion de l'égalité de traitement, voies de recours, la charge de la preuve, réparations et sanctions...). Pourtant, chacune de ces directives offre des aménagements spécifiques à certains de ces motifs. C'est particulièrement le cas des aménagements prévus par la directive 2000/78/CE s'agissant des critères de l'âge, de la religion ou du handicap. Ces aménagements permis aux États l'ont souvent été à la demande de ces derniers. Le droit de l'Union a donc intégré des spécificités nationales, qui ne sont pas toujours destinées à s'étendre aux autres États. Les renvois préjudiciels devant la Cour de justice sont aussi à la source d'interprétations spécifiques par domaine. On peut ainsi s'interroger, comme le fait la Professeure Mélanie Schmitt, sur l'existence d'un droit spécifique de la discrimination en raison des convictions religieuses et sur le traitement réservé à la religion musulmane. Des voies sont encore à explorer. L'application des directives relatives à la lutte contre ●●●

1. Les présentes contributions s'inscrivent dans le cadre de l'Institut Thématique Interdisciplinaire MAKErS du programme ITI 2021-2028 de l'Université de Strasbourg, du CNRS et de l'INSERM.

2. Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

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

4. Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte).

●●● les discriminations à l'affiliation et à l'engagement dans une organisation de travailleurs et d'employeurs ainsi que les actions positives ouvertes par ces directives ont peu retenu l'attention de la doctrine. Le professeur Achim Seifert montre, avec l'exemple des droits français et allemand, que cette application se révélerait un élément favorable à la liberté syndicale de travailleurs sous-représentés qui sont protégés par les directives.

On peut aussi mesurer cette diversification en s'intéressant cette fois à la mise en œuvre du droit de l'Union. L'exécution du droit de l'Union dans les États membres dépend des cultures nationales. Elle varie selon qu'il existe ou non un cadre juridique préexistant. Si l'on peut constater une relative homogénéisation dans les législations nationales, certains droits internes restent encore réfractaires à l'égard de l'esprit du droit de l'Union de la non-discrimination ou à certains de ses mécanismes. Le droit français est ainsi encore rétif à développer des statistiques ethno-raciales permettant d'établir des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination en raison de la race ou de l'ethnie, comme le montre maître Xavier Sauvignet en prenant des exemples contentieux. Certains progrès peuvent être constatés mais ils restent limités. Le droit français peut paraître en retrait en ne suivant pas la dynamique du cadre général d'action de l'Union européenne, analysé par Margaux Lucas Nowacki, doctorante en sciences politiques. La professeure Aleksandra Bocheńska expose qu'en droit polonais, la coexistence d'un principe d'égalité de traitement et du principe de non-discrimination évolue vers l'élargissement de la non-discrimination dans les contentieux du travail au détriment du principe d'égalité de traitement. Hors de l'Union européenne, le professeur Kurt Pärli souligne qu'à l'inverse d'un droit de l'Union sur la discrimination en raison de l'âge qui est interprété de façon de plus en plus compréhensive, le droit suisse ne permet pas de protéger les salariés soit par la voie de législations particulières soit par un cadre général.

À l'inverse, certains droits nationaux explorent de nouvelles pistes d'action. Cela peut se manifester, comme le développe le professeur Juan Carlos Álvarez Cortés au sujet de l'Espagne, par une loi transversale du 12 juillet 2022, applicable à l'ensemble des champs de la vie en société et qui a une vue très compréhensive des motifs de discrimination, même si elle nécessitera des interprétations en droit social.

La diversification peut aussi se traduire par le dépassement ou le prolongement de la lutte contre les discriminations. En droit français, l'inclusion sociale s'impose de plus en plus souvent comme un objectif en tant que tel et s'émancipe du droit de la non-discrimination, comme l'analyse la Professeure Marie Mercat-Bruns. Des regards extérieurs à l'Union européenne peuvent utilement nourrir la réflexion. L'approche canadienne sur l'inclusion sociale, expliquée par la Professeure Dalia Gesualdi Fecteau, peut nous donner des clefs de compréhension, même s'il est essentiel d'intégrer son contexte particulier. L'appréhension par l'entreprise de sujets liés à la personne peut aussi aider à prévenir des effets discriminatoires, même si ce n'est pas forcément sous cet angle que la question est abordée. La professeure Pascale Lorber nous donne ainsi l'exemple de protection des femmes lors de la ménopause au Royaume-Uni.

La présente publication permet de mesurer les différentes sources de dynamiques nationales et européennes sur le droit de la non-discrimination qui reste à construire. Même si l'on peut déceler une forme de droit commun de la non-discrimination, celui-ci ne tend pas nécessairement à une unification entre les États membres.

Nicolas Moizard, Professeur à l'Université de Strasbourg, UMR DRES 73/54

Un droit spécifique de la discrimination religieuse au travail

Mélanie Schmitt, Professeure à l'Université de Strasbourg et directrice de l'UMR 7354 Droit, religion, entreprise et société (DRES) – Université de Strasbourg et CNRS

INTRODUCTION

L'objet de cet article est de déterminer la mesure dans laquelle, en droit de l'Union européenne (UE), la discrimination liée à la religion est appréhendée, dans sa définition et dans son régime, de manière singulière par rapport à la discrimination liée aux autres critères de discrimination prohibés par le droit de l'UE. Le champ de l'étude est limité au travail et à l'emploi tel qu'entendus de manière extensive par la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail¹, texte qui a introduit le critère religieux comme nouveau critère discriminatoire au même titre que l'âge, l'orientation sexuelle et le handicap. La question de la spécificité de la discrimination religieuse et, partant, celle de l'ampleur de sa prohibition, émergent de la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), initiée en 2007.

Les questions préjudicielles ont permis à la CJUE de préciser son interprétation de la directive 2000/78/CE en matière de discrimination « fondée sur la religion ou les convictions » (*art. 1^{er}*). De plus, la directive contient des dispositions propres à ce critère dont l'articulation avec les dispositions générales s'avère délicate, tout comme avec d'autres fondements juridiques pertinents, telle la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Mais la seule consécration d'un régime juridique spécifique ne distingue toutefois pas le critère religieux d'autres critères, tels l'âge ou le handicap – qui connaissent le même sort.

En revanche, la jurisprudence de la CJUE sur les discriminations religieuses laisse apparaître une interprétation originale des notions centrales que sont la discrimination directe et la discrimination indirecte, ainsi que des espaces de justifications de ces deux types de différences de

traitement. L'existence d'un droit spécifique de la discrimination religieuse au travail reposerait plus précisément sur l'hypothèse que la religion et les convictions méritent moins de protection que d'autres motifs protégés, tels que l'orientation sexuelle, la race ou le handicap². En même temps qu'elle interroge la place de la religion dans le droit de la non-discrimination de l'UE, cette jurisprudence met en lumière un mouvement de fragmentation de ce dernier au moyen d'un raisonnement critiquable. Nombreuses sont en effet les publications scientifiques qui proposent une analyse critique de cette jurisprudence, au regard de la variabilité interprétative de la directive 2000/78/CE en fonction des critères discriminatoires et de la question de leur hiérarchie³. Il en va de même de la vision atténuée de l'impératif de non-discrimination au sein d'un droit que le législateur, s'appuyant précisément sur la construction prétorienne de la Cour, s'était pourtant évertué à harmoniser.

Le présent article s'attache tout d'abord à (re) situer la religion dans le droit de l'Union européenne, en présentant brièvement le cadre juridique de la discrimination religieuse, puis se focalise sur l'éclatement des catégories juridiques de la discrimination. Enfin, nous tenterons de tirer des enseignements sur ce que le traitement jurisprudentiel du critère de la religion (musulmane) au regard des autres critères dit de l'essence même de ce critère.

1 LE CADRE JURIDIQUE DE LA DISCRIMINATION RELIGIEUSE EN DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Le cadre juridique de la discrimination religieuse comprend deux séries de sources formelles : d'une part, le *corpus* textuel issu du droit dérivé de l'UE, au cœur duquel se trouve la directive 2000/78/CE, à laquelle s'ajoutent les ●●●

1. Dir. 2000/78/CE, 27 nov. 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JOUE n° L 303, 2 déc. 2000, p. 16.

2. Voir M. van den Brink, *The Protected Grounds of Religion and Belief: Lessons for EU Non-Discrimination Law*, *German Law Journal* (2023) 24, p. 855-880.

3. L. Waddington, M. Bell, "More equal than others: distinguishing European Union equality directives", *Common Market Law Review*, n° 38, 2001, p. 587-611.

●●● autres directives « non-discrimination »⁴, ainsi que les dispositions du droit primaire relatives à la religion; d'autre part, le *corpus* jurisprudentiel, regroupant les arrêts de la CJUE relatifs à l'interprétation de la directive 2000/78/CE et à son articulation avec le droit primaire en matière de discrimination religieuse au travail. Les développements subséquents s'attachent à présenter l'appréhension de la religion au sein de la directive 2000/78/CE et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, avant de préciser la définition de la religion, résultant de l'articulation de ces dispositions.

► La religion dans la directive 2000/78/CE

La religion fait son apparition en tant que critère discriminatoire au sein de la directive 2000/78/CE, précédée quelques mois plus tôt par la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000, dite « directive race ». Ces deux directives étendent aux nouveaux critères prohibés le cadre juridique de la non-discrimination liée sexe, qui fut élaboré dès les années 1970 par le législateur communautaire et formidablement enrichi par la CJUE. À ce titre, s'impose le régime général de l'interdiction des discriminations tel que posé par la directive 2000/78/CE, dont l'objectif est précisément d'établir un « cadre général ».

Ce régime général couvre de nombreux éléments. Il détermine le champ d'application matériel de la directive et définit les formes ou catégories de discrimination prohibées: les discriminations directe et indirecte construites par la CJUE, auxquelles s'ajoutent désormais l'injonction à discriminer et le harcèlement discriminatoire (*art. 2*). Des dispositions générales encadrent également les possibilités de justification des différences de traitement. D'autres excluent toute discrimination en présence d'une « exigence professionnelle essentielle et déterminante » liée à un motif discriminatoire (*art. 4, § 1*) et autorisent les « actions positives » (*art. 7, § 1*), tout en encadrant ces deux qualifications. Le régime général comprend encore les dispositions relatives aux actions en justice, au régime probatoire et aux sanctions (*art. 9 à 11*), ainsi que celles relatives à la promotion de la lutte contre les discriminations (*art. 13 et 14*).

S'ajoutent à ce régime général des dispositions spécifiques relatives au critère de la religion, à l'instar des autres critères à l'exception notable de l'orientation sexuelle. Ces dispositions spécifiques au critère religieux assouplissent l'ap-

plication du régime général en introduisant des dérogations au principe de l'interdiction des discriminations. Elles prennent en considération, d'une part, les relations Églises/États en vertu du droit national, de sorte que les statuts des Églises et des associations ou communautés religieuses relèvent de la seule compétence des États membres. D'autre part, sont reconnues les entreprises « dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions », qui peuvent « requérir des personnes travaillant pour elles une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation », sans que cela constitue une discrimination (*art. 4, § 2*).

► L'appréhension de la religion par la Charte des droits fondamentaux de l'UE

L'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (la Charte) consacre comme un droit fondamental l'interdiction de toute discrimination fondée sur la religion ou les convictions, reprenant ainsi la formulation de la directive 2000/78/CE mais sans limitation du champ d'application matériel. Cette disposition est donc dotée d'une vocation générale et couvre, notamment, l'emploi et les relations de travail.

Outre l'article 21, la Charte contient deux dispositions consacrées à la religion. L'article 10 de la Charte réaffirme le droit de « toute personne (...) à la liberté de pensée, de conscience et de religion ». En vertu de l'article 52 de la même Charte consacrant la théorie des droits correspondants, la signification et l'interprétation de l'article 10 sont calquées sur celles de l'article 9 de la CEDH consacrant le droit de toute personne à la liberté de religion, qui « implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites » (*art. 9, § 1*).

De plus, « l'Union respecte la diversité (...) religieuse » (*art. 22 de la Charte*). Aux termes des explications relatives à la Charte, cette disposition « s'inspire également de la déclaration n° 11 à l'acte final du traité d'Amsterdam sur le statut des Églises et des organisations non confessionnelles, qui est désormais reprise à l'article 17 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ». Le considérant 29 de la directive 2000/78/CE se trouve ainsi conforté par la Charte, rappelant la limite de la compétence du législateur de l'Union.

⁴ Dir. 2000/43/CE, 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, JOUE n° L 180, 19 juill. 2000, p. 22; Dir. 2006/54/CE, 5 juill. 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), JOUE n° L 204, 26 juill. 2006, p. 23.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne aborde ainsi la religion à la fois comme un critère discriminatoire et comme l'objet d'une liberté, au sein de deux dispositions qui les placent au même rang de droit fondamental mais ne se préoccupent pas de leur articulation.

► La définition de la religion comme... liberté de religion

L'interprétation de l'interdiction de la discrimination religieuse par la CJUE repose sur sept décisions, qui marquent deux temps dans cette construction. Les affaires dont elle a en effet été saisie dans un premier temps étaient relatives au port du foulard islamique dans les entreprises privées⁵ et, plus récemment, dans le secteur public⁶. Dans un second temps, trois affaires ont conduit la CJUE à se prononcer sur l'interprétation des dispositions spécifiques à la religion au sein de la directive 2000/78/CE, à l'égard de travailleurs exclus de l'emploi ou privé d'avantages professionnels en raison de leur (non) religion⁷.

Dès les premières décisions, rendues en grande chambre, la religion au sens de la directive 2000/78/CE est assimilée à la liberté de religion telle que consacrée à l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, conformément aux dispositions de l'article 9 CEDH :

« Il convient d'interpréter la notion de 'religion' figurant à l'article 1^{er} de cette directive comme couvrant tant le *forum internum*, à savoir le fait d'avoir des convictions, que le *forum externum*, à savoir la manifestation en public de la foi religieuse. »⁸

Cette assimilation prétorienne interroge : la CJUE ne définit pas la religion, qui n'est d'ailleurs que très rarement définie en droit⁹, mais la liberté de religion. Le critère « religion » dans le droit de la non-discrimination de l'UE correspond(ra)it donc à l'exercice d'un droit, d'un droit fondamental, qui plus est d'un droit civil et politique. Suivant cette définition, les travailleurs ne peuvent subir de discrimination parce qu'ils ont des convictions religieuses, ni parce qu'ils manifestent ces convictions au travail. Les

deux séries de dispositions (discrimination religieuse/liberté de religion) se renforceraient donc mutuellement pour une meilleure garantie de la jouissance effective des deux droits. Contre l'avis de l'avocat général dans l'affaire WABE¹⁰, la CJUE confirme cette articulation étroite des deux terrains. Elle affirme de manière générale que le droit à la liberté de conscience et de religion fait partie intégrante du contexte pertinent pour interpréter la directive 2000/78/CE.

L'interprétation de l'article 10 de la Charte de l'Union revêt alors une importance cardinale. Cette opération est déterminée par la Charte elle-même, à l'article 52, § 3 : l'article 10 de la Charte correspondant à l'article 9 CEDH, la CJUE doit se conformer à l'interprétation de cette disposition par la Cour européenne des droits de l'Homme. Ainsi, la CJUE¹¹ cite expressément la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, selon laquelle le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion « représente l'une des assises d'une "société démocratique" au sens de [cette] convention » et constitue, « dans sa dimension religieuse, l'un des éléments les plus vitaux contribuant à former l'identité des croyants et leur conception de la vie » ainsi qu'« un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents », contribuant au « pluralisme – chèrement conquis au cours des siècles – consubstantiel à pareille société »¹².

Logiquement, la directive 2000/78/CE, et plus spécialement l'interdiction de la discrimination religieuse au travail, devraient donc être interprétées « à la lumière du droit à la liberté de religion » en tant que droit fondamental. Cette affirmation doit toutefois être fortement nuancée à plusieurs titres.

Tout d'abord, l'interdiction de la discrimination religieuse constitue également un droit fondamental consacré par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 21), de sorte que les deux droits fondamentaux ont la même valeur. En cas d'interprétation non convergente de ces deux fondements, c'est-à-dire en cas de rejet de la thèse du renforcement mutuel des deux droits fondamentaux, il ●●●

5. CJUE, gr. ch., 14 mars 2017, n° C-157/15, G4S, *Secure Solutions (dit aussi Acbitta)*; CJUE, gr. ch., 14 mars 2017, n° C-188/15, *Bouagnaoui et ADDH*; CJUE, gr. ch., 15 juill. 2021, aff. jtes, n° C-804/18 et C-341/19, *WABE et MH Müller Handel*; CJUE, 13 oct. 2022, n° C-344/20, *LF c. SCRL*.

6. CJUE, gr. ch., 28 nov. 2023, n° C-148/22, *Commune d'Ans*.

7. CJUE, 17 avr. 2018, n° C-414/16, *Egenberger*; (offre d'emploi réservée aux membres d'une religion); CJUE, gr. ch., 11 sept. 2018, n° C-68/17, *IR c. JQ*, (licenciement d'un salarié d'une entreprise dont l'ébrique est fondée sur une religion); CJUE, gr. ch., 22 janv. 2019, n° C-193/17, *Cresco*, (appartenance à une religion comme condition d'un avantage).

8. Voir CJUE, 17 avr. 2018, n° C-414/16, *Egenberger*, pt 50 et les arrêts cités.

9. Pour un exposé approfondi sur la définition de la religion, voir L. Vickers, *Religion and belief discrimination in employment: the EU law*, Office for Official Publications of the European Communities, 2006, spéc. p. 25-29.

10. Conclusions rendues dans CJUE, gr. ch., 15 juill. 2021, aff. jtes, n° C-804/18 et C-341/19, *WABE et MH Müller Handel*, spéc. pts 96 et 97.

11. CJUE, gr. ch., 15 juill. 2021, aff. jtes, n° C-804/18 et C-341/19, *WABE et MH Müller Handel*, pt 48; CJUE, 13 oct. 2022, n° C-344/20, *LF c. SCRL*, pt 35.

12. CEDH, 15 févr. 2001, *Dahlab c. Suisse*, CE: ECHR: 2001:0215DEC004239398.

●●● conviendra de procéder à leur conciliation. L'issue de cette opération fera triompher un droit sur l'autre.

Ensuite, la Cour européenne des droits de l'Homme n'a pas encore statué sur des questions semblables à celles traitées par la CJUE (relatives au port du voile islamique en contexte de travail) et, plus largement sur les règles internes de neutralité édictées par des employeurs du secteur privé. La jurisprudence strasbourgeoise ne dispose donc pas de sa préséance habituelle, laissant la voie libre à la CJUE¹³. Le contexte de la directive 2000/78/CE et de sa mise en œuvre déterminent par conséquent la démarche des juges de Luxembourg. Or, celle-ci apparaît guidée par une logique économique, dont les mécanismes du droit de la non-discrimination comme le principe de proportionnalité constituent alors les vecteurs¹⁴.

2 ÉCLATEMENT DES CATÉGORIES JURIDIQUES DE LA DISCRIMINATION AU DÉTRIMENT DE LA DISCRIMINATION DIRECTE

Dans le cadre de la discrimination religieuse, les questions dont a été saisie la CJUE en premier lieu¹⁵ portent précisément sur l'enjeu de la qualification des différences de traitement constatées. Elles concernent des règles internes d'entreprise et/ou des décisions de l'employeur interdisant et sanctionnant le port de foulard islamique, et reposant sur une exigence de neutralité¹⁶.

La CJUE applique sa démarche traditionnelle basée sur la *summa divisio* discrimination directe-discrimination indirecte. Ces deux catégories étant exclusives l'une de l'autre, et obéissant chacune à un régime juridique spécifique, le raisonnement de la CJUE consiste à rechercher, en premier lieu, l'existence d'une discrimination directe. Ce n'est qu'à défaut de discrimination directe que la Cour s'interroge en principe, en second lieu, sur l'existence d'une discrimination indirecte. Or, en menant cette opération de qualification, la CJUE se démarque de sa jurisprudence relative aux discriminations fondées sur les autres critères. Il résulte des « arrêts religion » une contraction de la catégorie de discrimination directe et, réciproquement, une expansion de celle de discrimination indirecte.

► Les enjeux de la *summa divisio*

L'un des apports des deux directives non-discrimination de l'an 2000 est de contenir les premières définitions législatives de ces deux catégories, en consolidant la construction prétorienne réalisée par la CJUE sur la base du droit de la non-discrimination antérieur. Selon les termes de la directive 2000/78/CE, la discrimination directe est constituée « lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés » (art. 2, § 2, sous a)). Quant à la discrimination indirecte, elle « se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes (...) [remplissant un critère prohibé] par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires » (art. 2, § 2, sous b)).

Ces deux définitions sont générales, vagues, voire obscures, nous y reviendrons plus loin, alors pourtant que la distinction entre discrimination directe et discrimination indirecte est fondamentale car ces deux catégories répondent à des approches différentes. L'avocate générale dans l'affaire LF c. CSRL précise l'opposition de ces deux approches, qui traduisent « deux points de vue antagonistes quant à la manière d'aborder les préjugés liés aux différences découlant de la religion ou des convictions religieuses au sein de la société » (pts 59 et 60). Le modèle de la discrimination directe est celui de « la diversité » et « repose sur la normalisation de ces différences sur le lieu de travail par un contrôle plus strict des préjugés. Cette approche part du postulat que les différences liées à la religion et aux convictions religieuses sont mieux prises en compte en encourageant la tolérance et le respect, ce qui entraîne par ailleurs l'acceptation d'un plus grand degré de diversité ». Au contraire, le modèle de l'« uniformité » sous-tendant la discrimination indirecte « présuppose la nécessité de tolérer un certain degré de préjugés de la part du public à l'égard des différences liées à la religion, s'il est démontré que l'entreprise concernée pourrait, à défaut, subir de graves conséquences économiques néga-

13. En ce sens, G. Gonzalez, *Identité et/ou liberté de religion dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, RDLF 2019, chron., n° 23.

14. M. Schmitt, *La liberté de religion et la Cour de justice de l'Union européenne, résonances ou dissonances ? Mise en perspective(s) de la jurisprudence de la CJUE en matière de discrimination religieuse au travail*, in A. Fornerod (dir.), *La liberté de religion en question(s)*, Bruylant, 2022, p. 129-149.

15. Il s'agit des trois premières décisions (CJUE, gr. ch., 14 mars 2017, n° C-157/15, *Acbita*, précité; CJUE, gr. ch., 14 mars 2017, n° C-188/15, *Bougnauoui et ADDH*, précité; CJUE, gr. ch., 15 juill. 2021, aff. jtes, n° C-804/18 et C-341/19, *WABE*, précité) auxquelles s'ajoute l'arrêt CJUE, 13 oct. 2022, n° C-344/20, *LF c. SCRL*, précité).

16. Voir la thèse de L. Vanbellingen, *La neutralité de l'entreprise face aux expressions religieuses du travailleur, test de compatibilité en droit européen de la liberté de religion et de la non-discrimination*, Bruylant, 2022.

tives ». L'interdiction généralisée posée par une règle de neutralité interne est alors l'instrument juridique traduisant idéalement ce modèle.

À rebours d'un mouvement d'extension de la catégorie de discrimination directe plus protectrice (en matière de discrimination liée au sexe, à l'orientation sexuelle ou au handicap notamment), la jurisprudence relative à la discrimination religieuse s'oriente dans le sens d'une contraction de cette catégorie.

► La discrimination directe

Toute règle ou décision qui mentionne explicitement le critère prohibé constitue en principe une discrimination directe. En outre, la CJUE a déjà admis l'existence d'une discrimination directe lorsqu'une condition d'apparence neutre aboutit néanmoins, « nécessairement » à refuser l'octroi d'un avantage aux personnes remplissant le motif discriminatoire¹⁷, en l'espèce à propos du critère de l'orientation sexuelle. Plus encore, la CJUE a considéré qu'une mesure, bien que correspondant indubitablement à la définition de la discrimination indirecte, appartient néanmoins à la catégorie des discriminations directes si elle a été « instituée en considération » du motif prohibé : « Il suffit, pour qu'il existe une discrimination directe (...), que cette origine ethnique ait déterminé la décision d'instituer ledit traitement. »¹⁸ Le mouvement jurisprudentiel pré-Bougnaoui et Achbita identifié au sujet de l'origine ethnique et de l'orientation sexuelle ouvrait la voie à la qualification de discrimination directe en présence d'une règle générale visant le critère religieux.

Or, au sein des premiers arrêts de la CJUE sur la religion, l'on ne retrouve aucune de ces trois sous-catégories de la discrimination directe. Au contraire, la Cour élabore une nouvelle approche de la discrimination directe en faisant application du principe d'égalité de traitement. En présence d'une règle interne d'entreprise portant interdiction générale du port de tout signe religieux et/ou convictionnel visible, la qualification de discrimination directe est écartée dès lors que deux conditions cumulatives sont remplies : 1) la règle elle-même doit viser indifféremment toute manifestation de telles convictions et traiter de manière identique tous les travailleurs de l'entreprise, en leur imposant, de manière générale et indifférenciée, notamment une neutralité vestimentaire s'opposant au port de tels signes ; 2) la discrimination directe n'est ensuite exclue

que si la règle interne est « appliquée de manière générale et indifférenciée » (*Achbita*, pts 30 et 32).

Sur un plan strictement conceptuel, cette nouvelle approche brouille les frontières entre discrimination directe et discrimination indirecte car l'application de la norme à un travailleur ou à un groupe de travailleurs (seconde condition cumulative) n'est, en vertu des définitions citées précédemment, prise en considération que pour la qualification de discrimination indirecte. La qualification de discrimination directe n'est réalisée qu'au regard de la norme elle-même, indépendamment de ses effets et, *a fortiori*, sans nécessiter de s'intéresser aux modalités de son application.

Cette position est d'autant plus critiquable que, dans toutes les affaires aboutissant à l'admission de la différence de traitement, étaient concernées des travailleuses musulmanes voilées. La lecture des arrêts révèle en effet que les règles internes et/ou les décisions de l'employeur étaient précisément guidées par une intention de ne pas employer des femmes musulmanes portant le foulard islamique, donc dirigées contre une religion donnée. La jurisprudence CHEZ permettait de retenir la qualification de discrimination directe lorsqu'une discrimination indirecte a été « instituée en considération » d'une religion donnée ; elle aurait donc pu conduire la CJUE à intégrer dans son raisonnement l'intention réelle de l'employeur, lequel ne visait pas indifféremment toute manifestation de n'importe quelle conviction.

La justification de la CJUE surprend davantage encore lorsqu'elle énonce dans l'arrêt LF c. SCRL que, « dès lors que chaque personne est susceptible d'avoir soit une religion soit des convictions, une telle règle [interne de neutralité] n'instaure pas une différence de traitement fondée sur un critère indissociablement lié à la religion ou aux convictions » (pt 34). Il a fréquemment été relevé que ce raisonnement aboutit à considérer que, dès lors qu'une mesure directement discriminatoire est potentiellement applicable à tous les salariés, elle perd sa qualification de discrimination directe¹⁹.

La conception développée par la CJUE, de plus, ne prend pas en considération les personnes athées, agnostiques et indifférentes, alors que chaque personne est également susceptible de ne pas avoir une religion. Or l'athéisme exprime « une certaine conception métaphysique de l'homme, qui conditionne sa perception du monde et justifie son action » et ne peut être ●●●

17. CJCE 1^{er} avr. 2008, aff. C-267/06, *Maruko*.

18. CJUE, 16 juill. 2015, n° C-83/14, *CHEZ*, pts 75-76.

19. En ce sens, voir S. Henneute-Vauchez et C. Wolmarck, *Plus vous discriminez, moins vous discriminez. À propos des conclusions de l'avocat général dans l'affaire CJUE Achbita*, C-157/15, *Semaine sociale Lamy* n° 1728, 20 juin 2016, p. 5.

●●● valablement distingué d'un culte religieux au sens classique²⁰.

L'arrêt LF c. SCRL apporte toutefois un tempérament en ouvrant une voie étroite à la discrimination directe. Une différence de traitement sera indissociablement liée à la religion ou aux convictions si la règle se limite à viser soit la religion ou les convictions religieuses (excluant les autres convictions), soit une religion ou des convictions déterminées. Ainsi en serait-il de la règle interne d'une entreprise qui se bornerait à interdire le port de signes ostentatoires de grande taille lorsque cette règle est indissociablement liée à une ou plusieurs religions ou convictions déterminées. À défaut, seule une discrimination indirecte pourra être retenue, emportant l'application d'un régime juridique beaucoup plus souple.

► La discrimination indirecte

S'il apparaît que la norme ou la mesure en cause ne correspond pas à l'une des sous-catégories de discrimination directe, encore convient-il de s'assurer que la mise en œuvre de cette norme ou de cette mesure ne conduit pas à un résultat similaire. Il résulte en effet de la définition législative que la discrimination indirecte résulte des faits, de l'application de la norme et des effets qu'elle produit. Contrairement à la discrimination directe, la règle (ou la décision) indirectement discriminatoire n'est pas fondée sur un critère prohibé mais entraîne ou est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes remplissant ce critère. Dans le prolongement, le régime juridique de la validation d'une différence de traitement indirecte permet de rejeter la qualification de discrimination, au moyen d'une double exigence de justification et de proportionnalité.

La jurisprudence de la CJUE sur le port du foulard islamique emprunte cette voie, en admettant de manière extrêmement large la justification d'une règle générale de neutralité. Ainsi, une différence de traitement indirectement fondée sur la religion ou les convictions et découlant d'une telle règle est facilement justifiable. Au titre des motifs légitimes, la CJUE admet que « la volonté de l'employeur de poursuivre une politique de neutralité politique, philosophique et religieuse à l'égard des clients ou des usagers » est susceptible de justifier une telle différence de traitement. Elle pose certes trois conditions cumulatives tenant principalement au test de

proportionnalité : 1) cette politique doit répondre à un besoin véritable de l'employeur ; 2) la différence de traitement doit être apte à assurer la bonne application de cette politique de neutralité, ce qui suppose que cette politique soit suivie de manière cohérente et systématique ; 3) l'interdiction doit être limitée au strict nécessaire au regard de l'ampleur et de la gravité réelles des conséquences défavorables que l'employeur cherche à éviter par une telle interdiction.

Au titre de l'objectif légitime, la CJUE considère que l'image de neutralité se rapporte à la liberté d'entreprise et constitue dès lors un objectif légitime de nature à restreindre la liberté de religion (*Achbita*, pts 38 et 43). La politique de neutralité n'est pas interrogée par la CJUE, alors qu'elle ne constitue qu'un objectif secondaire ou accessoire par rapport à l'objectif premier de l'employeur qui réside dans l'augmentation des profits²¹. C'est ainsi précisément que la CJUE a conditionné la validité de la règle de neutralité à son applicabilité et à son application aux seuls travailleurs amenés à entrer en contact avec les clients de l'employeur (*Achbita*).

De plus, l'appréciation du respect du principe de proportionnalité implique une conciliation nécessaire des exigences liées à la protection des différents droits et principes en cause et d'un juste équilibre entre eux. Pour la CJUE, il s'agit d'assurer un « juste équilibre » entre la liberté d'entreprise, consacré à l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la liberté de religion. Elle confère une portée considérable à la liberté d'entreprise, qu'elle mobilise de sa propre initiative et qui inclut toutes les décisions de l'employeur liées à l'organisation de l'activité et du travail, limitant d'autant la liberté individuelle des travailleurs. Cette portée est d'autant plus grande qu'elle n'est pas limitée par le droit fondamental de travailler et la liberté professionnelle, inscrits à l'article 15 de la même Charte²², qui ne sont pas mobilisés par la CJUE.

Ce faisant, la CJUE légitime un régime d'exemption à la discrimination qui n'a pas été prévu dans la directive 2000/78/CE et qui laisse aux États membres une importante marge de manœuvre qui apparaît spécifique au critère de la religion. La conséquence de cette jurisprudence est l'ouverture très large des justifications aux différences de traitement indirectes fondées sur la religion. Cette position s'écarte nettement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui devrait pourtant – sur le

20. Commission européenne des droits de l'Homme, *Union des Athées c. France*, rapport de la Commission, 1994, § 79.

21. M. van den Brink, "The Protected Grounds of Religion and Belief...", précité.

22. CDFUE, art. 15, § 1 : « Toute personne a le droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée. »

fondement de l'article 52, § 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – guider le test de proportionnalité de la différence de traitement indirectement fondée sur la religion. Notamment, dans la recherche d'une juste conciliation entre les intérêts en présence, la Cour de Strasbourg a déjà considéré qu'une liberté économique ne constitue qu'un élément, bien qu'important, à prendre en considération dans le test de proportionnalité²³. La liberté d'entreprise ne saurait, dans le système de la CEDH, être placée au même rang que la liberté de religion.

3 ENSEIGNEMENTS DE CETTE JURISPRUDENCE

Les brefs et non exhaustifs développements précédents nous conduisent à interroger la spécificité du critère de la religion au regard de la jurisprudence de la CJUE ainsi que le traitement réservé à la religion musulmane.

► La religion, un critère discriminatoire différent des autres ?

La question émerge de manière évidente à la lecture de la formulation du critère « la religion ou les convictions ». Parmi l'ensemble des critères discriminatoires en droit de l'UE, il s'agit du seul critère « dédoublé » dont l'interprétation ne peut être que problématique. La CJUE a tranché la question de manière ferme et peu convaincante, considérant qu'il s'agit « d'un même et unique motif de discrimination » de sorte que les États membres sont tenus de retranscrire dans leur ordre juridique cette conception unitaire : « La marge d'appréciation reconnue aux États membres ne saurait aller jusqu'à permettre à ces derniers ou aux juridictions nationales de scinder, en plusieurs motifs, l'un des motifs de discrimination énumérés de manière exhaustive à l'article 1^{er} de la directive 2000/78. »²⁴ La CJUE garde la main ferme sur l'interprétation des motifs de discrimination. Dans l'affaire LF c. SCRL, cette formulation permet également à la CJUE à la fois d'élargir considérablement le cercle de comparabilité essentiel dans l'établissement d'une éventuelle discrimination (« toutes les personnes » y sont incluses) et ainsi de conclure aisément à l'absence de discrimination directe.

Ensuite, « la religion ou les convictions » apparaît comme un critère qui relèverait d'un choix raisonné, par opposition aux autres critères de la directive 2000/78/CE qui seraient immuables ou « naturels » et sur lesquels les personnes n'auraient aucune prise. Dans l'affaire Achbita, l'avocate générale Kokott considérait ainsi la religion comme une décision subjective et réversible à la différence du sexe, de l'âge ou de l'orientation sexuelle, justifiant la moindre protection attachée au critère de la religion. Le parallélisme entre religion et (autres) convictions conduit alors à retenir la conception d'une conviction religieuse relevant d'un raisonnement, d'un choix librement effectué. Pourtant, à l'échelle individuelle, la religion définie et ressentie comme une croyance – la foi religieuse – constitue une caractéristique « naturelle », irrationnelle et relève de l'identité de la personne, au même titre que son sexe ou son âge. Dans l'affaire LF c. SCRL, l'avocate générale proposait que la religion puisse être reconnue par les États membres comme une caractéristique indissociable de la personne, dans la continuité de l'arrêt Hay relatif à l'orientation sexuelle²⁵. La CJUE n'a pas suivi cette préconisation²⁶.

► L'islam, une religion différente des autres ?

Dans les arrêts WABE et LF c. SCRL, la CJUE accepte toutefois d'appliquer l'interdiction de la discrimination religieuse entre travailleurs d'une religion donnée par rapport aux travailleurs d'autres religions :

« La prohibition de la discrimination prévue par la directive 2000/78 n'est pas limitée aux seules différences de traitement existant entre des personnes adhérant à une religion ou à des convictions données et celles qui n'adhèrent pas à une religion ou à des convictions données. » (...) « L'existence d'un critère unique, englobant la religion ou les convictions religieuses, ne fait pas obstacle aux comparaisons entre les travailleurs animés de convictions religieuses et ceux animés d'autres convictions, ni encore à celles entre travailleurs animés de convictions religieuses différentes. » (LF c. SCRL, pt 59)

Le potentiel de cette avancée est, en théorie, considérable. Elle devrait ainsi permettre à la CJUE de reconsidérer sa position à l'égard des travailleuses musulmanes (portant le foulard islamique) car elles sont plus exposées ●●●

23. En l'espèce, il s'agissait de la liberté d'établissement dans l'Espace économique européen.

24. CJUE, 13 oct. 2022, n° C-344/2, LF c. SCRL, précité; voir N. Moizard et M. Schmitt, La CJUE et l'invisibilité des femmes musulmanes voilées au travail. À propos de CJUE 13 octobre 2022, LF c. SCRL, n° C-344/20, Dr. ouvr. nov. 2022, p. 465 et s.

25. CJUE, 12 déc. 2013, n° C 267/12, Hay, pt 44. Voir les conclusions de l'avocate générale dans l'affaire CJUE, 13 oct. 2022, n° C-344/20, LF c. SCRL, précité, pts 61 et s.

26. N. Moizard et M. Schmitt, La CJUE et l'invisibilité des femmes musulmanes voilées au travail. À propos de CJUE 13 octobre 2022, LF c./SCRL, n° C-344/20, précité.

●●● que les autres travailleurs (et travailleuses) croyants. La voie s'ouvre en effet vers la reconnaissance d'une discrimination intersectionnelle²⁷. Une règle interne générale de neutralité ne crée-t-elle pas un « désavantage particulier » aux travailleuses musulmanes, à la fois parce qu'elles sont musulmanes et parce qu'elles sont femmes ?

La CJUE n'a pas saisi cette occasion. Dans l'arrêt *Commune d'Ans*²⁸, elle maintient²⁹ ainsi son refus de se positionner sur la question de la discrimination indirecte fondée sur le sexe, en adoptant une position non seulement inhabituellement formelle s'agissant de l'interdiction de la discrimination sexuelle, et qui plus est particulièrement stricte. La CJUE considère d'abord que la juridiction de renvoi ne s'est pas référée à la directive pertinente (*Dir. 2006/54/CE, 5 juill. 2006*), puis que cette juridiction n'a pas exposé les faits sur lesquels elle fonde sa question, ni les motifs pour lesquels une réponse à cette question est nécessaire à la solution du litige au principal.

Par ailleurs, dans le cadre de l'examen du caractère approprié de la différence de traitement indirecte, la CJUE a considéré que des dispositions constitutionnelles nationales protégeant la liberté de religion peuvent être prises en compte en tant que dispositions plus favorables³⁰. Sont ainsi validées des dispositions autrichiennes créant des avantages à l'égard de certaines Églises et de leurs membres, et conduisant dans les faits à discriminer les croyants d'une autre religion, en l'occurrence l'islam³¹.

En conclusion, la CJUE construit un droit spécifique de la non-discrimination fondée sur la religion, qui repose sur l'éviction de la discrimination directe telle qu'elle est appliquée pour les autres critères de discrimination et sur la marge d'appréciation renforcée des États s'agissant de la protection des religions reconnues, excluant l'islam. L'approche de la CJUE s'avère sélective et incompatible avec une approche inclusive³² et tolérante des identités multiples des travailleurs et travailleuses et plus largement des citoyens et citoyennes européens³³. ■

²⁷ M. Mercat-Bruns, *La discrimination intersectionnelle et sa critique: quel intérêt?*, DRT n° 5/2022, p. 289; R. Xenidis, "Intersectionality from Critique to Practice: Towards An Intersectional Discrimination Test in the Context of 'Neutral Dress Codes'", (2022) *European Equality Law Review*, 21.

²⁸ CJUE, 28 nov. 2023, n° C-148/22, *Commune d'Ans*, précité. Voir A. Djelassi, R. Mertens, S. Wattier, *Principe de neutralité dans les entreprises privées: la Cour de justice étouffe sa jurisprudence relative à l'interdiction des signes religieux*, RTDH 2022, n° 130, p. 383; S. Robin-Olivier, *Chronique Politique sociale de l'UE – Discriminations au travail*, RTD eur. 2022, p. 296.

²⁹ Voir déjà CJUE, gr. ch., 15 juill. 2021, aff. jtes, n° C-804/18 et C-341/19, *WABE*, , précité, pt 58.

³⁰ Sur le fondement de l'article 8, § 1 de la directive 2000/78/CE, 27 nov. 2000.

³¹ CJUE, gr. ch., 22 janv. 2019, n° C-193/17, *Cresco*, précité.

³² Voir l'article de M. Mercat-Bruns, page 49 de ce numéro.

³³ Voir E. Dubout, *L'Europe est-elle queer? Homosexualité et valeurs de l'Union européenne/Is Europe Queer? Homosexuality and EU's Values*, *European Papers Vol. 8, 2023, N° 3*, p. 1189.

Le principe de non-discrimination et l'affiliation à une organisation syndicale

Regards croisés France-Allemagne

Achim Seifert, Professeur de droit privé et de droit allemand et européen du travail ainsi que de droit comparé, Université de la Sarre, Sarrebruck

INTRODUCTION

Les directives de l'Union européenne relatives à la non-discrimination visent en premier lieu à lutter contre des discriminations à l'emploi et au travail. Qu'il s'agisse de l'accès à l'emploi et à tout type de formation professionnelle ou des conditions d'emploi et de travail dont notamment la rémunération, c'est avant tout la relation de travail que les règles de l'Union sur la non-discrimination ciblent. Cela s'explique notamment par le fait que le travail joue un rôle primordial pour les travailleurs. Pour ne citer que la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail : « L'emploi et le travail constituent des éléments essentiels pour garantir l'égalité des chances pour tous et contribuent dans une large mesure à la pleine participation des citoyens à la vie économique, culturelle et sociale, ainsi qu'à l'épanouissement personnel. »¹

Un sujet, très lié avec le principe de non-discrimination dans l'emploi et au travail mais laissé à la marge et très peu traité en doctrine, est celui de l'incidence des directives luttant contre la discrimination sur les organisations syndicales. Cette absence de doctrine est d'autant plus étonnante que les directives 2000/43/CE du 29 juin 2000, 2000/78/CE du 27 novembre 2000 et 2006/54/CE du 5 juillet 2006 ne s'appliquent pas seu-

lement à la relation de travail mais également « à toutes les personnes (...) en ce qui concerne l'affiliation à, et l'engagement dans, une organisation de travailleurs et d'employeurs, ou toutes les organisations dont les membres exercent une profession donnée, y compris les avantages procurés par ce type d'organisations »². Les directives produisent donc également des effets sur les rapports juridiques entre, d'une part, une organisation syndicale, et, d'autre part, ceux qui voudraient s'affilier ou qui se sont affiliés à celle-ci. Outre-Rhin, ces dispositions des directives européennes ont été transposées par le paragraphe 18 de la loi générale relative au traitement égal [*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (AGG)] sans que le législateur fédéral les ait étendues à d'autres critères de discrimination tels qu'énumérés par les directives³. La transposition des directives en droit français est allée plus loin en étendant le principe de non-discrimination lors de l'accès du travailleur à une organisation syndicale de son choix à d'autres critères que ceux prévus par les directives 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2006/54/CE⁴. En revanche, le Code du travail ne transpose pas le principe de non-discrimination lié à l'engagement dans une organisation syndicale comme il est prévu par les directives européennes. Jusqu'à présent, ces dispositions n'ont pas donné lieu à beaucoup de contentieux, des deux côtés du Rhin. ●●●

1. Voir Dir. 2000/78/CE, 27 nov. 2000, cons. 9.

2. Voir l'article 3, alinéa 1^{er}, point d) de la directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail; l'article 3, alinéa 1^{er}, point d) de la directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique; l'article 14, alinéa 1^{er}, point d) de la directive 2006/54/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte).

3. Force est donc de constater que le droit allemand montre une certaine réticence par rapport au droit de la non-discrimination et a souvent tendance à se limiter à une transposition stricte, voire restrictive du droit de l'UE. Pour un résumé du débat doctrinal et politique qui mena à l'adoption de l'AGG, voir par ex. Seifert, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Einführung*, in: Soergel, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 13^e édition (2023), vol. 9/1b: §§ 620–630b BGB, notes 1 et s. avec des références.

4. Voir l'article L. 2141-1 lu en combinaison avec l'article L. 1132-1 du Code du travail. Exemples: l'interdiction de toute discrimination en raison des mœurs du salarié, de sa situation de famille, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de ses opinions politiques et de ses activités syndicales ou mutualistes.

●●● Les rapports entre la liberté syndicale et le droit de la non-discrimination exigeraient une analyse approfondie qui ne peut être faite dans les quelques lignes qui suivent. Celles-ci ne peuvent fournir qu’un premier état des lieux d’un terrain juridique qui reste à explorer et n’ont vocation qu’à traiter de deux questions qui sont particulièrement intéressantes dans ce contexte. Dans un premier temps, les différentes fonctions et les effets que les directives en matière de non-discrimination produisent sur les organisations syndicales des salariés et les organisations d’employeurs doivent être brièvement examinés. Dans un deuxième temps nous analyserons, à travers la mise en œuvre d’actions positives par les organisations syndicales et leur licéité, un exemple concret de ce rapport entre liberté syndicale et droit de la non-discrimination.

1 LIBERTÉ SYNDICALE ET PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION

Les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE soulignent expressément qu’elles « ne porte[nt] pas atteinte à la liberté d’association, dont le droit de toute personne de fonder avec d’autres des syndicats et de s’y affilier pour la défense de ses intérêts »⁵. On ne peut cependant nier que la prohibition de toute discrimination fondée sur un des critères prohibés par les directives européennes sur la non-discrimination constitue une ingérence (certes justifiée) à l’autonomie des organisations syndicales et des organisations d’employeurs puisqu’elle limite leur liberté de décision sur les personnes qu’elles acceptent en tant que membres et sur leurs droits au sein de l’organisation concernée. Or, les directives produisent des effets différents sur les organisations syndicales des salariés et les organisations d’employeurs qu’il convient d’analyser dans les grandes lignes.

► Les organisations syndicales des salariés

Les organisations syndicales et la liberté syndicale, telles que reconnues à l’échelle nationale⁶ comme au niveau européen⁷ et international⁸, ont pour vocation « la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux des salariés »

(*C. trav.*, art. L. 2131-1), en particulier vis-à-vis de l’adversaire social, le patronat, notamment par la négociation collective. En revanche, la protection de groupes minoritaires au sein des syndicats n’a pas été au cœur de l’attention pendant longtemps. L’application du droit de la non-discrimination à l’affiliation et à l’engagement dans une organisation syndicale reflète donc une vue changée sur la liberté syndicale : le législateur européen s’est aperçu que les syndicats peuvent obtenir un pouvoir social considérable sur leurs adhérents ou sur certains groupes parmi eux, et qu’en conséquence une protection de l’individu syndiqué vis-à-vis de son organisation syndicale devient indispensable. C’est ainsi que les directives en matière de non-discrimination interdisent toute discrimination fondée sur un des critères, prohibés par elles, lors de l’accès à et de l’engagement dans une organisation syndicale.

L’interdiction de toute discrimination lors de l’accès à et de l’engagement dans une organisation syndicale n’est pas nouvelle et n’a pas été inventée par les directives 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2006/54/CE. On la trouve déjà à l’article 8, alinéa 1^{er} du Règlement n° 1612/68 du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l’intérieur de la Communauté – disposition qui a été presque littéralement reprise par l’article 8, alinéa 1^{er} du Règlement (UE) n° 492/2011 du 5 avril 2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l’intérieur de l’Union – selon lequel « le travailleur ressortissant d’un État membre occupé sur le territoire d’un autre État membre bénéficie de l’égalité de traitement en matière d’affiliation aux organisations syndicales et d’exercice des droits syndicaux, y compris le droit de vote ». L’entrée en vigueur de l’article 1^{er} du Règlement (CEE) n° 312/76 du 9 février 1976, y ajoute l’interdiction de toute discrimination à « l’accès aux postes d’administration ou de direction d’une organisation syndicale »⁹.

La prohibition de toute discrimination fondée sur les critères des directives 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2006/54/CE peut être un mécanisme important pour protéger la défense des intérêts de groupes particuliers de travailleurs et pour faire valoir les intérêts de minorités au sein des organisations syndicales. Pour reprendre le terme du sociologue et économiste américain

5. Voir *Dir. 2000/78/CE*, 27 nov. 2000, cons. 5 et *Dir. 2000/43/CE*, 29 juin 2000, cons. 4.

6. Pour la RFA, voir l’article 9, § 3 Grundgesetz [Loi Fondamentale] qui garantit au niveau constitutionnel la liberté des coalitions ; pour une vue d’ensemble de cette garantie constitutionnelle, voir notamment Linsenmaier in Gallner/Preis/Müller-Glöge (dir.), *Erfurter Kommentar des Arbeitsrechts*, 24^e édition (2024), Artikel 9 GG, § 15 et s. avec des références.

7. Pour ce qui est le droit du Conseil de l’Europe, voir l’article 11 CEDH ainsi que les articles 5 et 6 CSE. Pour le droit de l’UE, voir les articles 12 et 28 CEDF.

8. Cf. not., les conventions suivantes de l’OIT : n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical (1948), n° 98 sur le droit d’organisation et de négociation collective (1948) et n° 135 concernant les représentants des travailleurs (1971).

9. Règlement (CEE) n° 312/76, 9 févr. 1976, modifiant les dispositions relatives aux droits syndicaux des travailleurs figurant dans le règlement (CEE) n° 1612/68, 15 oct. 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l’intérieur de la Communauté, JOCEE n° L 039, 14 févr. 1976.

Albert Hirschman qui analysait avec *exit, voice and loyalty*¹⁰ trois types différents de réponse à un mécontentement d’individus à l’encontre d’une organisation à laquelle ils appartiennent : la voix (*voice*) de ces groupes à l’intérieur des syndicats, c’est-à-dire leur participation à la prise de décisions dans l’organisation, pourra être renforcée par l’application du principe de non-discrimination. Qu’il s’agisse de la défense des intérêts des travailleuses – on pense notamment au principe de rémunération égale pour un travail égal ou un travail à valeur égale (*TFUE, art. 157, § 1^{er}*) –, des travailleurs jeunes, des travailleurs immigrés ou des travailleurs handicapés : tous ces groupes ont des intérêts particuliers sur le marché du travail et tendent à être sous-représentés au sein des organes de leurs organisations syndicales. L’application du principe de non-discrimination à l’affiliation à et l’engagement dans une organisation syndicale pourra produire des effets positifs sur leur représentation dans la négociation collective puisqu’elle interdit toute discrimination fondée sur un des critères énumérés par la loi lors de la désignation des délégués syndicaux au niveau de l’entreprise. De surcroît, des actions positives en faveur de ces groupes¹¹, mises en place par des syndicats, peuvent promouvoir leur pleine égalité au sein des organisations syndicales : on pense aux quotas en faveur du sexe sous-représenté mais il existe aussi d’autres mécanismes visant à « assurer leur pleine égalité »¹². Assurer une représentation effective de ces groupes de salariés au sein des divers organes de l’organisation syndicale pourra donc augmenter la probabilité que les résultats de la négociation collective reflètent leurs intérêts particuliers. De cette manière, une représentation des femmes ou de salariés handicapés compléterait la négociation obligatoire relative à « l’égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, portant notamment sur les mesures visant à supprimer les écarts de rémunération, et la qualité de vie et des conditions de travail »¹³ ainsi que sur « la situation des salariés handicapés » (*C. trav., art. L. 2242-1, 4 c*).

L’extension du champ d’application des directives 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2006/54/CE sur les organisations syndicales crée une ten-

sion avec l’autonomie des organisations syndicales à décider des personnes pouvant s’y affilier. Celles-ci posent des limites à l’exercice du droit fondamental à la liberté syndicale, garanti au niveau national aussi bien qu’au niveau du droit de l’Union européenne¹⁴. En revanche, elles promeuvent la défense des intérêts des travailleurs qui appartiennent à un des groupes protégés par les directives en leur garantissant l’accès à et l’engagement dans un syndicat sans discrimination fondée sur un des critères des directives. Le principe de non-discrimination à l’affiliation à un syndicat s’avère donc être un mécanisme juridique assurant la liberté du travailleur à défendre ses intérêts par voie de syndicalisation, c’est-à-dire par l’action collective, plus efficace. Le principe de non-discrimination peut donc être conçu comme complément de la liberté syndicale des travailleurs.

► Les organisations d’employeurs

La prohibition de toute discrimination, prévue par les directives sur la non-discrimination, s’applique également à l’affiliation aux organisations d’employeurs. Le principe de non-discrimination doit être respecté par les organisations des deux côtés du marché du travail. De prime abord, cette extension du principe de non-discrimination aux organisations d’employeurs paraît tout à fait cohérente, notamment pour des raisons de symétrie : une différenciation entre les organisations syndicales des salariés et les organisations d’employeurs exige toujours une justification. Et effectivement, il n’est pas acceptable qu’une organisation d’employeurs discrimine, par exemple, un représentant d’une de ses entreprises membres en raison de l’âge, en prévoyant une limite d’âge injustifiée pour certaines fonctions comme la présidence de l’organisation. Le litige au principal résolu par l’arrêt de la Cour de justice du 2 juin 2022¹⁵ dans l’affaire *Ligebehandlingsnaevnet c. HK Danmark* concernait un tel cas de discrimination fondée sur l’âge.

L’application du principe de non-discrimination aux organisations d’employeurs revêt pourtant un caractère différent que celle aux organi- ●●●

10. A. Hirschman, *Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organisations and States*, 1970.

11. Voir le paragraphe intitulé « L’exemple des actions positives », page 16 de ce numéro.

12. Pour plus d’exemples, voir le paragraphe intitulé « Types », page 17 de ce numéro.

13. *C. trav. art. L. 2242-1 lu en combinaison avec C. trav., art. L. 2242-17 et s.*

14. Pour le droit de l’UE, cf. notamment l’article 12 et l’article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l’UE. Pour ce caractère limitatif de l’article 3, al. 1^{er}, point f) de la directive 2000/78/CE à l’égard de la liberté syndicale, voir notamment, CJUE, 2 juin 2022, n° C-587/20, *Ligebehandlingsnaevnet, agissant pour A c. HK/Danmark, HK/Privat*, pt. 44.

15. CJUE, 2 juin 2022, n° C-587/20, précité. Or, la CJUE a reconnu que l’élection d’une présidente d’un syndicat remplit non seulement les critères de l’article 3, alinéa 1^{er}, point d) de la directive 2000/78/CE (« affiliation à et engagement dans une organisation syndicale ») mais aussi ceux de l’article 3, alinéa 1^{er}, point a) de ladite directive (« conditions d’accès à l’emploi »). Par voie de conséquence, les fonctionnaires élus d’une organisation d’employeurs rentreront dans le champ d’application de la directive 2000/78/CE déjà en vertu de son article 3, alinéa 1^{er}, point a), de sorte que le recours à l’article 3, alinéa 1^{er}, point d) de ladite directive ne soit pas nécessaire dans la plupart des cas pour justifier l’application des règles de la directive au rapport juridique entre le fonctionnaire et l’organisation d’employeurs.

●●● sations syndicales. Dans la plupart des cas, s’affilient à une organisation d’employeurs des personnes morales (sociétés anonymes, sociétés à responsabilité limitée, sociétés en nom collectif ou sociétés de commandite, etc.) tandis que le droit de la non-discrimination des directives 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2006/54/CE ne protège que les personnes physiques ; le salarié, en effet, est nécessairement une personne physique. La situation lors de l’affiliation à un groupement d’employeurs diffère donc considérablement de celle à une organisation syndicale puisque ce seront en majorité des personnes morales qui bénéficieront de la protection contre toute discrimination fondée sur un des critères, énumérés par les directives, en adhérant à une organisation d’employeurs. Certes, il peut y avoir des cas où une entreprise, affiliée à une organisation d’employeurs, est discriminée à cause de la nationalité ou de l’origine ethnique de son propriétaire ou de ses associés mais ce sont plutôt des cas d’exception. Pour les organisations d’employeurs, l’importance des directives en matière de non-discrimination se concentre sur l’accès non discriminatoire des représentants des entreprises membres à des comités, des commissions ou à d’autres organes du groupement. Les critères de différenciation, prohibés par les directives en matière de non-discrimination, protègent donc surtout les représentants des entreprises affiliées, exerçant un mandat dans un des organes de l’organisation d’employeurs. Ces représentants des entreprises membres rentrent, quant à eux, souvent dans le champ d’application des directives en matière de non-discrimination. Cela est illustré par l’arrêt susmentionné de la CJUE du 2 juin 2022¹⁶ selon lequel la présidente élue d’une organisation syndicale relève du champ d’application de la directive 2000/78/CE.

De surcroît, il est également envisageable pour les organisations d’employeurs d’instaurer des quotas en faveur du sexe sous-représenté ou en faveur d’autres groupes (personnes âgées, handicapées, etc.). De telles mesures pourront bien évidemment améliorer la représentation de minorités au sein de l’organisation et avoir une incidence sur l’influence des femmes concernant la politique de négociation collective des organisations d’employeurs, pour ne prendre que cet exemple¹⁷.

2 L’EXEMPLE DES ACTIONS POSITIVES

Il convient de donner une illustration pour concrétiser l’incidence des directives 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2006/54/CE sur le droit des organisations syndicales. Comme des discriminations, fondées sur les critères prohibés par les directives, lors de l’affiliation à et l’engagement dans une organisation syndicale n’ont pas donné lieu à des contentieux ni en France ni en Allemagne, nous prenons ici l’exemple des actions positives mises en place par nombre d’organisations syndicales. Il s’agit de « mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur d’un groupe sous-représenté » afin d’assurer la pleine égalité des membres de ce groupe au sein de l’organisation syndicale¹⁸. Après la description de quelques exemples d’action positives que les syndicats ont mises en place au cours des dernières années, on analysera leur licéité, mais également leurs limites.

► Types

L’exemple typique d’actions positives dans les syndicats sont les quotas en faveur du sexe sous-représenté lors de l’accès à des fonctions syndicales, tels qu’ils sont prévus aux statuts de plusieurs syndicats allemands et français. Quelques exemples significatifs suffiront ici. Ainsi, la CFDT avait instauré en 1982 une mixité proportionnelle au pourcentage d’adhérentes pour les instances exécutives nationales de la Confédération¹⁹. En 1999, la CGT établissait même la parité entre les sexes comme règle de composition pour ses instances nationales²⁰. On peut observer la même tendance dans les organisations syndicales, regroupées au sein de la Confédération Allemande des Syndicats [*Deutscher Gewerkschaftsbund* (DGB)] : le syndicat de la métallurgie, la *Industriegewerkschaft Metall* (IG Metall), par exemple, impose dans ses statuts que les femmes doivent être représentées dans les organes syndicaux au moins proportionnellement au pourcentage d’adhérentes²¹. Une règle similaire existe dans les statuts du syndicat des services, la *Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft* (ver.di)²², et de la plupart des autres syndicats allemands. Il s’agit d’un type d’action positive à laquelle les organisations syndicales ont largement recours.

16. CJUE, 2 juin 2022, n° C-587/20, précité.

17. On reviendra sur les actions positives dans le paragraphe intitulé « Licéité », page 17 de ce numéro.

18. Voir l’article 7 de la directive 2000/78/CE ; l’article 5 de la directive 2000/43/CE ; l’article 3 de la directive 2006/54/CE.

19. Voir M. Lescurieux, *La représentation syndicale des femmes, de l’adhésion à la prise de responsabilité : une inclusion socialement sélective* in *Revue de l’IRES* n° 98 2019/2, p. 59 (60 et s.).

20. M. Lescurieux, précité, *Revue de l’IRES* n° 98 2019/2, p. 59 (61).

21. Cf. § 13 *Satzung der Industriegewerkschaft Metall*, téléchargeable sur : https://www.igmetall.de/download/20231222_IGM_Satzung_2024_232da4272e6e85e92c762acbcd45acb4569dafd.pdf.

22. § 20, al. 3 *Satzung der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di)*, téléchargeable sur : https://www.verdi.de/++file++5e18559be5d86dc42e06bef/download/2019_Satzung_Stand%20September.pdf.

Mais les actions positives, que l’on peut trouver dans les organisations syndicales, ne sont pas limitées à la promotion du sexe sous-représenté. Ainsi, les statuts de ver.di prévoient que les jeunes doivent être représentés dans tous les organes du syndicat en proportion du pourcentage de tous les membres²³. De la même manière, les statuts de ce syndicat confèrent aux comités de migration [*Migrationsausschuss*], qui doivent se réunir avant le Congrès fédéral de ver.di, afin de mieux représenter les intérêts particuliers de ce groupe²⁴. En outre, il serait envisageable de donner à un représentant des membres retraités ou des membres handicapés des droits similaires ou d’instaurer un quota pour ces groupes lors de l’accès à des mandats dans l’organisation.

Des actions positives comme celles évoquées peuvent contribuer à surmonter la sous-représentation de certains groupes spécifiques de membres au sein des organes du syndicat. Qu’il s’agisse de la représentation des femmes, des jeunes travailleurs, des travailleurs handicapés ou des travailleurs immigrés : ces groupes sont souvent sous-représentés au sein des assemblées, des commissions ou des comités de leur syndicat. Leur donner une voix (plus forte) dans les structures organisationnelles de leur syndicat peut notamment avoir pour conséquence une prise en compte plus efficace de leurs intérêts dans le cadre de la négociation collective. Une représentation adéquate du sexe sous-représenté dans des commissions chargées de négocier des conventions collectives ou des *Tarifkommissionen* peut augmenter la sensibilité aux questions d’égalité de rémunération. De même, une représentation obligatoire des travailleurs handicapés peut faciliter, par exemple, les aménagements raisonnables pour les personnes handicapées par voie conventionnelle.

► Licéité

En règle générale, le droit de l’Union européenne autorise les États membres à mettre en place des actions positives dans leur droit national sans leur imposer une obligation de mettre en œuvre des mesures spécifiques en faveur de groupes particuliers de travailleurs. En matière d’égalité entre femmes et hommes, l’article 157, § 4 TFUE ainsi que l’article 23, § 2 de la Charte des droits fondamentaux permettent explici-

tement « l’adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté ». Il est reconnu que la clause de compétence de l’article 19, § 2 TFUE permet également l’adoption d’actions positives pour d’autres groupes, comme les personnes handicapées ou les personnes âgées ou les jeunes²⁵.

En principe, il relève donc du « pouvoir discrétionnaire » des États membres de mettre en place des actions positives. Une exception récente de cette règle est la directive (UE) 2022/2381 du 23 novembre 2022 relative à un meilleur équilibre entre les femmes et les hommes parmi les administrateurs des sociétés cotées et à des mesures connexes qui oblige les États membres à assurer que les membres du sexe sous-représenté occupent au moins 40 % des postes d’administrateurs non-exécutif ou 33 % de tous les postes d’administrateurs, tant exécutifs que non exécutifs dans les sociétés cotées. Cette directive a évidemment une incidence sur la composition du « banc des salariés » au sein des conseils d’administration ou des conseils de surveillance des sociétés cotées auxquelles s’applique un régime de participation des travailleurs, tel que la loi allemande de 1976 relative à la codétermination [*Mitbestimmungsgesetz*]²⁶ ou les articles L. 225-27 et suivants du Code de commerce français²⁷.

Cependant, comme ni le droit allemand ni le droit français n’imposent aux syndicats l’obligation de mettre en œuvre des actions positives, il relève de l’autonomie des organisations syndicales d’établir, par exemple, des quotas pour la composition des organes, commissions ou comités de l’organisation syndicale ou d’autres mesures spécifiques en faveur de groupes de membres particuliers. À cet égard, il y a un écart entre le droit des organisations syndicales et celui des autres institutions représentatives des travailleurs. Ainsi, l’article L. 2314-30 du Code du travail français dispose, en matière d’élections professionnelles, que pour chaque collège électoral, les listes présentées qui comportent plusieurs candidats soient composées d’un nombre de femmes et d’hommes correspondant à la part de femmes et hommes inscrits sur la liste électorale. S’agissant du conseil d’établissement [*Betriebsrat*] en Allemagne, § 15, alinéa 2 de la loi portant constitution de l’établissement [*Betriebsverfassungsgesetz*], adopté ●●●

23. Cf. § 20, al. 4 *Satzung ver.di*.

24. § 67 *Satzung ver.di*.

25. Voir par ex., A. Epinay, *Art. 19 AEUV, note 5 avec des réf. in Cbr. Callies et M. Ruffert, EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtscharta – Kommentar*, 6^e édition (2022).

26. § 96, alinéa 2 de la loi relative aux sociétés anonymes [*Aktiengesetz*] dans la version de la loi du 24 avril 2015 prévoit déjà depuis presque une décennie que le conseil de surveillance des sociétés cotées auxquelles un des régimes légaux de la participation des travailleurs (p. ex. la *MitbestG*) s’applique devra être composé de 30 % de femmes et de 30 % d’hommes minimum.

27. La directive a été transposée en droit français par l’ordonnance n° 2024-934 du 15 octobre 2024 portant transposition de la directive (UE) 2022/2381, etc., *JO*, 16 oct. 2024.

●●● par la loi de réforme de 2001, prévoit que le sexe minoritaire dans l’établissement devra être représenté au sein du conseil d’établissement au moins à hauteur du pourcentage de travailleurs de ce sexe dans l’établissement.

Les dispositions des directives sur les actions positives, mais aussi les dispositions du droit primaire susmentionnées, à savoir l’article 23, § 2 de la Charte et l’article 157, § 4 TFUE en matière d’égalité entre femmes et hommes, montrent que des actions positives, établies au niveau des organisations syndicales, sont en principe licites. La question est donc de savoir quelles sont précisément leurs limites.

Une condition formelle est l’exigence d’une autorisation dans les statuts de l’organisation syndicale en cause²⁸. Une simple résolution prise par son assemblée générale ou par son bureau national ne suffirait pas, puisqu’un quota pour la composition de l’assemblée générale ou d’autres comités syndicaux restreint le principe de l’égalité des voix qui s’applique également aux associations sans but lucratif, comme le sont les organisations syndicales. Il s’agit donc d’une question à prévoir impérativement dans les statuts de l’organisation.

S’agissant des conditions de fond, la jurisprudence de la Cour de justice dans les affaires Kalanke²⁹, Marschall³⁰, Baader³¹ et Abrahamsson³² soumet notamment au respect du principe de proportionnalité des quotas en faveur du sexe sous-représenté lors de l’accès à l’emploi. Selon, l’arrêt Kalanke, affaire dans laquelle cet argument a été évoqué la première fois, les quotas en faveur du sexe sous-représenté dérogent à un droit individuel, à savoir le droit du salarié de ne pas être discriminé en raison de son sexe, et les dispositions de la directive sur les actions positives doivent donc être interprétées de manière stricte³³. C’est ainsi que la CJUE opère un contrôle de proportionnalité à l’égard d’actions positives pour assurer que celles-ci « ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché et que soient conciliés, dans toute la mesure possible, le principe d’égalité de traitement et les exigences du but ainsi poursuivi »³⁴.

Cette jurisprudence constante de la CJUE ne vise que les actions positives relatives à l’accès à l’emploi ; l’affiliation à et l’engagement dans une organisation syndicale ne sont pas traités par

les arrêts susmentionnés de la Cour de justice. Or, l’idée que toute action positive, fondée sur l’un des critères énumérés par les directives européennes, déroge au principe de non-discrimination, et qu’une règle qui permet un tel traitement préférentiel constitue une exception à l’obligation de traitement égal, entraînant une interprétation restrictive de l’action positive, s’applique également aux actions positives syndicales. Par exemple, les quotas en faveur d’un groupe sous-représenté dans l’organisation syndicale limitent le principe d’égalité devant le suffrage exigeant la valeur égale des votes des membres d’une association. Ce principe s’applique également pour la prise de décision d’organes d’associations³⁵. Des quotas pour la composition des organes d’un syndicat qui favorisent un groupe de membres sous-représenté augmentent le poids des membres qui bénéficient de cette mesure spécifique. Certes, le droit des associations permet aux associations de limiter ce principe dans leurs statuts³⁶ : il relève de la liberté contractuelle des associés de sorte que ceux-ci peuvent prévoir des dérogations à ce principe ; *volentibus non fit iniuria*. Le droit des associations n’est cependant qu’un côté de la médaille. Comme des quotas limitent le poids des votes des syndiqués, qui ne bénéficient pas de l’action positive en cause, et restreignent, par voie de conséquence, leur influence au sein de l’organisation, le pouvoir des syndicats à mettre en place des actions positives doit être concilié avec la liberté syndicale individuelle des syndiqués non-favorisés. Ceux-ci ne peuvent éviter les effets d’une action positive qu’en se retirant de leur syndicat et en s’affiliant à un syndicat concurrent. Or, le droit de se retirer reste lettre morte si le syndicat auquel ils sont affiliés dispose d’une position forte dans le ou les secteurs économiques qu’il organise, ce qui est souvent le cas.

Il faut donc concilier de telles actions positives avec la liberté syndicale, à la lumière du principe de proportionnalité. Ainsi, des quotas syndicaux en faveur d’un groupe sous-représenté doivent être appropriés et nécessaires pour atteindre le but recherché, à savoir une meilleure représentation du groupe en cause dans les organes du syndicat. La restriction du principe d’égalité devant le suffrage, résultant d’un quota en faveur d’un groupe sous-représenté, peut être justifiée jusqu’à ce que l’action positive assure une représentation de ce groupe au

28. Dans ce sens voir par ex., Moritz Lemmert von der Ebe, *Frauenquoten in Gewerkschaften*, Berlin 2013, p. 29 à 31.

29. CJCE, 17 oct. 1995, aff. C-450/93, Eckhard Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen.

30. CJCE, 11 nov. 1997, aff. C-409/95, Helmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen.

31. CJCE, 28 mars 2000, aff. C-158/97, Georg Badeck e.a..

32. CJCE, 6 juill. 2000, aff. C-407/98, Katarina Abrahamsson et Leif Anderson c. Elisabet Fogelqvist.

33. CJCE, 17 oct. 1995, aff. C-450/93, Eckhard Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen, précité, § 21.

34. CJUE, 22 janv. 2019, n° C-193/17, Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi, § 65.

35. Pour une analyse plus approfondie du principe de l’égalité en droit allemand des associations voir notamment, M. Schöpflin, “Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Vereinsrecht” in *Zeitschrift für Stiftungs- und Vereinswesen (ZStV)* 2014, p. 166 et s. avec des références.

36. Pour le droit allemand, voir p. ex., Schöpflin, *ZStV* 2014, p. 166 et s.

sein des organes du syndicat qui reflète le pourcentage que le groupe possède dans l’ensemble des personnes affiliées à cette organisation. De cette manière, les actions positives peuvent neutraliser ou au moins affaiblir la sous-représentation de certains groupes comme les femmes, les travailleurs jeunes ou les personnes handicapées lors de la prise de décision de leur organisation syndicale et rendre plus efficace la défense de leurs intérêts particuliers. En revanche, des quotas ne peuvent aller au-delà de la proportion de la part que le groupe sous-représenté favorisé représente dans l’ensemble des membres de l’organisation syndicale.

Cette ligne correspond parfaitement à la jurisprudence des deux côtés du Rhin concernant les dispositions légales qui ont instauré une telle obligation de représentation minimale pour le sexe sous-représenté sur les listes pour les élections professionnelles. Ainsi, la chambre sociale considère, dans un arrêt du 13 février 2019³⁷, que l’obligation faite aux organisations syndicales de présenter aux élections professionnelles des listes paritaires correspondant à la part de femmes et d’hommes inscrits sur la liste électorale ne constitue pas une atteinte disproportionnée au principe de la liberté syndicale, tel que reconnu par les conventions n° 87, n° 98 et n° 135 de l’OIT et l’article 11 de la Convention européenne des droits de l’Homme : une telle action positive constituerait « une nécessaire et équilibrée conciliation avec le droit fondamental à l’égalité entre les sexes ». Dans la même lignée, la Cour fédérale du travail considère que le paragraphe 15, alinéa 2 BetrVG, disposition déjà mentionnée prévoyant que le sexe minoritaire dans l’établissement devra être représenté au sein du conseil d’établissement au moins à proportion de la part qu’il détient dans le collège électoral, est en conformité avec le principe constitutionnel d’égalité devant le suffrage puisque l’obligation constitutionnelle de l’État de promouvoir l’égalité de fait entre femmes et hommes justifie une telle restriction de l’égalité devant le suffrage pour les élections au conseil d’établissement³⁸.

CONCLUSION

Il est surprenant que l’application des directives 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2006/54/CE à l’affiliation à, et à l’engagement dans une organisation de travailleurs et d’employeurs soit restée à la marge des analyses doctrinales alors que ces règles du droit de l’Union européenne

peuvent rendre plus efficace l’exercice de la liberté syndicale des travailleurs dont la protection est visée par les directives européennes en matière de non-discrimination. En garantissant l’accès à et l’engagement dans une organisation syndicale sans discriminations, le droit de la non-discrimination assure que les personnes bénéficiant de sa protection puissent défendre leurs « intérêts matériels et moraux » particuliers de manière plus efficace. Celui-là devient donc un moyen de renforcer la position de certains groupes minoritaires au sein des organisations syndicales. À cet égard, le droit français est allé plus loin lorsqu’il étend le principe de non-discrimination lors de l’accès du travailleur à une organisation syndicale de son choix à d’autres critères que ceux prévus par les directives 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2006/54/CE³⁹. En revanche, le Code du travail n’étend pas le principe de non-discrimination à l’engagement dans une organisation syndicale, pourtant prévu par les directives européennes.

Pour les organisations d’employeurs, la situation s’avère cependant différente puisque dans leur cas, l’applicabilité du principe de non-discrimination a pour effet que des personnes morales bénéficient de l’interdiction de toute discrimination fondée sur un des critères bannis. À leur égard, les directives européennes assurent donc surtout l’accès non discriminatoire des représentants des entreprises membres à des comités, des commissions ou à d’autres organes d’une organisation d’employeurs.

Compte tenu du fait que l’applicabilité du principe de non-discrimination à l’accès à et l’engagement dans une organisation syndicale n’a pas donné lieu à beaucoup de contentieux, l’article s’est concentré sur les actions positives qui ont été mises en place par nombre d’organisations syndicales aussi bien en France qu’en Allemagne. Il a été montré que ces actions positives en faveur de groupes de salariés syndiqués sous-représentés au sein des syndicats (femmes, jeunes travailleurs, etc.) peuvent être un mécanisme approprié pour promouvoir leurs intérêts spécifiques lors de la prise des décisions dans les organes de leur syndicat. Elles peuvent également être un levier pour renforcer notamment la prise en compte de leurs intérêts lors de la négociation collective avec le patronat.

L’application des directives en matière de non-discrimination sur les organisations syndicales reste donc toujours un champ à explorer... ■

37. Cf. Cass. soc., 13 févr. 2019, n° 18-17.042 FS-P+B+R+I.

38. Voir BAG, décision du 16 mars 2005 n° 7 ABR 40/04 in NZA 2005, p. 1252 et s. En revanche la Cour régionale du travail [Landesarbeitsgericht (LAG)] de Cologne, dans une décision du 13 octobre 2003 (n° 2 TaBV 1/03 in Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungsreport (NZ-RR) 2004, p. 247 et s.) considérait que § 15, alinéa 2 BetrVG porterait atteinte au principe constitutionnel d’égalité devant le suffrage et saisissait la Cour fédérale constitutionnelle [Bundesverfassungsgericht (BVerfG) : il paraît cependant que la BVerfG n’avait pas à décider sur ce renvoi [konkrete Normenkontrolle].

39. Voir l’article L. 2141-1 lu en combinaison avec l’article L. 1132-1 du Code du travail.

La discrimination des travailleuses et travailleurs âgés

Droit de l'UE et droit suisse

Kurt Pärli¹, Professeur en droit privé social à l'Université de Bâle

1 INTRODUCTION

► Diffusion et manifestations de la discrimination fondée sur l'âge

Bien qu'en Suisse le taux d'emploi des personnes âgées soit relativement élevé², les travailleurs âgés restent défavorisés en raison de leur âge. Régulièrement, les médias font état des destins des travailleurs âgés qui ont perdu leurs emplois en raison de leur âge et qui, malgré des efforts intensifs, n'ont plus ou presque plus de chances de réintégrer le marché du travail. Ces rapports des médias sont confirmés par des études et des avis officiels. La situation est particulièrement problématique pour ces travailleurs car la recherche d'emploi des chômeurs de plus de 50 ans dure nettement plus longtemps que la moyenne suisse et le risque de chômage de longue durée et de fin de droits augmente à partir de 55 ans³. Des enquêtes en Suisse et à l'étranger montrent que la peur de perdre son emploi à un âge avancé est l'une des principales préoccupations de la population⁴.

Pour expliquer la discrimination des travailleurs âgés, on évoque régulièrement la mondialisation du marché du travail qui facilite le remplacement des travailleurs âgés par des jeunes moins chers, souvent étrangers⁵. Les cotisations de la prévoyance professionnelle pour les travailleurs âgés étant plus élevées, elles constituent un obstacle supplémentaire à l'embauche de cette catégorie de travailleurs⁶. La proportion élevée d'emplois à temps partiel à un âge avancé est également soulignée, ce qui entraîne une baisse des

cotisations aux assurances sociales ainsi qu'une baisse des prestations de vieillesse⁷. Une autre raison expliquant la défavorisation des travailleurs âgés est la diffusion des stéréotypes négatifs liés à l'âge. Il s'agit notamment de préjugés sur la diminution de l'efficacité et l'engagement au travail et, en particulier, de suppositions sur l'incapacité à suivre le rythme des changements technologiques.

► Terminologie, problématique et démarche

Quand on parle de « discrimination et d'interdiction de la discrimination dans la vie professionnelle en raison de l'âge », il convient toujours de préciser si l'on entend par là « uniquement » la discrimination des travailleurs âgés ou, de manière générale, l'interdiction de lier des inégalités de traitement au critère de l'âge. La réponse est différente selon la source légale. L'*American Age Discrimination in Employment Act (ADEA)* ne s'applique expressément qu'aux travailleurs âgés de 40 ans ou plus⁸. La situation juridique est différente dans la législation de l'Union européenne (UE) en matière de lutte contre la discrimination. La directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 interdit, entre autres, la discrimination dans le domaine du travail et de l'emploi fondée sur l'âge. Selon cette directive, toute référence à l'âge entraînant une différence de traitement défavorable est discriminatoire, dans la mesure où cette différence de traitement n'est pas justifiée.

De même, l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge prévue à l'article 8, alinéa 2 de la Constitution fédérale de la Suisse (Cst.) ne protège pas uniquement les personnes âgées,

1. L'auteur remercie Malika Zürcher, étudiante en droit, pour son aide précieuse dans ce projet.

2. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *Alterung und Beschäftigungspolitik, bessere Arbeit im Alter*, Berne 2014.

3. Wirz/Bauer/Portenier, p. 30, 35; Baumann, p. 20-22.

4. Une étude menée par la société de conseil Tamandua et la Zbw montre que trois travailleurs âgés sur quatre s'attendent à être discriminés en raison de leur âge lorsqu'ils changent d'emploi.

5. Weder, Rolf, *Bedroht die Globalisierung die Niedrigqualifizierten in der Schweiz. Die Volkswirtschaft*, 1^{er} juin 2010; voir aussi *Humanrights.ch* (n.d.p. 3).

6. Hevenstone/Neuenschwander, p. 64 ss., voir: <https://soziale-sicherheit-chss.ch/de/bvg-altersunabbaengige-beitragssatze-gegen-altersdiskriminierung/>.

7. Enquête suisse sur la population active 2017.

8. Section 631 (a) *Age Discrimination in Employment Act (ADEA)* of 1967, Pub. L. No. 90-202 Code, sur l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge aux États-Unis, voir Gilian, p. 397-417.

mais interdit toute différence de traitement discriminatoire fondée sur l'âge⁹. L'interdiction constitutionnelle de la discrimination s'applique directement aux relations d'emploi de droit public car les employeurs de droit public sont liés aux droits fondamentaux¹⁰. Toutefois, pour les relations d'emploi de droit privé, l'interdiction constitutionnelle de discrimination fondée sur l'âge ne s'applique que par le biais d'un effet tiers indirect¹¹. En droit du travail privé, c'est plutôt la liberté de contracter, basée sur l'autonomie privée des articles 19/20 du Code des obligations (CO) et l'article 27 de la Cst., qui est pertinente¹².

Contrairement au domaine de la discrimination fondée sur le sexe et à la situation juridique au niveau de l'UE, en Suisse, il n'existe aucune interdiction légale explicite de la discrimination fondée sur l'âge. L'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi et de travail, ancrée dans le droit primaire de l'UE et inscrite dans le droit secondaire avec la directive 2000/78/CE déjà mentionnée, n'est guère connue en Suisse. Il convient donc de présenter de manière concise les dispositions correspondantes et la riche jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) sur ce thème. L'analyse de la situation juridique suisse qui s'ensuit permet d'en constater les différences et les points communs.

► Principes de base concernant le motif de discrimination « âge »

De nombreux traités internationaux relatifs aux droits de l'homme imposent aux États une obligation d'instaurer une protection efficace, au niveau national, contre des inégalités de traitement fondées sur des caractéristiques personnelles (le sexe, l'origine, la couleur de peau...) dans tous les domaines de la vie, et notamment dans le monde du travail¹³.

Si le motif de discrimination « âge » n'est expressément mentionné dans aucun traité international, la pratique des organes de l'ONU et de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) indique clairement que la discrimination fondée sur des stéréotypes liés à l'âge constitue également une discrimination interdite¹⁴. Les

tribunaux et les organes de contrôle des traités relatifs aux droits de l'homme peuvent s'appuyer sur les catalogues non exhaustifs des motifs de discrimination qui interdisent régulièrement la discrimination fondée sur « d'autres motifs ». Bien que l'âge ne soit pas encore une caractéristique explicitement mentionnée dans les catalogues internationaux de critères de discrimination, les signes que l'« âge » fait partie des motifs de discrimination interdits dans la protection des droits de l'homme en droit international se multiplient¹⁵.

La doctrine et la jurisprudence accordent moins d'importance au motif de discrimination « âge » par rapport à d'autres motifs de discrimination. L'« âge » est un élément de discrimination atypique qui ne se rattache pas à un groupe historiquement défavorisé ou politiquement exclu. Une inégalité de traitement fondée sur l'âge, contrairement à une inégalité de traitement fondée sur le sexe, ne nécessite pas un examen aussi rigoureux¹⁶. Malgré des réglementations généralement plus strictes en matière de discrimination fondée sur l'âge, le droit européen présente également des différences par rapport à la discrimination fondée sur d'autres motifs, notamment le sexe ou l'origine ethnique. Les directives de l'UE admettent plus de causes de justification pour la discrimination fondée sur l'âge que pour les autres motifs de discrimination mentionnés¹⁷.

2 L'INTERDICTION DE LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR L'ÂGE EN MATIÈRE DE TRAVAIL ET D'EMPLOI DANS LE DROIT DE L'UE

► Droit primaire

La CJUE a créé de l'agitation avec sa décision Mangold en 2005. Dans cet arrêt, la Cour a reconnu l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge comme un principe juridique non écrit qui s'applique également aux relations de travail de droit privé.

L'affaire initiale concernait une disposition du droit du travail allemand qui prévoyait des contrats de travail à durée indéterminée ●●●

9. Waldmann (*Gleichheitsdilemma*), p. 201.

10. Ursprung/Riedi, p. 308.

11. Pürli (*Altersdiskriminierung*), p. 3.

12. Pulver, p. 318.

13. Pürli (*Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen*), p. 37 et ss.

14. Voir par exemple : Human Rights Committee (HRC), *Communication No. 855/1999, Schmitz de Jong vs. Netherlands*; HRC, *Communication No. 983/2001, Love et al. vs. Australia*; La Cour EDH, 22 oct. 1981, Nr. 7525/76, *Dudgeon vs. United Kingdom*, point 67-70, sur d'autres affaires de discrimination fondée sur l'âge de la Cour EDH voir *Schmabl (Rechtssprechung)*, p. 60 et ss.

15. En 2010, l'Assemblée générale des Nations unies a créé un groupe de travail pour renforcer les droits humains des personnes âgées (*Open Ended Working Group on Ageing, OEWG-A*).

16. Voir sur l'ensemble, entre autres, ATF 138 I 265 cons. 4.3; Waldmann (*Gleichheitssatz*), p. 327, 733; Grisel, p. 78 et s.; Martenet, ch. 898.

17. Fredman, p. 21 et ss.

●●● pour les travailleurs âgés de plus de 52 ans. La CJUE a jugé que l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge, inscrite dans le droit secondaire de la directive 2000/78/CE, ne constituait que la concrétisation de l'obligation d'égalité de traitement inscrite dans le droit primaire¹⁸.

Depuis le traité de Lisbonne, l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge est désormais explicitement mentionnée à l'article 21, paragraphe 1 de la Charte des droits fondamentaux¹⁹. La relation entre le principe juridique et la Charte des droits fondamentaux a été concrétisée dans de nombreuses autres décisions²⁰.

L'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge en droit primaire est complétée et concrétisée par la clause de compétence relative à l'adoption de mesures appropriées contre la discrimination figurant à l'article 19 du traité sur le fonctionnement de l'Union (TFUE)²¹.

► La directive 2000/78/CE

La directive-cadre 2000/78/CE relative à la lutte contre la discrimination fondée sur l'âge, le handicap, la religion/les convictions et l'orientation sexuelle dans le domaine de l'emploi et du travail, adoptée sur la base de l'article 19 du TFUE, oblige les États membres d'assurer une protection complète contre la discrimination directe et indirecte tout au long du cycle de vie d'une relation de travail²².

Possibilités de justification

La directive-cadre accorde des possibilités de justification pour les différences de traitement fondées sur l'âge à plusieurs niveaux. Une partie (*art. 2 et 4*) des motifs de justification peut être invoquée pour tous les motifs de discrimination mentionnés dans la directive.

Selon l'article 2, paragraphe 2, lit. b de la directive 2000/78/CE, la discrimination indirecte (y compris celle fondée sur l'âge) peut être justifiée lorsque la mesure poursuit un objectif légitime et que les moyens utilisés à cette fin sont proportionnés²³. L'article 2, paragraphe 5 de la directive 2000/78/CE mentionne la sécurité et l'ordre public, la protection de la santé et les droits des tiers comme d'autres possibilités de justification. En outre, l'article 4 permet aux

États membres de prévoir qu'une différence de traitement fondée directement sur l'âge ne constitue pas une discrimination lorsque l'âge constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante. La condition est que la différence de traitement poursuive un objectif légitime et qu'il s'agisse d'une exigence raisonnable. Entrent en ligne de compte les limites d'âge minimales et maximales pour les professions particulièrement sensibles du point de vue de la sécurité et de la technique de sécurité, comme les pilotes ou les chauffeurs professionnels.

Les limites d'âge fondées sur les préférences des clients sont beaucoup plus délicates. Une entreprise orientée vers une clientèle jeune peut-elle refuser des candidats plus âgés parce que la clientèle préfère être servie par des employés plus jeunes? Dans l'affaire *Feryn*, l'employeur a justifié son refus d'embaucher des monteurs marocains en invoquant les préférences de la clientèle. La CJUE a rejeté cette justification et a déclaré que les déclarations publiques de l'employeur à cet égard constituaient une discrimination fondée sur l'origine ethnique²⁴. Dans ses conclusions sur l'affaire *Feryn*, l'avocat général Maduro souligne que si, en effet, l'exigence de discrimination est issue des demandes des marchés, puisqu'imposée par les clients des marchés auxquels les entreprises s'adressent, cet argument illustre précisément la nécessité d'une intervention réglementaire, les marchés n'étant pas des remèdes contre la discrimination²⁵.

Il n'est pas certain que cette jurisprudence s'applique également aux cas de discrimination fondée sur l'âge. Selon l'article 6, alinéa 1^{er} de la directive 2000/78/CE, les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination interdite lorsqu'elles sont objectives et raisonnables, poursuivent un objectif légitime – notamment en matière de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle – et quand les moyens mis en œuvre pour atteindre cet objectif sont proportionnés. C'est par exemple le cas de la fixation de conditions particulières d'accès à l'emploi pour favoriser l'insertion professionnelle des jeunes, des personnes âgées ou des personnes ayant des devoirs d'assistance.

18. CJUE, 22 nov. 2005, n° C-144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709, pt 75.

19. Voir entre autres *Schmabl (Gleichheitsgarantien)*, ch. 112.

20. CJUE, 19 janv. 2010, n° C-555/07, *Kücükdeveci*, ECLI:EU:C:2010:21; CJUE, 17 avr. 2018, n° C-414/16, *Egenberger*, ECLI:EU:C:2018:257; *Jaruss*, art. 21 Grundrechtecharta, ch. 10.

21. *Uebe*, p. 539.

22. Sur la problématique des préoccupations des clients et de la protection de l'authenticité voir *Pürli (Vertragsfreiheit)*, ch. 1122 et s.

23. CJUE, 15 nov. 2016, n° C-258/15, *Salaberria Sorondo*, ECLI:EU:C:2016:873, pt 25f.

24. CJUE, 10 juill. 2008, n° C-54/07, *Feryn*, ECLI:EU:C:2008:397, pt 24, 25.

25. Conclusions de l'AG Maduro du 12 mars 2008 dans CJUE, 10 juill. 2008, n° C-54/07, précité, pt 18.

Les destinataires de la directive

La directive s'adresse en principe « uniquement » aux États membres (*Dir. 2000/78/CE, 27 nov. 2000, art. 21*). Ceux-ci sont tenus d'abroger les dispositions législatives et administratives contraires à l'interdiction de discrimination. Les tribunaux nationaux ne doivent pas appliquer des lois nationales contraires à cette directive²⁶. Dans un litige de droit privé, les tribunaux nationaux doivent interpréter le droit national conformément à la directive²⁷. L'exigence d'une interprétation conforme au droit de l'Union comprend aussi l'obligation pour les tribunaux nationaux de modifier, le cas échéant, une jurisprudence bien établie lorsqu'elle repose sur une interprétation du droit national qui n'est pas compatible avec les objectifs d'une directive²⁸.

Il convient d'ajouter que l'Union elle-même est tenue de respecter l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge inscrite à l'article 51, alinéa 1^{er}, phrase 1 de la Charte des droits fondamentaux. L'importance de cette obligation a été démontrée dans l'affaire Fries²⁹.

► Jurisprudence

Entre 2005 et 2024, la Cour a rendu près de 60 arrêts en lien avec la discrimination fondée sur l'âge, interdite par la directive 2000/78/CE et la Charte des droits fondamentaux. La plupart des cas concernaient des décisions préjudicielles. La directive 2000/78/CE prévoit de nombreuses possibilités de justifier une différence de traitement fondée sur l'âge. Dans sa jurisprudence, la Cour les autorise jusqu'à présent de manière très généreuse, notamment dans les cas de discrimination directe fondée sur l'âge³⁰.

Discrimination directe

Dans l'affaire Hütter, la Cour écarte une réglementation d'après laquelle les activités professionnelles exercées avant l'âge de 18 ans n'ont pas été prises en compte lors de la détermination des échelons salariaux dans le secteur public. Bien que la Cour ait constaté que l'expérience professionnelle peut, en principe, être prise en compte

dans la détermination du salaire, elle a retenu que dans le cas présent les réglementations ne sauraient être regardées comme appropriées au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78/CE³¹. Le système de rémunération autrichien, révisé par la suite, reste toujours discriminatoire pour la Cour³² : les systèmes modifiés ne seraient pas non plus de nature à éliminer la discrimination à l'égard des travailleurs désavantagés par les anciens systèmes de rémunération et d'avancement. L'égalité de traitement rend nécessaire d'effectivement compenser la discrimination³³.

L'arrêt Küçükdeveci concerne la réglementation du droit de travail allemand, selon laquelle les années d'emploi avant l'âge de 25 ans n'étaient pas prises en compte pour le calcul du délai de résiliation. Cette réglementation était justifiée par le besoin de flexibilité des employeurs dans la gestion du personnel. « Les jeunes travailleurs [réagissant] généralement plus aisément et plus rapidement à la perte de leur emploi, il peut être exigé d'eux une flexibilité plus grande. » Bien que la CJUE ait jugé cet objectif légitime, la réglementation n'était pas appropriée à la réalisation de la réglementation nationale en cause³⁴.

La prise en compte de l'âge pour le classement des collaborateurs dans une catégorie salariale spécifique est également jugée discriminatoire³⁵.

Les limites d'âge

En ce qui concerne l'âge maximal d'accès à certaines professions, la Cour a estimé que l'âge maximal de 30 ans pour le service actif dans les corps de sapeurs-pompiers dans le Land de Hesse constituait une différence de traitement justifiée fondée sur l'âge. Il s'agit d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de l'article 4 de la directive 2000/78/CE³⁶. Il en va de même concernant une réglementation du Pays basque espagnol qui prévoyait une limite d'âge maximal de 35 ans pour entrer dans la police³⁷. En revanche, la limite de 30 ans pour le service de police dans la région des Asturies est discriminatoire³⁸.



26. CJCE, 22 mai 2005, aff. C-144/04, Mangold, ECLI:EU:C:2005:709, pt 74 et ss.; CJUE, 19 janv. 2010, n° C-555/07, Küçükdeveci, précité, pt 53.

27. CJUE, 19 juin 2014, n° C-501/12, Specht, ECLI:EU:C:2014:2005, pt 88.

28. CJUE, 19 avr. 2016, n° C-441/14, Dansk Industri, ECLI:EU:C:2016:278, pt 33.

29. CJUE, 5 juill. 2017, n° C-190/16, Fries, ECLI:EU:2017:513.

30. Voir la compilation des arrêts CJUE chez Schmabl (Rechtsprechung), p. 24 et ss., 28 et s. et la compilation chronologique de tous les arrêts aux p. 113 et ss.; Gross, p. 1 et ss.

31. CJUE, 18 juin 2009, n° C-88/08, Hütter, ECLI:EU:C:2009:381, pt 50.

32. CJUE, 8 mai 2019, n° C-24/17, Österreichischer Gewerkschaftsbund, ECLI:EU:C:2019:373 et CJUE, 8 mai 2019, n° C-396/17, Leitner, ECLI:EU:C:2019:375.

33. CJUE, 8 mai 2019, n° C-24/17, Österreichischer Gewerkschaftsbund, précité, pt 46, 45.

34. CJUE, 19 janv. 2010, n° C-555/07, Küçükdeveci, précité, pt 36, 43.

35. CJUE, 8 sept. 2011, n° C-297/10, Hennings c. Mal, ECLI:EU:2011:560.

36. CJUE, 13 janv. 2010, n° C-229/08, Wolf, ECLI:EU:C:2010:3.

37. CJUE, 15 nov. 2016, n° C-258/15, Salaberria Sorondo, précité.

38. CJUE, 13 nov. 2014, n° C-416/13, Vital Perez, ECLI:EU:C:2014:2371.

●●● L'admissibilité de la limite d'âge de 65 ans pour l'activité de pilote dans l'aviation commerciale a déjà été mentionnée en lien avec l'affaire Fries. Dans l'affaire Prigge, la Cour a conclu qu'une limite d'âge de 60 ans pour les pilotes, inscrite dans une convention collective de travail, était discriminatoire³⁹. La décision a été différente dans l'affaire Cafaro. Ici, la Cour a dû juger une réglementation italienne prévoyant que les pilotes assumant des tâches dans le domaine de la sécurité nationale ne pouvaient travailler dans cette fonction que jusqu'à l'âge de 60 ans. Pour la Cour, cette réglementation n'est pas discriminatoire car de tels vols seraient liés à des dangers plus importants que le trafic aérien commercial. Pour de telles missions, on peut donc s'attendre à des capacités physiques particulièrement élevées. La limite d'âge de 60 ans n'était donc pas discriminatoire⁴⁰.

Résiliation des rapports de travail liée à la retraite

La Cour autorise très généreusement les réglementations nationales qui prévoient la fin de l'emploi lorsque l'âge légal de la retraite ou l'âge fixé par une convention collective de travail est atteint. La CJUE se réfère régulièrement aux motifs de justification prévus à l'article 6 de la directive 2000/78/CE. Dans l'affaire Palacios de la Villa, la Cour a jugé que la mise à la retraite d'office à partir de 65 ans n'est pas contraire à l'interdiction de toute discrimination fondée sur l'âge car cette réglementation visait, dans le cadre de la politique nationale de l'emploi, à faciliter l'accès des jeunes travailleurs au marché du travail⁴¹. Dans l'affaire Hörnfeldt, la résiliation du contrat de travail lorsque l'âge de retraite fixé par l'État est atteint a également été jugée admissible. L'État membre pouvait suffisamment démontrer que la réglementation était le résultat d'une mise en balance d'intérêts légitimes entre les objectifs des finances publiques, la politique de l'emploi et la politique du marché du travail⁴². Dans l'affaire Rosenblatt, la CJUE a reconnu l'intérêt des employeurs de disposer d'une certaine flexibilité dans la planification de la main-d'œuvre comme justification pour la résiliation automatique du contrat de travail à l'âge de la retraite⁴³.

3 SITUATION JURIDIQUE EN SUISSE : L'ABSENCE D'INTERDICTION DE LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR L'ÂGE

Pays non-membre de l'UE, la Suisse ne devrait pas être tenue de transposer la directive 2000/78/CE. Cependant, elle fait également partie de l'Espace économique européen, comme la Norvège ou le Lichtenstein et l'Islande. Pour ces États, la directive est contraignante.

L'article 8, paragraphe 2, de la Constitution fédérale suisse prévoit l'interdiction de toute discrimination fondée sur l'âge. Cette interdiction ne lie toutefois que les employeurs publics. Il faut ajouter que, selon la doctrine et la pratique suisses, les droits fondamentaux n'ont pas d'effet direct sur les tiers et ne sont donc pas directement applicables dans les relations de travail de droit privé. Dans les rapports de travail de droit privé, il n'existe pas d'interdiction légale explicite de discrimination.

► L'absence de protection lors de la candidature/l'embauche

Le droit du travail suisse ne connaît pas de droit à l'embauche. En tant que composante de la liberté contractuelle, la liberté de choix du partenaire dans le cadre du contrat de travail donne à l'employeur la liberté de fixer lui-même les critères et les évaluations pour la décision d'embauche. L'employeur n'a pas d'obligation légale de choisir le meilleur candidat ou la meilleure candidate. L'autonomie privée implique le pouvoir de prendre des décisions arbitraires⁴⁴.

Le législateur a toutefois fixé des limites à la « liberté arbitraire » lors de l'embauche. Pour la phase de candidature à un poste et de conclusion du contrat, l'article 2 (obligation de se comporter selon les règles de la bonne foi) et les articles 27 et 28 du Code civil (protection de la personnalité comme limite à l'arbitraire du droit privé) ainsi que la norme de protection des données du droit du travail de l'article 328b du Code des obligations (CO), déjà applicable avant le contrat, fixent certaines limites⁴⁵. L'interdiction de discrimination prévue par la Loi sur l'égalité (LEg) peut jouer un rôle dans la mesure où le désavantage lié à l'âge comporte une dimension sexospécifique. Les dispositions relatives à la protection

39. CJUE, 13 sept. 2011, n° C-447/09, Prigge, ECLI:EU:C:2011:573.

40. CJUE, 7 nov. 2019, n° C-396/18, Cafaro, ECLI:EU:C:2019:929, pt 72.

41. CJUE, 16 oct. 2007, n° C-411/05, Palacios de la Villa, ECLI:EU:C:2007:604, pt 77.

42. CJUE, 5 juill. 2012, n° C-141/11, Hörnfeldt, ECLI:EU:C:2012:421, pt 47; voir aussi CJUE, 21 juill. 2011, aff. jtes, n° C-159/10, Fuchs, ECLI:EU:C:2011:508 et n° C-160/10, Köbler, ECLI:EU:C:2010:261. La mise à la retraite obligatoire à partir de 65 ans est justifiée par les objectifs légitimes de la politique de l'emploi et du marché du travail.

43. CJUE, 12 oct. 2010, n° C-45/09, Rosenblatt, ECLI:EU:C:2010:601.

44. Vischer/Müller, § 9, ch. 26; Pärli/Studer, ch. 338.

45. Portmann/Stückli, ch. 52.

de la personnalité de l'article 328 du Code des obligations et de l'article 6 de la Loi fédérale sur le travail (LTr) ne s'appliquent toutefois pas à la procédure de candidature⁴⁶.

L'article 3, alinéa 1 de la Loi d'égalité interdit toute forme de discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe. Le LEg ne protège pas explicitement contre la discrimination fondée sur l'âge⁴⁷. Une infraction à la Loi d'égalité pourrait avoir lieu, si, par exemple, la candidature d'une femme plus âgée est rejetée au profit d'une femme plus jeune et que la décision aurait été différente si l'on avait choisi entre un homme plus âgé et un homme plus jeune. Dans la pratique actuelle relative à la LEg, on ne trouve que très peu d'indications dans les procédures de conciliation sur le potentiel de la LEg pour la détection de la discrimination fondée sur l'âge qui est liée au sexe⁴⁸. Est abordée par-là la problématique de la discrimination multiple. L'âge peut amplifier une discrimination sexospécifique. Cependant, le traitement dogmatique de la thématique en Suisse n'est pas encore très avancé⁴⁹. Au niveau législatif, au moins en droit du travail, on ne trouve pas encore de dispositions spécifiques⁵⁰.

Dans la seule procédure de droit privé concernant une discrimination fondée sur l'âge à l'embauche, le Tribunal du travail de Zurich et la Cour suprême du canton de Zurich ont considéré que le refus d'embauche en raison de l'âge ne constituait pas une atteinte objective à la personnalité⁵¹.

► Une protection minimale pendant la relation de travail

Le droit du travail suisse prévoit, dans divers domaines, des inégalités de traitement fondées sur l'âge. Tel est le cas de l'article 329a du Code des obligations qui différencie le droit aux vacances en fonction de l'âge. Les travailleurs ont droit à cinq semaines de vacances jusqu'à l'âge de 20 ans, ensuite ils n'ont plus droit qu'à quatre semaines de vacances. Ces inégalités de traitement sont justifiées de manière plus ou moins objective. Ainsi, un droit aux vacances plus long pour les plus jeunes peut être justifié par la « protection de la jeunesse ». Il est toutefois possible que de telles

dispositions de protection aient également des effets négatifs. On peut penser à des licenciements visant à éviter qu'un travailleur ne bénéficie d'une protection plus étendue⁵².

Un lien direct ou indirect avec une inégalité de traitement fondée sur l'âge est admissible du point de vue du droit contractuel, tant que le contenu du contrat n'est pas contraire au droit de la personnalité, aux bonnes mœurs ou à l'ordre public⁵³. Il n'existe, à notre connaissance, aucune décision de justice qualifiant de (partiellement) nulles les inégalités de traitement liées à l'âge (par exemple en matière de salaire ou de conditions de travail). Cela n'est pas étonnant compte tenu de la grande importance de la liberté contractuelle dans le cadre du contrat de travail.

Il en va différemment dans le domaine d'application de la LEg. Une inégalité contractuelle de traitement en matière de salaire ou d'autres conditions de travail due à une discrimination fondée sur le sexe est interdite par la LEg. Selon l'article 5, alinéa 1 de la LEg, les employés concernés ont un droit, rétroactivement, au paiement des salaires dont ils auraient bénéficié s'ils n'avaient pas été discriminés, et, pour l'avenir, à l'élimination de l'inégalité de traitement. Contrairement à la discrimination à l'embauche, dès lors que la discrimination est présentée de manière vraisemblable en accord avec l'article 6 de la LEg, c'est à l'employeur qu'il appartient de prouver qu'il ne s'est pas rendu coupable de discrimination ou que l'inégalité de traitement repose sur des motifs objectifs.

L'article 328 du Code des obligations (protection de la personnalité), la norme de protection de droit public correspondante de l'article 6 de la Loi sur le travail (LTr) et le principe d'égalité de traitement en droit du travail interdisent les discriminations liées à l'âge pendant une relation de travail en cours. Selon l'article 328, alinéa 1 du Code des obligations, l'employeur doit « respecter et protéger » la personnalité du travailleur. L'alinéa 2 du même article oblige l'employeur à protéger la santé et l'intégrité personnelle. Concrètement, cela signifie par exemple que l'employeur doit lutter contre ●●●

46. Mais voir TF 2C_103/2008, 30 juin 2008, cons. 6.2; ici, le Tribunal fédéral a admis un effet anticipé de l'article 328 du Code des obligations, critique à ce sujet Streiff/Von Kaenel/Rudolph, N 14 sur l'article 320 du Code des obligations.

47. Cour suprême de Zurich, LA150046, 23 nov. 2015. (Arbeitsgericht Zürich, 9 oct. 2015).

48. Voir : <https://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1116.html> (discrimination d'une enseignante à temps partiel), aussi <https://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1208.html> (mise à la retraite discriminatoire d'une employée d'hôpital). Dans les deux cas, il n'y a toutefois pas eu de réflexion approfondie sur une éventuelle discrimination fondée sur l'âge couverte par la LEg.

49. Naguib, p. 233 ss.

50. Dans le droit de l'égalité des personnes handicapées, en revanche, le législateur a reconnu la problématique de la discrimination multiple, cf. art. 5, al. 1, LHand.

51. Cour suprême de Zurich, LA150046, 23 nov. 2015, cons. 2a.

52. Une telle résiliation serait certes probablement abusive au sens de l'article 336, alinéa 1 lit. du Code des obligations, mais cela ne changerait rien à la validité de la résiliation.

53. Art. 19/20 en lien avec l'article 328 du Code des obligations, pour l'ensemble, voir en détail Pärli (Vertragsfreiheit), ch. 1395-1397.

●●● le « harcèlement lié à l'âge » et d'autres formes de harcèlement envers les travailleurs âgés⁵⁴.

Le droit à la protection de la personnalité implique qu'un travailleur ne doit pas être traité différemment sur la base d'idées stéréotypées et de préjugés. En ce qui concerne l'âge, cela signifie que l'employeur doit également veiller, dans la mesure du raisonnable, à éliminer les préjugés à l'égard des travailleurs âgés⁵⁵. Une interdiction légale de la discrimination fondée sur l'âge pourrait apporter une contribution importante à cet objectif. C'est ce que montrent les expériences faites avec l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe et sur le handicap; celles-ci contribuent à réduire les stéréotypes et les préjugés liés au sexe à l'égard des personnes handicapées⁵⁶.

► Une protection renforcée à la fin de la relation de travail

En droit du travail suisse, un licenciement n'a pas besoin de raison objective pour être valable⁵⁷. Toutefois, un licenciement lié à l'âge peut être considéré comme un licenciement abusif. Dans ce cas, l'employeur est redevable d'une indemnité pouvant aller jusqu'à six mois de salaire⁵⁸.

Un licenciement invoquant l'âge peut constituer un licenciement abusif en raison d'une caractéristique personnelle au sens de l'article 336, alinéa 1, lit. a du Code des obligations. Selon la jurisprudence et la doctrine, l'âge est une « caractéristique personnelle » et tombe sous le champ d'application de cette disposition⁵⁹. Cependant, l'article 336, alinéa 1 précité prévoit aussi qu'un licenciement n'est pas abusif si la caractéristique personnelle – l'âge en l'occurrence – est en lien avec la relation de travail ou influence considérablement la collaboration dans l'entreprise. Une limitation de l'aptitude de travailler en raison de l'âge pose un tel motif de justification⁶⁰. L'employeur doit, dans le cadre du devoir d'assistance (basée sur *CO*, art. 328), prendre des

mesures appropriées pour que l'employé puisse fournir la prestation de travail due au titre du contrat⁶¹.

Selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, l'employeur a un devoir d'assistance accru envers les travailleurs âgés qui ont travaillé longtemps dans l'entreprise. Dans l'ATF 132 III 115, considérant 5.3, le Tribunal fédéral a jugé pour la première fois que « viole son devoir d'assistance et agit de manière abusive l'employeur qui congédie un travailleur quelques mois avant que celui-ci ne prenne sa retraite, après 44 années de bons et loyaux services, alors que le fonctionnement de l'entreprise ne commande pas une telle mesure et qu'il n'a pas cherché une solution qui soit socialement plus supportable pour l'intéressé ». En outre, le licenciement était abusif en raison de la disproportion manifeste et flagrante des intérêts en jeu. Compte tenu de son âge, le plaignant ne devrait guère réussir à trouver un autre emploi et il devrait s'attendre à une baisse de ses indemnités de remplacement de revenu. Cet intérêt dépasserait de loin celui de l'employeur⁶².

Ces derniers temps, la question qui se pose est celle de savoir si la pratique largement répandue selon laquelle les contrats de travail prennent fin lorsque l'âge de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS) est atteint est éventuellement discriminatoire en raison de l'âge et s'il s'agit donc d'un licenciement abusif au sens de l'article 336 du Code des obligations⁶³. La Cour d'appel du canton de Bâle a jugé que la réglementation de l'âge de la retraite différent selon le sexe viole le principe d'égalité de l'article 8, alinéa 3 de la Constitution fédérale de la Suisse. L'employeur a été condamné à payer une indemnité à la salariée. Bien qu'une retraite anticipée ait des avantages, ceux-ci ne peuvent pas compenser les pertes financières (un montant de pension plus faible). Contrairement à un homme avec le même nombre d'années de service, l'employée n'avait pas d'autre choix que de travailler plus longtemps⁶⁴.

54. Le mobbing constitue une atteinte à la personnalité, voir entre autres TF 8C_902/2012, 18 sept. 2013, cons. 4.2.

55. Un champ de tensions complexe s'ouvre ici, entre le devoir d'assistance accru et le risque d'ainsi renforcer les préjugés, par exemple sur la baisse des performances ou le manque de volonté de se former. Il est donc nécessaire différencier et de tenir compte de l'individualité.

56. Pärli (*Altersdiskriminierung*), p. 12; Pärli (*Rechtswissenschaftliche Diskriminierungsforschung*), p. 112.

57. Cf. Pärli (*Mythos*), p. 718.

58. Article 336a/b du Code des obligations. Les tribunaux sont toutefois très prudents en ce qui concerne l'octroi d'indemnités, voir Müller, p. 287.

59. Daphinoff/Heller, ch. 21 et ss.; Humbert/Lerch, *FHB Arbeitsrecht*, ch. 11.87; Chambre d'appel des prud'hommes du Canton de Genève, 10 nov. 2005 (annulation du jugement du Tribunal des prud'hommes du 22. mars 2005); Arrêt (Tribunal administratif fédéral) A-5255/2018, 9 juill. 2019, cons. 5.3.

60. Dans ATF 123 III 246, cons. 5 (avec indications) le Tribunal fédéral a retenu que la protection matérielle contre le licenciement selon l'article 336, alinéa 1, lit. a du Code des obligations disparaît lorsqu'une maladie (= caractéristique personnelle) affecte la capacité de travail.

61. Dans TF 4A_102/2008, 27 mai 2008, le Tribunal fédéral a décidé qu'un licenciement pour raisons de santé était abusif si l'employeur, en se fondant sur son devoir d'assistance, n'essayait pas de chercher dans l'entreprise une activité adaptée à l'état de santé du travailleur avant de le licencier, voir à ce sujet Abegg/Stebler, p. 1177 et ss. Cette jurisprudence peut également être transposée à un licenciement en raison de l'âge.

62. ATF 132 III 115, cons. 5.5.

63. Pétremand, ch. 954; Pärli (*Altersdiskriminierung*), p. 83; Portmann/Streuli-Nikolic, p. 159 et ss.

64. Cour d'appel du canton de Bâle-Ville, n° de procédure 952/2002, 19 nov. 2002 (Source: <https://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1208.html#no4>).

4 CONCLUSION ET RÉFLEXION

Les explications précédentes ont montré qu'il n'existe guère de voies de recours efficaces contre la discrimination des travailleurs âgés en Suisse.

Au niveau politico-juridique, de nombreuses interventions visant à créer des bases légales pour lutter contre la discrimination liée à l'âge ont été déposées ces dernières années, mais elles ont toutes été rejetées. Dernièrement, une motion a été déposée au Conseil des États, demandant la création d'une base légale pour la protection contre la discrimination liée à l'âge sur la base de l'article 8, alinéa 2 de la Cst. Tant le Conseil fédéral que le Conseil des États ont rejeté la motion⁶⁵. La seule mesure légale concrète visant à améliorer la situation des chômeurs âgés est la création de la Loi fédérale sur les prestations transitoires pour les chômeurs âgés (LPtra)⁶⁶. Ce projet reprend au moins partiellement les préoccupations exprimées dans les postulats « Stratégie nationale visant à améliorer les chances d'emploi et la réinsertion des personnes âgées sans emploi sur le marché du travail »⁶⁷ et « Assistance aux chômeurs. Possibilités d'action de la Confédération »⁶⁸.

La doctrine juridique propose d'améliorer la protection contre le licenciement des travailleurs âgés. Ainsi, Denis Humbert considère qu'il est approprié de renforcer dans le Code des obligations la protection contre le licenciement des travailleurs âgés de 55 ans et plus⁶⁹. L'ex-conseiller national Corrado Pardini a également demandé une nouvelle réglementation pour améliorer la protection contre le licenciement⁷⁰. Contrairement à Humbert, Pardini ne voit pas la solution dans une extension des dispositions relatives à la protection matérielle contre le licenciement (licenciement abusif), mais souhaite étendre la protection tem-

porielle contre le licenciement dans l'article 336c du Code des obligations (licenciement en temps inopportun, périodes de protection). Pourtant, l'initiative parlementaire conduite en ce sens n'a pas abouti. Au sein de la commission juridique du Conseil national, la majorité de la commission a critiqué le fait que le complément proposé à l'article 336c du Code des obligations était étranger au système et que le congé pour raison d'âge ne pouvait pas être traité de la même manière que les autres motifs de blocage comme la maladie. La minorité de la commission a estimé que la solution était modérée, d'autant plus que des clauses similaires seraient ancrées dans des conventions collectives de travail et auraient fait leurs preuves⁷¹.

Pour établir une interdiction globale de discrimination fondée sur l'âge, il convient de s'orienter vers la loi sur l'égalité (LEg). Une décision fondamentale doit être prise à cet égard : la future loi devrait-elle « seulement » interdire la discrimination des travailleurs âgés ou devrait-elle de manière générale prohiber toute référence non objective à l'âge pour des décisions discriminatoires ? Un argument en faveur d'une interdiction de la discrimination fondée sur l'âge est, entre autres, qu'il n'est pas nécessaire de fixer une limite d'âge précise. Cela permet également d'éviter un « conflit de générations » qui pourrait survenir si un groupe d'âge était privilégié. La loi correspondante devrait également définir dans les grandes lignes les motifs qui autoriseraient une inégalité de traitement. Il convient en outre de se demander s'il ne faudrait pas interdire dans une loi non seulement la discrimination liée à l'âge, mais aussi la discrimination dans la vie professionnelle en raison d'un handicap et d'une maladie chronique ainsi que la discrimination ethnique et raciale. Au lieu d'une multitude de lois distinctes, il serait possible de créer une loi unique sur le modèle de la loi générale allemande sur l'égalité de traitement⁷². ■

65. Motion du Conseil des États Germann, n° d'affaire 223894.

66. Loi fédérale du 19 juin 2020 sur les prestations transitoires pour les chômeurs âgés (LPtra), RS 837.2.

67. Postulat Bea Heim, n° d'affaire 15.3193.

68. Postulat Silvia Schenker, n° d'affaire 15.3748.

69. Humbert (Alterskündigung), p. 883.

70. Initiative parlementaire Corrado Pardini, Un travail sûr pour les travailleurs âgés, n° d'affaire 16.489.

71. https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2016/Kommissionsbericht_RK-N_16.489_2018-01-26.pdf

72. Pürli (Gleichbehandlungsgesetz), p. 133 et ss.

Inégalité de traitement ou discrimination

L'approche polonaise

Aleksandra Bocheńska, Maître de Conférences, Faculté de Droit et d'Administration, Université Adam Mickiewicz, Poznan, Pologne

1 LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT DE LA NON-DISCRIMINATION EN POLOGNE

La législation de lutte contre la discrimination au sens strict (s'entendant comme l'interdiction de toute inégalité de traitement fondée sur une caractéristique subjectivement pertinente et constitutive d'une personne) s'est développée en Pologne presque de pair avec le droit de l'Union européenne. Même avant l'accession du pays à l'Union européenne, le droit communautaire a été une importante source d'inspiration du législateur polonais. Des solutions juridiques similaires à celles élaborées au sein de la Communauté furent introduites en Pologne pratiquement à l'heure même où elles étaient mises en œuvre au sein des États membres de la Communauté.

On peut considérer que la date charnière en matière d'approche de la discrimination au sein de l'Union européenne est le 1^{er} mai 1999, date de l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam ainsi que de l'adoption de la nouvelle formulation de l'article 13 du TCE¹ (correspondant à l'actuel article 19 de la version consolidée du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne²). Aux termes de la version existante de cette disposition :

« Sans préjudice des autres dispositions des traités et dans les limites des compétences que ceux-ci confèrent à l'Union, le Conseil, statuant à l'unanimité conformément à une procédure législative spéciale et après approbation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. »

Jusqu'à-là, avant l'introduction de cette formulation de l'article 13 du TCE (maintenant

devenu *TFUE*, art. 19), le champ matériel du droit de la lutte contre la discrimination dans l'Union européenne ne comprenait, en pratique, que l'interdiction de l'inégalité de traitement entre hommes et femmes ainsi que l'inégalité de traitement fondée sur l'origine au sein de la communauté, ou, en d'autres termes, l'interdiction de la discrimination fondée sur la nationalité.

L'article 32(2) de la Constitution³ a défini – et continue à définir – à l'intention du législateur national, ainsi que pour ceux qui appliquent la législation, un champ plus large en matière de prohibition de la discrimination que celui qu'imposent au législateur européen les traités de l'Union. Ce phénomène se reflète également dans l'évolution de la législation polonaise. En droit du travail polonais⁴, des dispositions relatives à la non-discrimination ont été insérées dans le Code du travail dès le 2 juin 1996, date d'entrée en vigueur de l'article 11, paragraphe 2, posant le principe de l'égalité de traitement : « Les salariés ont des droits égaux en contrepartie d'une exécution égale des mêmes obligations ; cette disposition s'applique en particulier à l'égalité de traitement des hommes et des femmes au travail. » Le principe de non-discrimination en matière d'emploi a également été introduit en 1996 à l'article 11, paragraphe 3 du Code : « Toute discrimination en matière de relations de travail, en particulier au motif du sexe, de l'âge, de l'incapacité, de la race, de la nationalité, des convictions, en particulier politiques ou religieuses et de l'appartenance syndicale, est inacceptable. »

Le champ matériel de l'interdiction de la discrimination en matière d'emploi a été élargi avec effet au 1^{er} janvier 2002 : « Aucune discrimination, directe ou indirecte, ne sera autorisée en matière d'emploi, en particulier au motif du sexe, de l'âge, de l'incapacité, de la race, de la religion, de la nationalité, des convictions politiques, de

1. *Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes* (Journal officiel polonais [Dz. U.] de 2004, n° 90, 864/31 modifié), ci-après le TCE.

2. *Traité établissant la Communauté économique européenne* (Journal officiel polonais [Dz. U.] de 2004, n° 90, 864/2, modifié), ci-après le TFUE.

3. *Constitution de la République de Pologne du 2 avril 1997*, (Dz. U. n° 78, 483), ci-après la Constitution polonaise.

4. *Loi du 26 juin 1974, modifiée, portant le Code du Travail* (Journal officiel [Dz. U.] de 2023, n° 1465, modifiée).

l'affiliation syndicale, de l'origine ethnique, de la confession religieuse, de l'orientation sexuelle ou de l'emploi à durée limitée ou illimitée ou à temps plein ou partiel. »

Les deux principes ci-dessus sont développés au chapitre II du Code du travail (*art. 18(3a)-18(3e)*). Depuis le 1^{er} janvier 2004, l'objet de la discrimination en matière d'emploi visée par l'article 18 (3a), § 1 du Code du travail est plus large que celui de l'article 13 du TCE (maintenant devenu *TFUE, art. 19*), par l'addition des mots « en particulier ». Dès lors, la liste des causes de discrimination fournie par le Code du travail ne présente pas de caractère limitatif, par opposition à celle prévue par le traité (et par conséquent par le droit secondaire de l'Union).

Aux termes de l'article 18(3a):

« § 1. Les salariés doivent être traités dans des conditions d'égalité au regard de la mise en place et de la résiliation de la relation de travail, des conditions d'emploi, de promotion et d'accès à une formation visant à améliorer leurs qualifications professionnelles, en particulier sans distinction au motif du sexe, de l'âge, de l'incapacité, de la race, de la religion, de la nationalité, des convictions politiques, de l'appartenance syndicale, de l'origine ethnique, de la confession religieuse, de l'orientation sexuelle ou du fait que leur emploi est à durée indéterminée ou déterminée ou à temps plein ou à temps partiel.

§ 2. L'égalité de traitement en matière d'emploi s'entend de l'interdiction de toute discrimination, directe ou indirecte, fondée sur l'un des motifs visés au § 1.

§ 3. Une discrimination directe sera réputée intervenir lorsqu'un salarié est traité moins favorablement qu'un autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, pour un ou plusieurs des motifs visés au § 1.

§ 4. Quant à la discrimination indirecte, elle sera réputée intervenir quand une disposition, un critère ou une pratique, quoique neutre en apparence, crée ou pourrait créer, pour tous les salariés appartenant à un groupe particulier ou pour un grand nombre de ceux-ci, un désavantage ou une disproportion de nature particulière pour un ou plusieurs des motifs visés au § 1 en ce qui concerne la mise en place et la résiliation de la relation de travail, les clauses et conditions d'emploi, la promotion et l'accès à la formation en vue du développement de leurs qualifications professionnelles, sauf le cas où cette disposition, cette pratique ou ce critère est objectivement justifié par une finalité légitime et où les moyens utilisés pour l'atteindre sont appropriés et nécessaires.

§ 5. La discrimination au sens du § 2 inclut également:

1) toute action encourageant une autre personne à violer le principe d'égalité de traitement en matière d'emploi ou toute instruction tendant à la violation de ce principe,

2) tout comportement indésirable ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'un salarié et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou insultant (harcèlement).

§ 6. La discrimination fondée sur le sexe inclut aussi toute forme de comportement indésirable de nature sexuelle ou faisant référence au sexe d'une personne, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne, en particulier en créant un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou insultant, en ce compris tous agissements verbaux, non verbaux ou physiques (harcèlement sexuel).

§ 7. Le fait qu'un salarié a été soumis à des agissements de harcèlement ou de harcèlement sexuel ou qu'il s'y est opposé ne peut en aucun cas le placer dans une situation défavorable. »

La distinction entre discrimination directe et indirecte existait en droit polonais depuis le 1^{er} janvier 2002 (*Code du travail, art. 18(3a), § 2*), mais ne résultait pas de la mise en œuvre du droit de l'Union européenne, même si ce dernier était indéniablement une source d'inspiration en la matière. En résumé, il convient de souligner que si l'ensemble des éléments essentiels de droit polonais de la lutte contre la discrimination ont été développés avant le 1^{er} mai 2004, soit avant l'accession du pays à l'Union européenne, cette évolution s'est, sans aucun doute, produite dans le cadre de l'adaptation de la législation polonaise en vue de l'intégration du pays au sein de l'Union européenne.

2 UNE LOI POLONAISE TRANSVERSALE S'APPLIQUANT À TOUS LES CRITÈRES DE DISCRIMINATION

Le caractère transversal de la loi polonaise découle directement de la nécessité d'une application horizontale des normes définies par le droit constitutionnel. Telle est précisément la nature de l'article 32(2) de la Constitution polonaise. Il convient de souligner que, pendant la même période où, dans l'Union européenne, le principe de non-discrimination se limitait à des caractéristiques subjectives spécifiques (genre et nationalité), ce même principe s'entendait en Pologne de manière beaucoup plus large. Il est possible de soutenir cette théorie, car le principe de non-discrimination posé de manière générale par l'article 32(2) de la Constitution polonaise ne définissait pas des caractéristiques subjectivement significatives, mais des niveaux de la vie so- ●●●

●●● ciale où aucune discrimination fondée sur une quelconque caractéristique constitutive ne pouvait être tolérée. Ces niveaux étaient de nature politique, sociale ou économique. Par suite, en vertu de l'article 32(2), adopté en 1997 (avec l'ensemble de la Constitution), aucune personne ne pouvait subir de discrimination, pour quelque motif que ce soit, dans la vie politique, sociale ou économique.

Il résulte de l'article 8 de la loi fondamentale polonaise que les dispositions de la Constitution sont d'application directe, sauf disposition contraire de la Constitution elle-même. Ceci implique que toute disposition législative, dont l'autorité est inférieure à celle de la Constitution, doit être mise en œuvre dans le respect du principe de non-discrimination ainsi compris.

La Constitution actuelle distingue clairement le principe de non-discrimination du principe d'égalité devant la loi (au sens formel et positif). Celui-ci est énoncé à l'article 32, paragraphe 1, de la Constitution polonaise, alors que le principe de non-discrimination est prévu au paragraphe 2 de cette disposition. Ces deux principes ont été séparés sans ambiguïté aucune dans la Constitution de la République de Pologne adoptée en 1997. Cependant, avant même que la nouvelle Constitution n'entre en vigueur, la jurisprudence du droit du travail avait déjà donné une application horizontale au principe de non-discrimination tiré des dispositions constitutionnelles applicables à l'époque. La réglementation du principe de non-discrimination dans le Code du travail a cessé de rendre nécessaire l'application horizontale des normes de droit constitutionnel, à tout le moins en droit du travail. En parallèle, il convient de souligner que l'ensemble des règles polonaises de lutte contre la discrimination est évalué au regard du respect des principes constitutionnels déjà évoqués.

3 LES PRINCIPES DE NON-DISCRIMINATION ET D'ÉGALITÉ DANS LE DROIT DE LA DISCRIMINATION

Comme nous l'avons vu, le droit constitutionnel distingue déjà le principe de non-discrimination et le principe d'égalité devant la loi. Le premier alinéa de l'article 32(1) de la Loi fondamentale, proclame l'égalité de tous devant la loi. Par opposition, le deuxième alinéa de cette disposition reconnaît à chacun le droit d'être traité dans des conditions d'égalité par les autorités publiques. Le premier alinéa de l'article 32(1) exprime le principe d'égalité de tous devant la loi, cette égalité s'entendant donc au sens formel. Par suite, tous sont également tenus au respect de la loi,

mal n'échappant à cette règle. Le second alinéa énonce, quant à lui, le principe d'égalité devant la loi au sens positif, à savoir le principe d'égalité des droits, régissant à la fois l'application de la loi de même que son élaboration. Lorsqu'elles appliquent la loi, les autorités publiques doivent s'interdire de traiter de manière inégale des citoyens (ou d'autres personnes) qui, dans certaines circonstances factuelles, se trouvent dans une situation équivalente. Par ailleurs, la loi doit être conçue de manière à ne pas différencier la situation de citoyens qui doivent être considérés de manière équivalente. Une éventuelle différenciation doit être justifiée par des motifs objectifs.

Au sens formel ou positif, le principe d'égalité devant la loi se distingue du principe de non-discrimination en ce que le premier interdit toute différenciation de la situation juridique ou factuelle des personnes, que celle-ci s'opère sur la base d'une caractéristique subjectivement pertinente ou sans égard à une telle caractéristique. Le principe d'égalité devant la loi est violé quand la situation d'une personne ou d'un groupe de personnes se trouve aggravée, même en l'absence de toute référence à une caractéristique subjectivement pertinente, pour autant que cette différenciation ne soit pas justifiée par des motifs objectifs. Tout comme pour la prohibition de la discrimination, cette règle vise un cas particulier de traitement inégal, dont le facteur décisif est la différenciation de la situation juridique ou factuelle tenant à une caractéristique subjectivement pertinente.

Néanmoins, le Code du travail énonce également, indépendamment de l'interdiction de la discrimination, le principe d'égalité des droits (à savoir le principe d'égalité devant la loi au sens positif). Il découle de l'article 11(2) du Code du travail que les salariés ont des droits égaux découlant d'une exécution égale de leurs obligations.

La distinction entre la prohibition de la discrimination et celle de l'inégalité de traitement est également soulignée par la jurisprudence (*Cour Suprême, 18 sept. 2014, III PK 136/13*).

« La discrimination (article 11(3) du Code du travail), par opposition à l'inégalité de traitement "ordinaire" (Article 11(2) du Code du travail), s'entend du traitement moins favorable d'un salarié, non justifié par des motifs objectifs et lié à des caractéristiques ou qualités non liées à son travail, qui concernent personnellement ce salarié et sont socialement pertinentes, notamment dans le cas des motifs énumérés à l'article 18(3a), § 1 du Code du travail, ou à des motifs tenant au fait qu'il est employé à durée déterminée ou indéterminée ou à temps plein ou partiel. À l'inverse, une inégalité non dictée par des motifs tenus pour discriminatoires ne constitue pas une discrimi-

nation, et ce même si l'employeur a commis une violation du principe d'égalité de traitement. »

La différence entre le principe d'égalité de traitement et l'interdiction de toute discrimination à l'encontre d'un salarié tient au fait que cette dernière est l'une des manifestations possibles de l'inégalité de traitement caractérisée par un traitement différencié fondé sur un critère discriminatoire. En définitive, la jurisprudence de la Cour Suprême a développé une distinction entre l'inégalité de traitement et la discrimination. En effet, la discrimination est traitée comme une forme qualifiée d'inégalité de traitement. En réalité, l'essence de la distinction entre les deux formes se réduit au motif qui amène à différencier la situation des salariés. Si le motif de l'inégalité de traitement figure au catalogue des critères discriminatoires ou est lui-même reconnu comme discriminatoire (par exemple, s'il est lié au genre, à l'âge, à la race ou à la religion), la différenciation de la situation des salariés sera tenue pour une discrimination. Si, au contraire, ce motif n'est pas repris au catalogue de l'article 11(3) du Code du travail, nous sommes en présence d'une inégalité de traitement « ordinaire » (c'est-à-dire non discriminatoire). Il convient de rappeler que les dispositions du Code du travail constituent la mise en œuvre de solutions du droit de l'Union, et que le législateur polonais a par ailleurs transposé littéralement au chapitre II du Code du travail les dispositions de la directive de l'Union européenne (*Dir. 2000/78/CE, 27 nov. 2000* portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail). Cependant, aux termes de cette directive, les termes d'égalité de traitement et de non-discrimination se voient attribuer le même sens et, par voie de conséquence, l'inégalité de traitement visée dans la directive doit s'analyser comme la survenance d'une discrimination. De ce fait, le langage juridique ne fait aucune distinction entre ces deux notions, contrairement à la solution adoptée en droit polonais (où la discrimination s'entend comme une forme qualifiée d'inégalité de traitement). Pour la majorité de la doctrine, les dispositions du Code du travail relatives à la discrimination ne s'appliquent pas lorsque l'inégalité de traitement n'est pas imputable à une cause reconnue comme discriminatoire, avec toutes les conséquences qui en découlent (droit à réparation et répartition de la charge de la preuve). L'arrêt de la Cour Suprême (*24 août 2023, III PZP 1/23*) aux termes duquel les dispositions de l'article 18(3d) du Code du travail s'appliquent à la réparation d'une violation du principe d'égalité de traitement (*Code du travail, art; 11(2)*) a, à cet égard, marqué un revirement jurisprudentiel majeur.

Comme l'indique la motivation de cet arrêt, les décisions antérieures de la Cour Suprême n'ont pas répondu clairement à la question de savoir si la discrimination s'analyse comme une inégalité de traitement en matière d'emploi. Ceci est dû à un manque de cohérence du législateur, qui, dans les dispositions qu'il édicte en matière d'inégalité de traitement et de discrimination, traite ces concepts comme s'ils étaient interchangeables. La Cour Suprême en a conclu que le législateur entendait prévenir l'inégalité de traitement de personnes qui accomplissaient les mêmes tâches - celle-ci constituant en toute hypothèse un traitement discriminatoire - et que dès lors l'article 18(3d) permet l'octroi de dommages-intérêts en présence de toute inégalité de traitement, et non seulement de discrimination.

4 LES PROCÉDURES EN NON-DISCRIMINATION ET LEURS IMPLICATIONS AU TITRE DU CODE DU TRAVAIL

Il convient toutefois de noter qu'inspirée par l'Union européenne, la Pologne a commencé à mettre davantage l'accent sur les différences entre l'inégalité de traitement et la discrimination. Cette dernière, traitée comme une catégorie spéciale d'inégalité de traitement, était associée à des actions juridiques spéciales conçues afin de faciliter, en faveur des salariés, la confirmation de l'existence d'une telle pratique et l'obtention d'une réparation. Une évolution récente du droit du travail impose au salarié de rapporter la preuve du motif pour lequel un acte discriminatoire a été commis à son encontre (*Cour Suprême, 18 sept. 2008, II PK 27/08*). Auparavant, (comme l'indiquait notamment l'arrêt I PR 170/90 précité), il n'était pas particulièrement important de démontrer le motif d'une inégalité de traitement (qui s'analysait comme une caractéristique subjectivement pertinente). Bien au contraire, il importait de prouver qu'il existait en fait une différenciation injustifiée de la situation des salariés. Dès que furent introduites des solutions juridiques détaillées permettant de traiter les cas de discrimination, celles-ci réduisirent, en raison de leur popularité, l'intérêt des juristes pour l'interdiction des inégalités de traitement non discriminatoires. Rares sont devenues les affaires portant sur de telles inégalités. Même dans les situations où le principe d'égalité des droits aurait pu trouver à s'appliquer, les salariés ont préféré intenter des actions en discrimination. Ceci s'explique également par l'existence d'une garantie de réparation (*Code du travail, art. 18(3d)*) ou par le renversement de la charge de la preuve (*Code du travail, art. 18(3b) § 1 in fine*), dispositifs ●●●

●●● exclusivement réservés aux cas de discrimination. L'article 18(3b) § 1 *in fine* du Code du travail, amendé au 1^{er} janvier 2002, fournissait la base d'un renversement de la charge de la preuve, désormais supportée par l'employeur, qui devait établir qu'il avait été « guidé par des considérations autres » que l'inégalité de traitement entre hommes et femmes. Par opposition, depuis le 1^{er} janvier 2004, alors que le principe de non-discrimination était étendu par le Code du travail à d'autres caractéristiques subjectives, les mots « guidé par des considérations autres » étaient remplacés par « guidé par des raisons objectives ». Ainsi, la conception moderne de la charge de la preuve, dans le droit fil de celle prévue par la directive n° 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, s'est forgée en Pologne avant la mise en œuvre du droit de l'Union européenne. En droit du travail, des actions telles que le renversement de la charge de la preuve, incombant dès lors à l'employeur, une fois l'inégalité de traitement établie, ou que la garantie d'une réparation sans qu'il soit besoin d'établir l'existence d'un dommage ou d'un préjudice (*Code du travail, art. 18(3d)*) sont réservées à titre exclusif aux cas d'inégalité de traitement discriminatoire. Pose ainsi difficulté la popularité excessive des actions visant à reconnaître l'existence d'une discrimination par rapport à d'autres actions du droit polonais visant à protéger le principe d'égalité. Alors que des associations font connaître au grand public les mécanismes de lutte contre la discrimination, il n'existe pas d'entité affirmant le principe d'égalité des droits, que ce soit en matière d'emploi ou dans tout autre domaine.

Sans aucun doute, le droit de la non-discrimination revêt une importance particulière dans l'ordre juridique, comme le montre déjà le statut constitutionnel accordé à l'interdiction de la discrimination (se reporter à l'article 32(2) de la Constitution polonaise). L'objet de cette interdiction recouvre en Pologne un champ matériel illimité (et s'applique donc à la discrimination fondée sur toute caractéristique qui pourrait se révéler subjectivement pertinente). Le champ matériel de ce droit ne peut dès lors être étendu. Il en va de même s'agissant du catalogue des effets possibles de la discrimination. Les conséquences d'un comportement discriminatoire énumérées à l'article 18(3b), § 1 du Code du travail, depuis son adoption au 1^{er} janvier 2002, n'ont que valeur d'exemples, cette liste étant précédée par les mots

« en particulier ». En droit polonais, le principe de non-discrimination s'entend à tous égards de manière large, sans qu'il soit besoin de se livrer à une vaine casuistique.

5 INÉGALITÉ DE TRAITEMENT FONDÉE SUR L'APPARTENANCE SYNDICALE

En droit du travail, l'inégalité de traitement liée à l'appartenance syndicale continue de constituer une difficulté. L'affiliation à un syndicat est mentionnée expressément à l'article 18(3a), § 1 comme constituant une caractéristique subjective au titre de laquelle toute discrimination est interdite. Cette prohibition de toute inégalité de traitement liée à l'appartenance ou à la non-appartenance à une organisation syndicale découle également de l'article 3 de la Loi 23 mai 1991 sur les Organisations Syndicales. En dépit de ces textes, un sondage réalisé en 2021 montre que les travailleurs craignent de former une organisation syndicale ou de s'y affilier. Lorsqu'ils le font, ils craignent également de divulguer leur affiliation syndicale⁵. En pratique, ces données montrent qu'il existe nombre d'entreprises du secteur privé où les syndicats sont totalement inactifs. Ceux-ci, par leur indépendance vis-à-vis des employeurs, sont pourtant d'importants lanceurs d'alerte en présence de phénomènes indésirables, comme la discrimination. En raison du manque d'entités indépendantes telles que les organisations syndicales, il est difficile d'apprécier l'ampleur réelle du phénomène de discrimination. En effet, il n'est pas rare que les syndicats (quand ils sont présents) incitent les salariés à introduire en justice des actions en discrimination et leur apportent leur appui à ce titre.

Dans le même sens, il convient de souligner qu'en Pologne, l'inspection sociale du travail demeure à ce jour l'un des outils permettant d'identifier les cas de discrimination ou l'inégalité de traitement non discriminatoire liée à des différences injustifiées de rémunération. Ses membres sont désignés exclusivement à l'initiative des organisations syndicales en vertu de la Loi sur l'Inspection Sociale du Travail du 24 juin 1983⁶. L'article 8(2) de cette loi reconnaît à l'inspecteur social du travail le droit de demander à recevoir du chef d'établissement, du chef de service et des salariés des informations et documents relatifs aux questions relevant de ses activités. Cette disposition lui permettait également, jusqu'à récemment, de vérifier les salaires de chaque

5. *Journal officiel*, 2022, n° 854.

6. *Journal officiel*, 2015, n° 567.

salarié de manière à déceler toute violation éventuelle par l'employeur des principes d'égalité des droits et d'interdiction de toute discrimination. Toutefois, la Cour Constitutionnelle⁷ a jugé que l'article 8(2) de cette loi était en partie contraire à l'article 47 de la Constitution polonaise, l'obligation de produire des documents à l'inspecteur devant être subordonnée à l'accord du salarié dans l'hypothèse où cette divulgation implique la communication de ses données à caractère personnel. En pratique, cette décision empêche les inspecteurs sociaux du travail de procéder à la comparaison des salaires, vu l'impossibilité d'obtenir l'accord de chaque salarié. Une telle comparaison permettrait (comme elle l'a fait dans le passé) de détecter des situations d'inégalité de traitement ou de discrimination grâce à des différences injustifiées de rémunération des travailleurs. Cette problématique est liée à celle du secret salarial qui n'affecte toutefois pas uniquement la Pologne, mais qui se pose également dans d'autres pays de l'Union européenne.

6 CRITÈRES ET FORMES DE DISCRIMINATION RETENUS

Nous l'avons vu, les critères discriminatoires, à savoir les caractéristiques subjectives liées à l'interdiction de la discrimination, ne sont pas énumérés restrictivement en droit polonais. Une interdiction générale de toute discrimination trouve donc à s'appliquer, sans qu'il soit tenu compte du motif de cette dernière. Une telle règle existait déjà avant la transposition du droit de l'Union européenne. Ainsi, le droit polonais prend également en compte d'autres critères non repris à l'article 19 du TFUE. Comme indiqué ci-dessus, il est difficile de rendre plus concrète l'interdiction de la discrimination liée à l'appartenance syndicale. Notons un arrêt rendu en 2022 par une cour d'appel qui a pris en compte une allégation de discrimination fondée sur l'identité de genre en l'assimilant à une discrimination liée au sexe.

La discrimination indirecte est expressément prohibée par l'article 18(3a), § 2 du Code du travail. Celle-ci est également définie à l'article 18(3a), § 4 du Code du travail (*voir ci-dessus*). La jurisprudence accepte qu'« afin de prouver une discrimination indirecte, il est nécessaire d'établir en premier lieu l'existence d'un groupe spécifique de salariés, au sein duquel la majorité (ou l'ensemble) des membres est marquée par une caractéristique donnée, pour démontrer en-

suite que l'employeur a défavorisé ces salariés par l'application d'un critère apparemment neutre » (*Cour Suprême, 23 mai 2012, I PK 206/11*). Il convient dès lors de souligner qu'il existe bien des cas de discrimination indirecte, qui sont révélés par la jurisprudence de la Cour Suprême en la matière.

Le droit polonais ne contient aucune règle spécifique relative à la discrimination croisée (observée en cas de présence simultanée de deux ou plusieurs caractéristiques), l'article 18(3a) du Code du travail interdisant toutefois la discrimination sur la base de toute caractéristique (qu'elle soit ou non expressément visée par cette disposition), que celle-ci soit prise en compte isolément ou en association avec d'autres critères. Toutefois, en pratique, un salarié qui prétendrait en justice avoir souffert d'une discrimination en raison de deux ou plusieurs caractéristiques considérées conjointement (par exemple en raison de son âge et de son sexe) pourrait se voir opposer le fait qu'il n'a pas établi de manière suffisamment claire le critère de discrimination. La jurisprudence est cependant trop rare sur ce point.

S'agissant de la discrimination par association, à savoir une discrimination reposant sur le fait qu'un salarié est associé à une autre personne dotée d'une caractéristique constituant un critère de discrimination, la jurisprudence polonaise, à l'instar de celle de la Cour de justice de l'Union européenne, prend en compte de telles situations. Ainsi, il résulte d'une déclaration de la Cour Suprême en date du 21 juin 2022 (*II PSK 310/21*), faisant suite à l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (*CJCE, 17 juill. 2008, aff. C-303/06, Coleman c. Attridge Law*), qu'est également prohibée toute discrimination par association « dans laquelle la caractéristique concernée est un lien entre la personne subissant la discrimination et une autre personne ayant une caractéristique particulière donnant lieu à la discrimination ».

La notion de discrimination systémique ne se retrouve ni dans les textes des dispositions légales ni dans la doctrine. Il n'en reste pas moins que certaines procédures ou pratiques, ou encore des « cultures d'entreprises » observées au sein de certaines sociétés, peuvent entraîner une inégalité de traitement de certains groupes de salariés en raison de certaines caractéristiques matérielles, et seront, de ce fait, généralement analysées comme des discriminations indirectes. À titre d'exemple, un arrêt de la Cour Suprême (*28 févr. 2019, I PK 50/18*) a considéré comme discrimination indirecte l'adoption par les partenaires sociaux ●●●

⁷ Jugement de la Cour constitutionnelle, 26 avr. 2018, K 6/15 (*Journal officiel*, 2018, n° 830).

●●● (l'employeur et l'organisation syndicale) d'un accord privant de tout droit aux avantages sociaux (en matière de transfert du lieu de travail au nouvel employeur) les personnes dont les droits en matière de retraite résultaient d'une incapacité au moins partielle. Les intéressés se voyaient privés de certains avantages sociaux, en raison de leur appartenance à un groupe bénéficiant d'un revenu déjà garanti en cas de perte de leur emploi (l'accord ne contenait pas de garantie d'emploi). À l'inverse, des avantages sociaux étaient accordés aux personnes qui ne pouvaient prétendre à d'autres revenus en cas de perte d'emploi. La Cour jugea qu'elle était en présence d'une différenciation discriminatoire fondée sur le handicap. Nul doute que la définition de la discrimination indirecte est ici la même que celle de la discrimination systémique. Cependant, cet arrêt lui-même prête à controverse, car il fait fi du droit des partenaires sociaux d'adopter des critères de sélection dans le cadre du dialogue social, dans le respect d'une axiologie dérivée du principe d'égalité des droits, d'une portée plus large que l'interdiction de la discrimination (Code du travail, art. 11(2) et Constitution, art. 32(1)). Les partenaires sociaux disposent de leur propre espace normatif, conféré par la loi (*Code du travail, art. 9, § 1*). Les partenaires sociaux n'appliquent pas la loi, mais sont eux-mêmes créateurs de normes. Dans le cadre de ce processus, ils peuvent soulever des critères dans l'intérêt général de la communauté dans son ensemble. La Cour n'a pas pris cet élément en compte, mais n'a considéré cette question que dans une perspective strictement individuelle, en relevant l'existence d'une différenciation sur la base d'une caractéristique subjectivement pertinente (le handicap), tout en refusant de prendre en compte le contexte collectif et les raisons d'être connexes. En parallèle, cette espèce illustre la théorie développée ci-dessus, selon laquelle les procédures fondées sur la discrimination tendent à remplacer celles liées au principe d'égalité des droits (au sens matériel), ce qui peut déboucher d'une part sur une approche excessivement étroite de l'égalité (fondée exclusivement sur l'interdiction de la discrimination), tout en appauvrissant d'autre part l'axiologie qui lui est associée (assise sur le bien-être de l'entreprise perçue comme une communauté, et non sur l'intérêt du salarié concerné).

Si le droit du travail ne contient pas d'approche plus large des notions de discrimination croisée, de discrimination par association ou de discrimination systémique, d'autres domaines du droit reconnaissent expressément que des distinctions autres que celles qui séparent la discrimination directe et indirecte sont autorisées par l'article 32(2) de la Constitution polonaise. Nous

avons déjà signalé cette disposition de la Loi fondamentale qui prévoit une interdiction de toute discrimination en termes larges et indubitablement illimités. C'est également ce qu'énonce un jugement du Tribunal Administratif de Gdańsk du 20 décembre 2018 (*III SA/Gd 718/18*):

« Le fait que les dispositions de la loi du 3 décembre 2010 relative à la transposition de certaines dispositions de l'Union européenne relatives à l'égalité de traitement (*Journal officiel* de 2016, 1219, modifiée) ne définissent que les notions de discrimination directe et indirecte ne fait pas obstacle à l'emploi, dans les actes des collectivités locales, d'autres catégories conceptuelles relatives au phénomène de discrimination. Il convient de garder à l'esprit la disposition de l'article 32(2) de la Constitution de la République de Pologne, portant que nul ne peut subir de discrimination dans la vie politique, sociale ou économique, pour quelque motif que ce soit. Par suite, la loi n'interdit en rien de déduire des sciences sociales et de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne des types de discrimination autres que ceux prévus par la loi. »

Le Tribunal Administratif n'a pas retenu l'argument du gouverneur qui critiquait ainsi la résolution adoptée par le conseil municipal :

« Par cette résolution, le Conseil municipal étend la notion de discrimination pour y inclure la discrimination multiple (croisée), la discrimination par association et la discrimination fondée sur des stéréotypes. Ces notions n'existent pas dans l'ordre juridique polonais. En conséquence, le législateur a délibérément choisi de ne pas insérer certaines définitions dans l'ordre juridique. Dans une telle situation, leur introduction dans la résolution du Conseil Municipal de G. doit, pour le requérant, être perçue comme une violation matérielle de la loi. »

Comme indiqué ci-dessus, le Tribunal Administratif a fait une application correcte de l'article 32(2) de la Constitution polonaise en jugeant que l'interdiction de ces formes de discrimination pouvait se déduire directement de la Constitution polonaise. En conséquence, de telles considérations peuvent de même s'appliquer au droit du travail, car elles se fondent sur une disposition constitutionnelle d'application directe, valable également en droit du travail et en droit des collectivités locales.

S'agissant du harcèlement, le Code du travail en distingue deux modalités discriminatoires (en son article 18(3a), § 5(2) susvisé et en son article 18(3a), § 6). Le législateur introduit ainsi une définition de deux formes de harcèlement discriminatoire, à savoir le harcèlement sexuel et le harcèlement fondé sur toute autre caractéristique subjectivement pertinente. Comme

l'indique la Cour d'appel de Szczecin dans son arrêt du 28 juillet 2022 (*III APa 6/22*), « dans l'hypothèse d'un harcèlement [sexuel], la continuité et la durée des agissements sanctionnés ne sont pas requises, un seul acte suffisant à établir la responsabilité de l'employeur ».

7 SYNTHÈSE

Cet article vise à présenter les solutions juridiques adoptées en Pologne en matière de droit de lutte contre la discrimination. Au sens strict du terme, la législation polonaise s'est développée dans ce domaine presque parallèlement au droit de l'Union européenne. Le droit communautaire

a été une importante source d'inspiration pour le législateur polonais, et ce bien avant l'accession du pays à l'Union européenne. Des solutions juridiques similaires à celles qui avaient été élaborées au sein de la Communauté ont été introduites en Pologne pratiquement à l'heure même où elles étaient mises en œuvre dans le pays. En vertu du droit constitutionnel, le principe de non-discrimination se distingue du principe d'égalité devant la loi. De même, le Code du travail traite la discrimination comme une forme qualifiée d'inégalité de traitement. Au cours des dernières années, tant la jurisprudence que la doctrine ont toutefois tendu à reconnaître que chaque cas d'inégalité de traitement constitue une discrimination, en particulier en ce qui concerne le droit à réparation prévu par le Code du travail. ■

Les avancées réalisées par la loi espagnole 15/2022 du 12 juillet 2022 relative à la discrimination

Juan Carlos Álvarez Cortés, Professeur de droit du travail et de la sécurité sociale à l'Université de Málaga

1 POINT DE DÉPART : L'ARTICLE 14 DE LA CONSTITUTION ESPAGNOLE

Aux termes de l'article 14 de la Constitution espagnole (CE), tous les citoyens espagnols sont égaux devant la loi, et aucune discrimination ne peut s'exercer pour des motifs tenant à la naissance, à la race, au genre, à la religion, aux opinions ou à toute autre condition ou circonstance personnelle ou sociale.

Il s'agit là du double droit classique :

- à l'égalité, qui peut toutefois faire l'objet d'un traitement différencié fondé sur des motifs objectifs et raisonnables, et ;
- à l'absence de discrimination, prohibant de manière radicale toute distinction reposant sur l'une des circonstances visées à l'article 14, ce principe s'appliquant de manière universelle à ceux qui sont tenus de le respecter.

Ces droits ont été développés dans le cadre des arrêts du Tribunal constitutionnel espagnol.

2 LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT À L'ÉGALITÉ ET À LA NON-DISCRIMINATION EN ESPAGNE

Cette évolution a été le produit de plusieurs lois (*García Murcia, 2022, 12*) :

- loi organique 4/2000 du 11 janvier 2000 sur les droits et libertés des étrangers en Espagne et leur intégration sociale, article 3 ;
- loi 51/2003 du 2 décembre 2003 sur l'égalité des chances, l'absence de discrimination et l'accès universel en faveur des personnes handicapées (modifiée et améliorée par le Décret Législatif Royal 1/2013 en faveur des personnes handicapées) ;
- loi 62/2003 du 30 décembre 2003, transposant la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000, créant un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail – lutte contre la discrimina-

tion fondée sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou une orientation sexuelle donnée, en matière d'emploi et de travail ;

– loi organique 3/2007 du 22 mars 2007 en faveur de l'égalité effective des sexes (femmes et hommes) ;

– loi 17/2011 du 5 juillet 2011 sur la sécurité alimentaire et la nutrition (*art. 37*, discrimination directe ou indirecte au motif de surpoids ou d'obésité) ;

– loi 39/2022 du 30 décembre 2022 sur le sport (*art. 4* : égalité en matière sportive : genre, LGBTI, origine raciale ou ethnique) ;

– loi 4/2023 du 28 février 2023 pour l'égalité réelle et effective des personnes transsexuelles et LGBTI ;

– loi 12/2023 du 24 mai 2023 sur le droit au logement et sur l'égalité et l'absence de discrimination en matière de logement (*art. 6*) ;

– loi organique 10/1995 du 23 novembre 1995 (*art. 510*) ;

– ainsi que la loi organique 2/2024 du 1^{er} août 2024 sur la représentation égale et présence équilibrée des femmes et des hommes (transposant notamment la directive (EU) 2022/2381 du 27 décembre 2022), la représentation égale et présence équilibrée entre hommes et femmes, s'entendant comme d'une situation dans laquelle la proportion de personnes de l'un ou l'autre sexe n'est pas supérieure à 60 % ou inférieure à 40 % dans un domaine spécifique.

Les dispositions spécifiques visées dans le domaine social sont le Statut des Travailleurs, en ses articles 4 et 17, modifié à plusieurs reprises et analysé ci-dessous, la loi 3/2023 du 28 février 2023 sur l'Emploi (*art. 5 a*) et la loi relative aux Infractions et Sanctions en matière sociale (*art. 8.12*).

3 PLACE PARTICULIÈRE DE LA LOI 15/2022 DU 12 JUILLET 2022 INTÉGRALE POUR L'ÉGALITÉ ET LA NON-DISCRIMINATION

En vertu de la Constitution espagnole, les lois régissant les droits fondamentaux (également dé-

nommées lois organiques) doivent être adoptées à une majorité qualifiée par le Parlement. Chose surprenante, tel ne fut pas le cas de la loi 15/2022 du 12 juillet 2022, ce qui a amené une partie de la doctrine spécialisée à émettre des critiques (*García Murcia, 2022, 13*), certains autres auteurs justifiant toutefois cette possibilité par l'arrêt 76/1983 du Tribunal Constitutionnel, selon lequel le principe d'égalité « n'est pas une question requérant en soi des développements réglementaires par voie de lois organiques », outre le fait que celui-ci ne réglemente pas intrinsèquement le droit à l'égalité et à la non-discrimination mais bien « la promotion, la garantie, l'efficacité, la protection et, en bref, la mise en œuvre de celui-ci » (*López Cumbre, 2023, 18*).

La loi vise à garantir et à promouvoir le droit à un traitement égal et à l'absence de discrimination. Elle réglemente dès lors les droits et obligations des citoyens et entités, en établissant les principes appelés à régir les actes des autorités publiques par des mesures visant à prévenir, éliminer et corriger toute forme directe ou indirecte de discrimination.

La loi 15/2022 comble une importante lacune qui subsistait en Espagne s'agissant du développement législatif du droit fondamental à l'égalité et à la non-discrimination, en l'absence d'instrument législatif traitant de manière exhaustive des questions d'égalité de traitement et de discrimination.

L'intitulé de la loi annonce son caractère « intégral », car elle met en place un cadre général tendant à l'application d'une prohibition de la discrimination pour tous motifs possibles, portant ainsi remède à une grave carence que présentait jusqu'alors le système juridique espagnol.

Cette loi est fondée sur l'idée, acceptée par la doctrine, que le droit de ne pas subir de discrimination est la manifestation de la dignité de l'être humain ou, en d'autres termes, que le droit à un traitement égal et à l'absence de discrimination est un droit humain. Elle vise à répondre à un besoin réglementaire spécifique : créer un instrument efficace contre toute discrimination dont pourrait souffrir toute personne, dans quelque domaine que ce soit, comme le veut la conception la plus moderne des droits humains.

Elle trouve à s'appliquer à tous les secteurs de la société (*L. 15/2022, 12 juill. 2022, art. 2.4 et 3*), ce qui reflète en substance une prise de conscience de l'importance des progrès à accomplir vers la tolérance et l'absence de préjugés discriminatoires, appelés à gouverner les relations humaines, et l'élimination de tous les stéréotypes influençant nos décisions. Ainsi, la loi 15/2022 intègre une approche holistique et exhaustive du droit à l'égalité par la mise en place d'une série

de garanties s'étendant à tous les domaines de la vie publique, en ce compris, bien entendu, les relations de travail (*Ballester Pastor, 2022*). Cette loi est « le dernier maillon d'une longue série de mesures juridiques visant à garantir le droit légitime à un traitement égal en tout temps et en tout lieu, en étendant – chose indispensable – son champ d'application au lieu de travail », contexte dans lequel les situations discriminatoires deviennent plus visibles et suscitent une plus vive sensibilité (*Monereo et autres, 2023*).

L'article 4.3 de la loi 15/2022 attribue au droit à l'égalité et à la non-discrimination le statut de « principe directeur du système juridique » afin d'assurer son intégration et de le faire respecter de manière générale dans le cadre de l'interprétation et de l'application des règles de droit.

Il s'agit là d'une loi transverse applicable à tous les critères et à tous les motifs de discrimination.

Rappelons-nous que, dans un État décentralisé, une loi anti-discrimination ne peut être conçue comme le monopole de l'une des composantes de celui-ci. Par suite, l'action conjointe des différentes entités (État, communautés autonomes (régions) et entités locales) en vue de la réglementation et de la mise en œuvre des fonctions conduisant à cette égalité intégrale est l'une des caractéristiques les plus remarquables de la loi 15/2022. Le législateur conçoit ici une règle légale servant de plus petit commun dénominateur aux actions réglementaires des communautés autonomes, auxquelles celle-ci impose une obligation de collaboration visant à une plus grande efficacité dans l'atteinte de l'objectif, qui n'est autre que l'élimination de toute discrimination (*Seijas Villadangos, 2023*).

Cette loi aurait mérité de faire l'objet d'une plus grande promotion et de meilleures explications à l'initiative des autorités publiques et de bénéficier de plus d'attention de la part de la doctrine et des professionnels du droit. Ceci pourrait être dû au fait que la doctrine travailliste s'est jusqu'ici concentrée sur la possibilité de voir déclarer « nulle et de nul effet » la résiliation d'un contrat de travail lorsque son titulaire se trouve dans une situation d'incapacité temporaire ou souffre d'une maladie.

Nous nous trouvons néanmoins en présence d'une loi importante, munie d'atouts majeurs. Elle présente trois caractéristiques principales : il s'agit d'une loi de garantie (visant à assurer la protection de droits déjà dotés d'existence) ; cette loi est générale (et va au-delà des lois sectorielles tendant à prévenir tout type spécifique de discrimination) ; enfin, cette loi est exhaustive (s'agissant des motifs de discrimination dont elle élargit les sphères objective et subjective telles qu'existant à ce jour).



4 EXPANSION OU EXTENSION DES MOTIFS DE DISCRIMINATION PAR LA LOI 15/2022

Comme nous l'avons vu, l'article 14 de la Constitution espagnole mentionne la naissance, la race, le genre, la religion et les opinions ou « toute autre condition ou circonstance personnelle ou sociale ».

La plus grande part de la législation espagnole relative à l'égalité et à la non-discrimination a été adoptée en vertu du droit de l'Union européenne et de la doctrine développée par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) ou par le Tribunal Constitutionnel Espagnol. Cette législation élargit les motifs énoncés à l'article 14 de la Constitution, en prenant en compte les principes et les divers instruments internationaux acceptés par l'Espagne, que ce soit à l'occasion de son intégration dans l'Union européenne ou de la signature d'une convention internationale à laquelle le pays est partie.

L'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE) vise les motifs de discrimination que sont le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion, les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ou encore la nationalité au sein de l'UE.

Parmi l'ensemble de ces facteurs, la couleur, les caractéristiques génétiques, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, l'orientation sexuelle ou la nationalité au sein de l'UE ne sont pas mentionnées dans notre Constitution ; par ailleurs, l'incapacité et l'âge sont des motifs invoqués par les directives européennes et transposés dans l'ordre juridique espagnol.

L'article 2 de la loi 15/2022 ajoute aux motifs déjà énoncés à l'article 14 de la Constitution espagnole et à l'article 21 de la CDFUE, à savoir la naissance, l'origine raciale ou ethnique, le sexe, la religion, les convictions ou opinions, l'âge, l'incapacité, la langue, la situation socio-économique (fortune), l'orientation ou l'identité sexuelle, entraînant une extension des motifs possibles de discrimination en les complétant par les éléments suivants (ce qui fait ainsi de la loi un instrument plus exhaustif que la Charte européenne) (*Ángel Quiroga, 2023*):

- maladie ou état de santé ;
- statut sérologique et/ou prédisposition génétique à souffrir de pathologies et problèmes médicaux ;
- identité sexuelle et expression de genre (visant ainsi les notions de nature personnelle, sociale

et culturelle transcendant le simple genre biologique) ;

– la formulation finale ouverte figurant dans la Constitution espagnole étant par ailleurs maintenue.

Toute personne, quelle que soit sa nationalité ou quel que soit son âge ou son statut de résidence, bénéficie dès lors d'un droit à un traitement égal et à l'absence de discrimination à raison de l'âge, de l'incapacité, de l'orientation ou de l'identité sexuelle, de l'expression de genre, de sa maladie ou de son état de santé, de son statut sérologique et/ou de toute prédisposition génétique à souffrir de pathologies et problèmes de santé, ou encore de son statut linguistique ou socio-économique. La loi organique 6/2022 du 12 juillet 2022, complétant la loi intégrale pour l'égalité et la non-discrimination (*L. 15/2022, 12 juill. 2022*), amendant la loi organique 10/1995 du 23 novembre 1995 établissant le Code pénal, inclut au titre de la discrimination ou de la haine à l'égard de certains groupes, outre ceux visés par la loi 15/2022 : l'antisémitisme, l'antitsiganisme, et l'aporophobie, qui n'est autre que l'aversion à l'égard des personnes en situation de précarité, ou encore, « toute autre condition personnelle ou sociale », pour reprendre les termes de l'article 14 de la Constitution espagnole ou « situation socio-économique » prévue à l'article 2 de la loi 15/2022.

En toute hypothèse, le caractère intégral dont elle se revendique amène la loi à étendre son champ d'application au-delà des six terrains « classiques » de discrimination prévus par l'article 14 de la Constitution espagnole. Il s'agit là d'une extension très positive, fondée sur des apports doctrinaux et jurisprudentiels consolidés qui permettront à la personne affectée d'obtenir plus aisément la cessation de la conduite transgressive ainsi que la réparation du dommage causé. Mais si la loi est intégrale, c'est aussi qu'elle se manifeste dans tous les domaines de la vie politique, économique, culturelle et sociale auxquels elle s'applique et non aux seuls secteurs du travail et de l'emploi, mais aussi à ceux de l'éducation, de la santé, des services sociaux, de l'accès aux produits et services, en ce compris le logement, la publicité et les médias, ainsi qu'à la participation à la vie sociale et politique. Il va de soi qu'elle établit de ce fait une série d'obligations s'imposant à toutes les administrations publiques et aux relations entre individus.

Quelle est la raison d'être de l'élargissement de cette liste de motifs ? Fondamentalement, il s'agit d'identifier et de déterminer quelles sont ou quelles devraient être les raisons pour lesquelles une différence de traitement devrait être perçue comme discriminatoire.

La réponse ne sera probablement jamais connue, en large partie parce que l'idée de discrimination est toujours liée aux valeurs qui prévalent à un moment donné dans une société déterminée.

Rien n'empêche le législateur ou le juge d'étendre cette liste pour épouser le rythme de l'évolution de la société elle-même dans le droit fil de la « clause finale » de l'article 14 de la Constitution espagnole ou à la lumière des instruments internationaux concernés (*Constitution espagnole, art. 10*).

Cette réglementation porte sur la discrimination existante et même sur la discrimination à venir, les enjeux égalitaires évoluant avec la société. À ce titre, les réponses à apporter à l'avenir devront s'adapter afin de protéger les personnes contre tout type de discrimination, avec un double objectif de prévention et de réparation, en évitant et éradiquant toute forme de discrimination et, si cela se révèle impossible, afin de protéger les victimes (*Grau Pineda, 2023*).

5 FORMES DE DISCRIMINATION

Il convient de rappeler que tout traitement inégal n'implique pas une discrimination ; si cette observation n'est pas neuve, il était important que la loi 15/2022 du 12 juillet 2022 y revienne :

a) Une différence de traitement ne sera pas réputée présenter de caractère discriminatoire lorsqu'elle résulte d'une disposition, d'une conduite, d'un acte, d'un critère ou d'une pratique dont il est possible de justifier objectivement l'objectif légitime ainsi que les moyens appropriés, nécessaires et proportionnés visant à l'atteindre. Ceci revient en quelque sorte à intégrer à la norme les principes jurisprudentiels de caractère approprié, de nécessité et de proportionnalité.

b) Il est possible et souhaitable de poser des actes positifs, à savoir de créer des différences de traitement visant à prévenir, éliminer et, s'il y a lieu, à compenser toute forme de discrimination ou de désavantage dans sa dimension collective ou sociale.

S'agissant des formes de discrimination, outre les schémas classiques que sont la discrimination directe (correspondant à un traitement moins favorable) et indirecte (un désavantage découlant d'actes neutres en apparence), la loi 15/2022 se penche sur d'autres modalités plus modernes :

– discrimination par association (fondée sur la relation entre la victime de la discrimination et une autre personne) (*CJUE, 17 juill. 2008, n° C-303/06, Coleman*);

– discrimination par erreur (imputable à une « appréciation incorrecte » des caractéristiques de la victime de la discrimination);

– discrimination multiple (causée de manière simultanée ou consécutive par deux ou plusieurs motifs);

– discrimination intersectionnelle (due à la concurrence ou à l'interaction de plusieurs causes);

– harcèlement discriminatoire (par création d'un environnement intimidant, hostile, dégradant, avilissant, humiliant ou insultant fondé sur un élément discriminatoire), lié en Espagne aux risques professionnels;

– ségrégation scolaire, à savoir toute séparation de personnes qui reposerait sur des motifs qui devraient bénéficier de l'application du principe d'égalité de traitement.

En revanche, la loi définit également de manière large les situations qu'il convient de considérer comme des différences non discriminatoires de traitement, qui peuvent être justifiées objectivement par une finalité légitime et comme un moyen approprié, nécessaire et proportionné d'atteindre celle-ci, posant ainsi en d'autres termes une règle générale de justification de la discrimination (*Cabeza et Viqueira, 2023*).

6 ACTIONS DISCRIMINATOIRES

Pour l'article 6 de la loi 15/2022, les actions discriminatoires peuvent être de trois types :

a) Refus aux personnes handicapées d'aménagements raisonnables (discrimination directe) dans les cas où des modifications et adaptations nécessaires et appropriées sont refusées ou évitées, alors qu'elles n'imposeraient pas une charge disproportionnée ou excessive, lorsque celles-ci sont requises dans un cas particulier afin de faciliter l'accessibilité et la participation et de permettre aux personnes handicapées de jouir de l'ensemble de leurs droits ou d'exercer ceux-ci dans des conditions d'égalité (*CJUE, 15 juill. 2021, n° C-795/19, Tartu Vangla*; *CJUE, 10 févr. 2022, n° C-485/20, HR Rail SA*; *CJUE, 18 janv. 2024, n° C-631/22, Ca Na Negreta*). Cette dernière décision a donné lieu à des propositions de modification du Statut des Travailleurs, qui permet de mettre un terme à la relation de travail de salariés dont l'incapacité de travail permanente est constatée (à l'issue d'une période de réexamen de deux ans) sans leur avoir offert au préalable, dans toute la mesure du possible, une adaptation de leur poste de travail afin de le rendre compatible avec l'incapacité dont ils souffrent. ●●●

●●● b) Incitation, ordre ou instruction tendant à la discrimination (une telle conduite étant tenue pour discriminatoire lorsqu'elle est fondée sur l'un des motifs prévus par la loi) et amenant donc concrètement, directement et effectivement une autre personne à agir de manière discriminatoire ou intolérante.

c) Rétorsion, consistant en un traitement défavorable ou en des conséquences négatives qu'une personne ou un groupe auquel elle appartient peut subir pour être intervenue, ou pour avoir participé ou collaboré à une procédure administrative ou judiciaire visant à prévenir une situation discriminatoire ou à y mettre un terme, ou pour avoir déposé une plainte ou réclamation, introduit une instance ou formé un appel de quelque nature que ce soit tendant aux mêmes fins.

7 CONSÉQUENCES DONNÉES AUX ACTES DISCRIMINATOIRES PAR LA LOI 15/2022

La loi 15/2022 est une loi de garantie imposant la mise en œuvre de mesures préventives et la cessation de mesures discriminatoires et prévoyant une responsabilité administrative, civile et pénale au titre du préjudice causé, réalisant ainsi une égalité de traitement et une égalité des chances réelles (ou matérielles). Outre des mesures préventives, elle inclut également des mesures de protection et de réparation en présence de cas de discrimination, la nullité intégrale des dispositions, actes ou clauses constituant ou causant une discrimination, l'imposition d'une responsabilité financière et la réparation des dommages (en prévoyant non seulement des mesures de compensation mais également des actes tendant à ramener si possible la victime à la situation dans laquelle elle se trouvait avant l'incident discriminatoire), la protection judiciaire de ce droit et les règles gouvernant le fardeau de la preuve (*Grau Pineda, 2023*).

Il semble que le législateur n'ait eu guère confiance en l'interprétation que donneraient les juges espagnols aux règles relatives à l'égalité et à la non-discrimination ; c'est pourquoi l'article 7 de la loi 15/2022 indique comment il convient d'interpréter celles-ci. Il prévoit qu'elles doivent être lues en conformité avec les conventions internationales en vigueur en matière de Droits Humains auxquelles l'Espagne est partie, ainsi qu'avec la jurisprudence des instances juridictionnelles internationales, compte tenu des recommandations et résolutions adoptées par les organisations internationales multilatérales et régionales. En cas de divergence d'interprétation, la loi impose l'interprétation assurant la protection la plus efficace des personnes physiques ou des

groupes qui ont été ou pourraient être affectés par une conduite discriminatoire ou intolérante.

► Mécanismes visant à garantir le droit à l'égalité

Comme nous l'avons indiqué, six mécanismes sont prévus afin de garantir le droit à l'égalité :

1. Mesures préventives : celles-ci impliquent une intervention à deux niveaux. En premier lieu, la mise en œuvre de méthodes ou d'instruments suffisants pour identifier des situations éventuelles ou réelles de discrimination prohibée par la loi. En deuxième lieu, une fois que des conduites ou actes éventuellement discriminatoires ont été identifiés, des mesures préventives sont mises en place afin d'éviter la survenance de situations discriminatoires, et des mesures appropriées sont adoptées afin que celles-ci cessent dès que possible là où elles se sont produites.

2. Déclaration de la nullité de tous actes, dispositions ou clauses de toutes opérations juridiques qui constitueraient ou causeraient une discrimination fondée sur l'un des motifs prévus par la loi.

3. Responsabilité de la personne ou de l'entité auteur de la discrimination :

– la survenance d'une conduite discriminatoire peut engager la responsabilité administrative et, s'il y a lieu, pénale et civile de son auteur au titre des préjudices qui pourraient être subis, ce qui peut inclure à la fois le retour à la situation antérieure et une indemnisation permettant la réparation intégrale et effective du dommage causé aux victimes ;

– responsabilité financière et réparation du dommage causé, par voie d'indemnisation et en remplaçant la victime dans la situation antérieure à l'incident discriminatoire, là où cela est possible. La loi prévoit que la déclaration notant l'existence d'une discrimination implique nécessairement l'existence d'un dommage moral, qui sera apprécié en fonction des circonstances de l'espèce, de la concurrence ou de l'interaction de plusieurs causes de discrimination ou de la gravité de la lésion effectivement subie.

4. Protection judiciaire contre les violations du droit à l'égalité de traitement et à la non-discrimination :

– adoption de toutes mesures nécessaires afin de mettre un terme à la discrimination en cause, en particulier par des mesures tendant à la cessation immédiate de la discrimination, avec adoption de mesures de précaution visant à la prévention de tous manquements imminents ou ultérieurs, à l'indemnisation des dommages causés et au rétablissement de la partie lésée dans l'exercice intégral de ses droits, quels que soient sa nationalité, son âge ou son statut de résidence ;

– faculté de défendre le droit à l'égalité de traitement et à la non-discrimination appartenant non seulement à la partie lésée, mais également à d'autres entités;

– renversement du fardeau de la preuve, déjà prévu dans le passé par notre système juridique, mais renforcé cette fois lorsque le plaignant ou la partie intéressée invoque une discrimination et rapporte une preuve fondée de son existence; en pareil cas, c'est au défendeur ou à la partie à laquelle la situation discriminatoire est imputée qu'il incombe de fournir une justification objective, raisonnable et suffisamment étayée par les faits, établissant les mesures prises et leur proportionnalité.

5. Des manquements sont définis et des sanctions sont prévues en matière d'égalité de traitement et de non-discrimination. Soit dit en passant, ceux-ci ont peine à s'intégrer aux manquements et sanctions prévus par le droit social espagnol (*Altés Tárrega, 2022*). Les administrations publiques ne peuvent accorder des subventions, primes ou aides publiques aux personnes physiques ou morales, de droit public ou privé, sanctionnées par une décision administrative définitive au titre de l'une des infractions considérées comme très graves, aux conditions et dans les délais prévus par la loi 15/2022.

6. Enfin, une autorité indépendante est créée afin de protéger et de promouvoir l'égalité de traitement et la non-discrimination.

► Mesures de protection et de réparation en présence de cas de discrimination

Les mesures de protection et de réparation en présence de cas de discrimination conséquences étaient déjà prévues notamment dans les cas suivants :

a) Les actes constitutifs de manquements ou de violations de ces droits à l'égalité de traitement et à la non-discrimination pour l'un des motifs visés par la loi 15/2022 seront tenus pour nuls et de nul effet (*L. 15/2022, 12 juill. 2022, art. 26*). Le licenciement d'un salarié en congé maladie peut être considéré comme nul et de nul effet (ce qui oblige l'entreprise à réintégrer l'intéressé dans ses fonctions antérieures et à acquitter l'ensemble des salaires entre la date de licenciement et celle de réintégration) ou comme fautif (auquel cas la relation de travail prend fin, l'entreprise devant toutefois au salarié une compensation financière).

b) La protection judiciaire du droit à l'égalité de traitement et à la non-discrimination inclura les mesures nécessaires afin de mettre fin à la situation discriminatoire, en tendant à sa cessation immédiate, avec possibilité d'adoption de mesures de précaution (*L. 15/2022, 12 juill. 2022, art. 28*). Dans le domaine des relations de

travail, les organisations syndicales sont fondées à défendre les droits et intérêts de leurs membres dans les procédures civiles et contentieuses administratives et devant les juridictions du travail, à charge pour elles d'obtenir l'autorisation expresse de ceux-ci.

c) Aux termes de l'article 27 de la loi 15/2022 du 12 juillet 2022, les actes discriminatoires entraînent également une obligation de replacer la victime dans sa situation antérieure lorsque cela est possible et, dans chaque cas, de compenser les dommages causés. Dans tous les cas, l'existence d'un dommage moral est présumée. En matière d'emploi, les employeurs ou entreprises fournissant des biens et services voient leur responsabilité engagée lorsque la discrimination, y compris le harcèlement, intervient au niveau de l'organisation ou de la direction et quand les obligations de protection des victimes n'ont pas été respectées.

8 DISPOSITIONS SPÉCIFIQUES DE DROIT DU TRAVAIL RELATIVES À LA LOI 15/2022 ET AU STATUT DES TRAVAILLEURS

► Réglementation de l'égalité et de la non-discrimination en matière d'emploi dans la loi 15/2022

S'il est vrai que la loi trouve à s'appliquer à tous les domaines de la vie sociale (éducation, santé, services sociaux, accès aux biens et services, dont notamment le logement, la participation sociale ou politique, la publicité et les médias), elle n'en affecte pas moins les aspects du droit social auxquels nous nous intéressons ici :

– l'emploi, tant salarié qu'indépendant, notamment en ce qui concerne l'accès à celui-ci, les conditions de travail, dont la rémunération et le licenciement, l'avancement et la formation;

– l'accès aux emplois publics, ainsi que la promotion, les conditions de travail et la formation au sein de la fonction publique;

– l'adhésion et la participation aux organisations politiques, syndicales, patronales et professionnelles et organisations d'intérêt social ou économique;

– la protection sociale et les avantages et services sociaux.

La loi 15/2022 contient, en ses articles 9 (caractère subordonné de l'occupation), 10 (négociation collective) et 11 (emploi indépendant) des dispositions mineures tendant au rappel de règles antérieures ainsi que des exhortations (se réduisant à une simple invitation) à des actes positifs émanant des personnes privées.

S'agissant du travail subordonné: ●●●

●●● – l’employeur n’est pas autorisé à s’enquérir de l’état de santé du demandeur d’emploi (L. 15/2022, 12 juill. 2022, art. 9.5); cette disposition n’est pas nouvelle et se retrouve déjà dans la loi sur la protection des données à caractère personnel;

– il est fait obligation aux entreprises dotées d’un effectif supérieur à 250 salariés de publier l’information salariale nécessaire à l’analyse des facteurs différentiels de rémunération, en considérant les conditions ou circonstances énumérées dans la liste des motifs de discrimination (L. 15/2022, 12 juill. 2022, art. 9.6);

– la plupart des employeurs et des syndicats représentatifs établiront un rapport annuel sur le respect des dispositions des articles 9, 10 et 11 de la loi intégrale sur l’égalité de traitement et la non-discrimination (disposition complémentaire n° 4);

– l’inspection du travail et de la sécurité sociale veillera particulièrement au respect du droit à l’égalité de traitement et à la non-discrimination en matière d’accès à l’emploi et de conditions de travail. À cet effet, dans l’exercice de ses fonctions communes, elle inclura dans son plan annuel d’action intégré un objectif général tendant au développement de plans spécifiques visant à l’égalité de traitement et à la non-discrimination en matière d’accès à l’emploi et de conditions de travail;

– les services publics de l’emploi, les entités qui collaborent avec eux, de même que les agences privées d’emploi, sont particulièrement tenus de veiller au respect du droit à l’égalité de traitement et à la non-discrimination au regard des motifs prévus par la loi, en privilégiant l’application de mesures tendant à cette fin, comme le recours aux *curriculum vitae* anonymes.

Mis à part le fait que les entreprises peuvent mener des actions relevant de leur responsabilité sociale en vue de la promotion des conditions d’égalité de traitement et de non-discrimination en leur sein ou dans leur environnement social, à charge pour elles d’en informer les représentants des travailleurs, la réglementation n’est pas trop « audacieuse » ou innovante en matière d’application de règles spécifiques de droit du travail. Ce sont les articles 9 à 12 de la loi 15/2022 qui mettent l’accent sur cet aspect, en établissant des règles qui étaient déjà inscrites, sous une forme ou une autre, dans le droit du travail ou dans la jurisprudence qui l’interprétait.

Dans le domaine des négociations collectives:

– les pouvoirs publics doivent encourager le dialogue avec les partenaires sociaux afin de pro-

mouvoir l’existence de codes de conduite et de bonnes pratiques;

– la loi énonce expressément un principe qui avait déjà été prévu en matière de négociation collective: elle ne peut établir de limitation, de ségrégation ou d’exclusion au titre de l’accès à l’emploi, y compris de critères de sélection, de formation à l’emploi, de promotion professionnelle, de rémunération, d’horaires de travail et d’autres conditions de travail ou en ce qui concerne la suspension, le licenciement ou les autres causes de résiliation du contrat de travail pour les motifs prévus par la loi;

– elle appelle également à une action positive dans la sphère des négociations collectives afin de prévenir et d’éliminer toute forme de discrimination en matière d’emploi et de conditions de travail et d’y porter remède;

– les représentants légaux des travailleurs et de l’entreprise elle-même veilleront au respect du droit à l’égalité de traitement et à la non-discrimination au sein de celle-ci pour les motifs prévus par la loi et notamment en ce qui concerne les mesures positives et l’atteinte de leurs objectifs;

– des objectifs et mécanismes d’information et d’évaluation périodique portant sur les mesures adoptées afin de prévenir et éliminer les situations de discrimination peuvent être mis en place conjointement par les entreprises et par les représentants légaux des travailleurs.

En ce qui concerne le travail indépendant: les accords relatifs aux intérêts professionnels de travailleurs indépendants placés dans une situation de dépendance économique peuvent contenir des appels à des actions positives¹.

► Réglementation de l’égalité et de la non-discrimination en matière d’emploi dans le Statut des Travailleurs espagnols

Nous nous attacherons ici aux deux articles qui sont les plus importants à cet égard, à savoir l’article 4.2 c et l’article 17 du Statut des Travailleurs.

En premier lieu, l’article 4.2 c) du Statut des Travailleurs dispose que les travailleurs ont le droit de ne pas faire l’objet de discrimination directe ou indirecte en matière de recrutement ou, une fois qu’ils sont titulaires d’un contrat de travail, pour les motifs suivants:

- statut marital;
- âge dans les limites définies par cette loi;
- origine raciale ou ethnique;
- condition sociale;
- religion ou convictions;
- idées politiques;

¹. Il s’agit en Espagne d’un type particulier de travailleur indépendant qui perçoit au moins 75 % de ses revenus d’un seul client (tout en répondant à d’autres conditions).

- orientation sexuelle, identité sexuelle, expression de genre, caractéristiques sexuelles;
- appartenance ou absence d'appartenance à une organisation syndicale;
- emploi des langues au sein de l'État espagnol;
- incapacité;
- de même que pour des motifs liés au genre, y compris le traitement défavorable des femmes ou des hommes dans l'exercice des droits à la compatibilité ou à la coresponsabilité au titre de la vie familiale et professionnelle. Il doit être possible de répondre aux nécessités familiales durant les heures de travail dans le cadre des autorisations prévues par la loi.

Sauf ces trois deniers motifs, les autres causes énumérées ci-dessus étaient déjà prévues par la jurisprudence de notre Tribunal Constitutionnel.

De même que l'article 4, l'article 17 du Statut des Travailleurs porte sur l'« absence de discrimination dans les relations sociales » :

a) Seront tenus pour nul et de nul effet toutes dispositions réglementaires, clauses des conventions collectives, accords individuels et décisions unilatérales de l'employeur qui donneraient lieu à des situations de discrimination défavorable directe ou indirecte fondée sur l'âge ou l'incapacité ou sur des situations de discrimination directe ou indirecte pour des motifs de genre ou d'origine, en ce compris l'origine raciale ou ethnique, le statut marital ou social, la religion ou les convictions, les idées politiques, l'orientation et l'identité sexuelles, l'expression de genre, les caractéristiques sexuelles, l'adhésion ou l'absence d'adhésion à des organisations syndicales ou à leurs accords, les relations familiales avec des personnes appartenant à la société ou à l'employeur ou liées à ceux-ci ou l'emploi des langues au sein de l'État espagnol.

Sont de même frappés de nullité tous ordres tendant à la discrimination et toutes décisions de l'employeur entraînant un traitement défavorable des travailleurs en réaction à une plainte formulée au sein de l'entreprise ou à une action administrative ou judiciaire visant à assurer le respect des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination.

Les employeurs répondent du respect de l'obligation de prendre des mesures de protection contre la discrimination et la violence visant les personnes LGBTI (*L. 4/2023, 20 juin 2023, art. 62.3* pour l'égalité réelle et effective des personnes transsexuelles et pour les garanties des droits des LGBTI).

b) La loi peut établir des exclusions, réserves et préférences pour assurer un recrutement libre. Le gouvernement peut réglementer des mesures

positives de quotas, de durée ou de préférence en matière d'emploi de manière à faciliter le recrutement de candidats à un emploi.

De même, le gouvernement peut accorder des subventions et allocations et prendre d'autres mesures afin de promouvoir l'emploi de groupes spécifiques de travailleurs confrontés à des difficultés spéciales d'accès à un emploi décent sur le marché du travail. Les organisations syndicales doivent être consultées avant la mise en place de ces mesures.

c) Les négociations collectives peuvent mettre en place des mesures positives tendant à faciliter l'accès des femmes à toutes formes d'emploi et à toutes promotions professionnelles, en particulier dans les services ou secteurs où elles sont sous-représentées.

d) La mise en place de plans d'égalité de genre dans les entreprises occupant plus de 50 salariés (*L. organique 3/2007, 22 mars 2007*).

9 DEUX LACUNES MAJEURES DE LA LOI 15/2022

La première lacune tient au fait qu'il est impossible ou très complexe de définir avec précision la notion d'« interdiction de la discrimination » et qu'il est nécessaire d'éclaircir la distinction entre la « non-discrimination » et le principe d'égalité au sens strict.

La notion de discrimination directe apparaît comme déconnectée des inégalités structurelles. La législation espagnole n'offre pas un concept « autonome » de discrimination, ce qui nécessite toujours l'utilisation d'éléments de comparaison très subjectifs pour qualifier un comportement ou un acte discriminatoire.

La seconde faiblesse est liée à l'absence de définition de l'intolérance, qui serait un concept nouveau dans son application aux relations de travail.

Le Conseil de l'Europe définit celle-ci comme « un manque de respect pour les pratiques ou convictions différentes des siennes », ce qui inclut « le rejet de personnes que nous considérons comme différentes ».

Ainsi, l'application du concept d'intolérance aux relations sociales n'est à présent que potentielle, et il reste à voir dans quelle mesure elle peut recevoir application.

La mise en œuvre de cette loi devrait conduire à l'atteinte réelle de l'égalité et à l'éradication de toute discrimination; toutefois, connaissant la régression d'une partie de la société espagnole dans le domaine des droits fondamentaux, nous ne sommes pas sûrs que tel sera bien le cas. ■

Le dépassement du droit de la non-discrimination : un droit de l'inclusion ?

Regard québécois

Dalia Gesualdi-Fecteau, Professeure titulaire, École de relations industrielles, Université de Montréal (Québec, Canada)

Au cours des 40 dernières années, l'interdiction de la discrimination en emploi s'est traduite par l'introduction de dispositions dans différents instruments normatifs. En juin 1998, l'OIT a élevé au rang de droit fondamental l'élimination de la discrimination en matière de profession et d'emploi¹. La première affirmation dans une convention de l'OIT a porté sur l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes². Elle s'étendra, en 1958 à l'égalité dans l'emploi et la profession³. En 1981, l'OIT adopte la Convention visant la promotion de l'égalité de chances et de traitement entre tous les travailleurs, quels que soient leur sexe et leurs responsabilités familiales⁴.

Le droit a d'abord cherché à offrir un rempart aux personnes subissant de la discrimination. Au fil du temps, une approche davantage proactive visant la réalisation et le maintien du droit à l'égalité en emploi a été mise en avant. Prises ensemble, ces mesures traduisent une volonté de prendre en compte la discrimination systémique, laquelle peut se traduire notamment par des iniquités salariales, mais également des perspectives d'embauche et d'avancement disproportionnellement désavantageuses pour certains groupes de travailleurs et de travailleuses, dont les femmes, les Autochtones, les personnes racialisées ou les personnes en situation de handicap. Ces mesures permettent-elles toutefois de conclure que le Québec est doté d'un cadre juridique assurant un droit à l'inclusion ? Un tel droit serait garanti par la mise en place de mesures prescriptives as-

sorties de mécanismes de mise en œuvre assurant l'effectivité de telles mesures.

Cette contribution sera l'occasion de donner un aperçu des leviers juridiques visant à enrayer la discrimination et à assurer des milieux de travail plus équitables et inclusifs. Nous traiterons de la situation telle qu'elle se présente au Québec. Il importe toutefois de souligner les particularités constitutionnelles canadiennes. Le Canada est une fédération et on y retrouve deux paliers d'autorité politique distincts : le Parlement central (fédéral) et les 13 assemblées législatives provinciales et territoriales. Chaque palier est souverain en ce qui concerne certaines compétences législatives, alors que d'autres compétences sont partagées⁵. Les tribunaux canadiens ont reconnu que les relations de travail relèvent de la compétence des provinces et territoires ; la compétence fédérale s'applique uniquement par exception⁶. La compétence législative de principe en matière de sécurité sociale appartient également aux provinces, à l'exception de l'assurance-chômage, un régime pour lequel le Parlement fédéral a compétence exclusive pour légiférer⁷.

1 LA CHARTE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE : UNE APPROCHE INTERSECTIONNELLE DE LA DISCRIMINATION

Au Québec, la Charte des droits et libertés de la personne établit le droit à l'égalité en établissant une protection corollaire, c'est-à-dire l'interdic-

1. « Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail \ International Labour Organization », (29 janv. 2024), en ligne : < <https://www.ilo.org/fr/declaration-de-loit-relative-aux-principes-et-droits-fondamentaux-au> >

2. Organisation internationale du travail (OIT), Convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération, 29 juin 1951 (ratifiée par le Canada le 16 nov. 1972), en ligne : https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312245

3. Convention OIT, n° 111 concernant la discrimination (emploi et profession), 25 juin 1958 (ratifiée par le Canada le 26 novembre 1964), en ligne : https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312256:NO

4. Convention OIT, n° 156 sur les travailleurs ayant des responsabilités familiales, 23 juin 1981 non ratifiée par le Canada, en ligne : https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C156

5. Loi constitutionnelle de 1867, 30 et 31 Vict., c. 3 (R.-U.), arts. 91 et 92.

6. Ce principe a été établi par le Conseil privé en 1925, selon l'interprétation du paragraphe 92 (13) de la Loi constitutionnelle de 1867 : *Toronto Electric Commissioners c. Snider*, 1925 CanLII 331.

7. P. Issalys, *L'harmonisation du droit dans le système canadien et québécois de sécurité sociale* (2005) 32 : 4 *Les Cahiers de droit* 845-911, en ligne : <http://id.erudit.org/iderudit/043107ar>

tion de la discrimination⁸. Adoptée en 1975, la Charte s'inspire notamment de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁹. Les dispositions de la Charte régissent à la fois les rapports entre l'État et les citoyens et les rapports de droit privé. La Charte jouit d'un statut quasi constitutionnel : les autres lois québécoises ne peuvent, sauf exception, y déroger¹⁰.

Sur le plan institutionnel, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (ci-après « CDPDJ ») a été constituée en 1976 par la Charte. La CDPDJ a notamment pour mission d'informer le public des droits reconnus par la Charte et de faire enquête sur des situations de discrimination¹¹. Toute personne qui se croit victime d'une violation d'un droit prévu à la Charte peut donc porter plainte à la CDPDJ. Il importe toutefois de souligner qu'à partir de 2003, la Cour suprême du Canada a tranché qu'en milieu syndiqué¹², les droits de la personne découlant de la Charte étaient dorénavant implicitement incorporés dans chaque convention collective¹³. Bien que cette décision renforce l'application des droits garantis par la Charte, elle a pour conséquence que leur mise en œuvre relève de la compétence exclusive de l'arbitre de grief, fermant ainsi toute possibilité d'un recours individuel à CDPDJ pour les personnes syndiquées¹⁴.

L'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne garantit le droit à l'égalité sans discrimination sur la base du sexe, de l'identité ou de l'expression de genre, de l'orientation sexuelle, de la race, de la couleur, de la grossesse, de l'état civil, de l'âge (sauf dans la mesure prévue par la loi), de la religion, des convictions politiques, de la langue, de l'origine ethnique ou nationale, de la condition sociale, et du handicap. Cet article énonce qu'« [i]l y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit ». En 1977, la Charte devient la première loi au Canada interdisant la discrimination fondée sur

l'orientation sexuelle. L'identité ou l'expression de genre est le motif le plus récent de discrimination interdit ajouté à la Charte.

L'article 16 de la Charte précise que « nul ne peut exercer de discrimination dans l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de probation, la formation professionnelle, la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les conditions de travail d'une personne ainsi que dans l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi ». La Charte prévoit également : « Tout employeur doit, sans discrimination, accorder un traitement ou un salaire égal aux membres de son personnel qui accomplissent un travail équivalent au même endroit.¹⁵ » Ainsi, la Charte protège contre la discrimination à toutes les étapes de la relation d'emploi.

Comme texte de loi, la Charte possède une « économie distinctive » inspirée des instruments de droit international. Du fait de l'énumération des motifs de discrimination interdits, la Charte favorise une approche intersectionnelle susceptible de tenir compte de la diversité des expériences de discrimination. Quant aux réparations disponibles, la Charte prévoit qu'une atteinte illécite à un droit ou à une liberté reconnue confère à la victime le droit d'obtenir « la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte¹⁶ ». De plus, en cas d'atteinte illécite et intentionnelle, le tribunal peut, en outre, condamner son auteur à des dommages-intérêts punitifs¹⁷.

Il n'en demeure pas moins que la mise en œuvre des dispositions visant à contrer la discrimination repose essentiellement sur des recours individuels. Dès les années 1980, des groupes de femmes et les organisations syndicales ont dénoncé l'inefficacité de la Charte à enrayer la discrimination systémique dans les conditions salariales des emplois à prédominance féminine. Bien que l'article 19 de la Charte consacre le principe de l'équité salariale, cette disposition ne vise que les milieux de travail où il est possible d'effectuer des comparaisons avec des catégories d'emplois à prédominance masculine¹⁸. ●●●

8. Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12 (ci-après « CDLP »).

9. Pour mieux comprendre la genèse de cette loi, voir A. Morel, *La Charte québécoise : Un document unique dans l'histoire législative canadienne* (1987) 21:1 *Revue juridique Thémis*.

10. CDLP, art. 52.

11. CDLP, art. 57.

12. *Au Québec, le taux de présence syndicale est d'environ 40 %.*

13. *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324, 2003 CSC 42.*

14. *Ibid.* Une décision récente de la Cour suprême le confirme : *Office régional de la santé du Nord c. Horrocks, 2021 CSC 42.*

15. CDLP, art. 19.

16. CDLP, art. 49.

17. CDLP, art. 49, al. 2.

18. L'article 20 de la Charte prévoit d'ailleurs explicitement que « les ajustements salariaux ainsi qu'un programme d'équité salariale sont, eu égard à la discrimination fondée sur le sexe, réputés non discriminatoires, s'ils sont établis conformément à la Loi sur l'équité salariale ».

2 L'ADOPTION DE LA LOI SUR L'ÉQUITÉ SALARIALE CIBLANT LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR LE SEXE

Le 21 novembre 1996, et à la faveur d'un mouvement social d'importance, le Québec adopte la Loi sur l'équité salariale, un régime législatif proactif en matière d'équité salariale¹⁹. L'objet de la loi est de corriger, au sein d'une même entreprise, les écarts salariaux dus à la discrimination systémique fondée sur le sexe à l'égard des personnes qui occupent des emplois dans des catégories d'emplois à prédominance féminine²⁰. Ainsi, au contraire de l'article 19 de la Charte québécoise, la Loi sur l'équité salariale cible la discrimination fondée sur le sexe, et uniquement une discrimination qui désavantage les personnes occupant des emplois dans des catégories d'emplois à prédominance féminine. Qui plus est, cette loi s'impose également aux milieux de travail au sein desquels on ne retrouve aucun comparatif masculin.

Bien que sa mise en œuvre rencontre certains obstacles²¹, le Québec est la première province à inclure les entreprises privées sans catégories d'emplois à prédominance masculine dans le champ d'application de sa loi. La Loi sur l'équité salariale a contribué à réduire l'écart salarial entre les femmes et les hommes²². Au Québec, cet écart s'établissait à 8,1 % en 2020, soit l'un des écarts les plus bas au Canada. Malgré le caractère avant-gardiste de cette loi et le chemin parcouru depuis son adoption, l'équité salariale demeure au Québec une œuvre inachevée. D'une part, les écarts salariaux entre les hommes et les femmes persistent. D'autre part, le nombre d'emplois de qualité élevée occupés par des femmes est plus faible que celui des hommes²³.

3 LA CRÉATION DE PROGRAMMES D'ACCÈS À L'ÉGALITÉ POUR LES GROUPES HISTORIQUEMENT VICTIMES DE DISCRIMINATION

En marge de l'égalité de traitement, qu'en est-il toutefois de l'accès à l'égalité pour l'ensemble des autres facettes de la relation d'emploi, de l'embauche à l'accès aux promotions? La Charte des droits et libertés de la personne prévoit également la possibilité d'établir des programmes d'accès à l'égalité (PAE). Un tel programme « a pour objet de corriger la situation de personnes faisant partie de groupes victimes de discrimination dans l'emploi²⁴ », c'est-à-dire de groupes qui sont historiquement victimes de discrimination sur le marché du travail. Parmi ces groupes, on compte les femmes, les personnes autochtones, les personnes de minorités visibles, soit les personnes autres que les Autochtones, qui ne sont pas de race ou de couleur blanche, les personnes de minorités ethniques, soit les personnes autres que les Autochtones et les personnes d'une minorité visible dont la langue maternelle n'est ni le français ni l'anglais, ainsi que les personnes handicapées.

► Un dispositif contraignant...

Au Québec, les organismes publics de 100 employés et plus doivent obligatoirement mettre en place un programme d'accès à l'égalité à l'emploi (PAÉE)²⁵. Toutefois, les dispositions portant sur les PAÉE ne s'appliquent pas à l'État employeur²⁶. Dans le secteur privé, les entreprises qui comptent plus de 100 employés doivent mettre en place un programme d'obligation contractuelle si elles soumissionnent pour un contrat de biens ou de services d'une valeur de 100 000 \$ et plus, ou si elles obtiennent une subvention de 100 000 \$ et plus. Or, les résultats des PAE nés de l'obligation contractuelle sont soumis à une confidentialité restrictive qui empêche tout contrôle ou surveillance externe²⁷. Dans de rares cas, la CDPDJ

19. Loi sur l'équité salariale, RLRQ, c. E-12.001 (ci-après « LES »).

20. LES, art. 1.

21. Voir sur cette question, La Loi sur l'équité salariale : un apport indéniable pour contrer la discrimination salariale, par ministère du Travail, de l'Emploi et de la Solidarité sociale, 2019, en ligne : https://www.travail.gouv.qc.ca/fileadmin/fichiers/Documents/equite/rapport_loi_equite_salariale.pdf

22. Pour une analyse de cette loi, voir C. Sénéchal, La loi québécoise sur l'équité salariale à l'aune des théories féministes (2020) 1, Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale 34 55, en ligne : <https://journals.openedition.org/rdrctss/1180>

23. L'Institut de la statistique du Québec base son évaluation de la qualité du travail à partir de la combinaison de quatre dimensions, soit la rémunération, la stabilité de l'emploi, les qualifications professionnelles et les heures de travail, voir Institut de la statistique du Québec, « Qualité de l'emploi », 2024, en ligne : <https://statistique.quebec.ca/vitrine/egalite/dimensions-egalite/travail/qualite-emploi>

24. CDLP, art. 86.

25. S'ils appartiennent à l'une des catégories suivantes : secteur municipal, secteur de l'éducation, réseau de la santé et des services sociaux, sociétés d'État, régies intermunicipales de police et Sûreté du Québec. Loi sur l'accès à l'égalité en emploi des organismes publics, RLRQ, c. A-2.01, art. 2.

26. Le gouvernement du Québec s'est doté de « cibles » pour la fonction publique qui « visent à favoriser l'embauche des femmes, des membres des minorités visibles et ethniques, des personnes handicapées, des Autochtones et des anglophones, en vue de refléter encore davantage l'ensemble des composantes de la société québécoise » (Gouvernement du Québec, s.d.; Gouvernement du Québec, 2022). Le taux d'embauche visé est de 25 %, et ce, dans le but d'atteindre un objectif global de représentativité de 18 % (Gouvernement du Québec, s.d.). Bien que le gouvernement québécois n'ait pas encore rempli cet objectif, le pourcentage de membres appartenant aux groupes-cibles croît d'année en année.

27. M.-T. Chibcha, Les politiques d'égalité professionnelle et salariale au Québec : l'ambivalence du rôle de l'État québécois (2001) 14:1 rf 63 82.

ou le Tribunal des droits de la personne peuvent recommander à d'autres entreprises de mettre en place un PAÉE²⁸. Enfin, rien n'empêche toute autre entreprise de le faire volontairement, mais cela est plutôt rare²⁹.

La mise en place d'un PAÉE se fait en deux étapes. Dans un premier temps, un diagnostic est établi afin d'analyser le nombre de personnes dans l'organisation faisant partie de chacun des groupes visés. Cette première étape comprend également une analyse du système d'emploi. Celle-ci consiste en l'examen « [d]es politiques et [l]es pratiques de gestion des ressources humaines dans le but d'évaluer leur impact en termes d'effet défavorable ou d'exclusion à l'endroit d'un ou de plusieurs groupes visés³⁰ ». Les conclusions de cette analyse devront être prises en compte lors de l'adoption du PAÉE, particulièrement dans le choix des mesures d'égalité des chances. Dans cette perspective, l'analyse porte sur les politiques et les pratiques qui s'appliquent à tous les groupes d'emploi de l'organisation, mais elle doit insister sur celles qui affectent les types ou les regroupements de types d'emploi où il y a une sous-représentation d'un ou de plusieurs groupes de personnes visés par le PAÉE³¹. Dans son document de référence portant sur l'analyse du système d'emploi, la CDPDJ rappelle que cet examen doit cibler plusieurs dimensions, dont le processus de dotation, les promotions et mouvements de personnel, l'intégration organisationnelle, la formation, l'évaluation du rendement ainsi que la rémunération. Dans un deuxième temps, il s'agit d'établir des mesures correctives, tant sur le plan quantitatif que qualitatif.

► ... à l'efficacité limitée

Les employeurs ayant un PAÉE doivent en rendre compte une fois par année à la CDPDJ par le biais d'un rapport écrit. Au 31 mars 2022, 74,6 % des organismes publics (252/338) étaient

à leur troisième phase d'implantation de leur PAÉE, comparativement à 16,4 % d'entre eux au 31 mars 2019. En effet, les PAÉE comprennent différentes étapes : l'analyse des effectifs (première phase), l'élaboration d'un programme (deuxième phase) et l'implantation (troisième phase), et finalement le maintien du programme. Entre 2019 et 2022, le taux de représentation des femmes a connu une légère augmentation, passant de 65,3 % en 2019 à 68,3 % en 2022, l'indicateur cible étant 69,0 %. Cependant, comme le souligne la CDPDJ, même si la représentation des femmes s'est améliorée au cours des dernières années au sein des organismes publics, beaucoup d'efforts devront encore être investis, notamment au niveau des emplois cadres et de haute direction³². Le taux de représentation des minorités visibles a presque doublé, passant de 6,3 % en 2019 à 11,2 % en 2022, l'indicateur cible étant 16,8 %. Cependant, des efforts doivent se poursuivre dans le recrutement des membres de ce groupe dans la plupart des catégories professionnelles afin de « transcender les barrières systémiques auxquelles font face les minorités visibles³³ ». Quel que soit leur encadrement administratif, les PAÉE seraient « peu surveillés et rarement sanctionnés³⁴ ». Malgré le peu d'études empiriques sur la question, l'efficacité des PAÉE est jugée, au mieux mitigée, au pire peu concluante³⁵.

Pour expliquer ces résultats en deçà des attentes, Marie-Thérèse Chicha et Éric Charest avancent plusieurs facteurs, dont le discours hésitant des gouvernements, lesquels mettent davantage en valeur la rentabilité économique des PAÉE que les droits fondamentaux qui les sous-tendent, le manque d'engagement des dirigeants d'entreprise à l'égard de ces programmes, les ressources limitées de la CDPDJ et le fait que le processus d'implantation d'un PAÉE est complexe, long et coûteux³⁶. ●●●

28. CDLP, art. 88.

29. Cela ne s'est produit qu'une seule fois dans le cas de la CDPDJ : *Gaz métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201.

30. Guide pour l'analyse du système d'emploi, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2003, en ligne : https://www.cdpcj.qc.ca/storage/app/media/publications/pae_analyse_système.pdf

31. Ibid.

32. Mise en œuvre de la loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics : Rapport triennal 2019-2022, par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2023, en ligne : https://cdpcj.qc.ca/storage/app/media/publications/Rapport_triennal_PAE_2019_2022.pdf, p. 9.

33. Ibid., p. 10.

34. M.-T. Chicha et É. Charest, *Le Québec et les programmes d'accès à l'égalité : Un rendez-vous manqué ? Analyse critique de l'évolution des programmes d'accès à l'égalité depuis 1985*, Montréal, CEETUM - Centre d'études ethniques des universités montréalaises, 2013, en ligne : <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/23564/PAE%20Chicha%20et%20Charest%2030%20avril%202013.pdf?sequence=1>, p. 46.

35. M. Séguin, « The Changing Diversity and Inclusion Landscape of Canadian Universities: The Université de Montréal Case » dans *Leading With Diversity, Equity and Inclusion: Approaches, Practices and Cases for Integral Leadership Strategy*, J. Marques et S. Dhiman éd., Springer, 2022, 341-355; M.-T. Chicha, « Les programmes d'accès à l'égalité au Québec : rétrécissement ou détournement de l'objectif ? » dans *Les relations industrielles en questions*, Patrice Julette éd., Presses de l'Université de Montréal, 2020, 147-162; Gagnon, Y. Chantai et F. Lérouneau, *L'efficacité des programmes d'accès à l'égalité pour les femmes*, (1996) 39 : 2 *Canadian Public Administration/Administration publique du Canada* 136 156.

36. Voir notamment M.-T. Chicha et É. Charest, *Les programmes d'accès à l'égalité : une politique désuète ?* (2013) 6:2 *Revue du CREMIS* 4 9, en ligne : <https://cremis.ca/publications/articles-et-medias/les-programmes-dacces-a-egalite-une-politique-desuete/> et M.-T. Chicha et É. Charest, *Le Québec et les programmes d'accès à l'égalité : Un rendez-vous manqué ? Analyse critique de l'évolution des programmes d'accès à l'égalité depuis 1985*, Montréal, CEETUM - Centre d'études ethniques des universités montréalaises, 2013, en ligne : <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/23564/PAE%20Chicha%20et%20Charest%2030%20avril%202013.pdf?sequence=1>

●●● Dans une étude, Éric Charest constate que les résultats des PAE à l'intention des minorités visibles dépendent significativement du paradigme auquel adhère l'employeur au regard des résultats escomptés vis-à-vis de l'application de la loi. L'auteur dénote que les employeurs qui mettent en place un PAE simplement dans le but de se conformer à la loi obtiennent de moins bons résultats, surtout en ce qui concerne les objectifs qualitatifs du programme³⁷.

L'adoption et la mise en œuvre des PAÉE en milieu syndiqué ne se font pas toujours aisément, car les syndicats font en général la promotion de l'égalité formelle des membres au sein de leurs rangs ainsi que dans les conditions négociées. La règle de l'ancienneté, principe cardinal, doit parfois être remise en question pour parvenir à la mise en œuvre de mesures correctives suggérées par des PAÉE. Sur le terrain, Marie-Thérèse Chicha et Éric Charest ont également remarqué que la grande majorité des personnes issues de minorités et des femmes ne connaissent pas l'existence des PAÉE, alors qu'elles sont dans des situations (chômage, précarité d'emploi, déqualification) qui justifieraient l'accès à de tels programmes. De plus, ils ont observé que celles qui en ont entendu parler y sont réfractaires, craignant d'être étiquetées comme incompetentes en raison des mesures préférentielles dont elles feraient l'objet en faisant partie d'un PAÉE³⁸.

Dans certains secteurs d'activité, la sous-représentation de groupes sociaux est largement documentée, et ce, malgré la mise en place de mesures ayant pour objectif de corriger la situation. Ainsi, depuis 1997, des mesures ont été adoptées afin de corriger la sous-représentation des femmes dans l'industrie de la construction³⁹. Malgré les efforts déployés au cours des dernières années, dont la mise en place d'un programme d'accès à l'égalité des femmes (PAÉF) propre à cette industrie, le secteur de la construction demeure très fortement

masculin. En 2021, les femmes ne constituaient que 3,3 % de la main-d'œuvre active⁴⁰. Or, malgré une augmentation du nombre de femmes sur les chantiers en 2020, on estime que 22 % d'entre elles quitteront l'industrie après un an et 55 % après cinq ans.

4 DE LA PROMOTION DE L'ÉQUITÉ, DE LA DIVERSITÉ ET DE L'INCLUSION À LA MISE EN ŒUVRE CONCRÈTE DU DROIT À L'ÉGALITÉ

En conséquence, existe-t-il donc au Québec un droit à l'inclusion ? La réponse à cette question est pour le moins nuancée. Il existe certes un cadre juridique qui soutient l'inclusion, en particulier en ce qui concerne certains groupes. Ce cadre juridique a également permis l'émergence de pratiques organisationnelles qui favorisent l'équité, la diversité et l'inclusion (EDI)⁴¹.

Le Québec continue d'évoluer dans la mise en place d'initiatives concrètes pour promouvoir l'inclusion et la diversité, mais les résultats sont encore inégaux. Malgré différentes mesures et stratégies favorisant l'inclusion, la question de la rétention et de la qualité de l'emploi se pose pour plusieurs groupes de travailleurs et de travailleuses sous-représentés. La prise en compte de ces enjeux constitue un angle mort important du cadre législatif faisant la promotion d'un certain droit à l'inclusion.

En décembre 2023, le rapport du groupe de travail chargé de réviser la Loi sur l'équité en matière d'emploi, laquelle vise à éliminer les obstacles systémiques que rencontrent les femmes, les Autochtones, les personnes handicapées et les minorités visibles dans les milieux de travail sous réglementation fédérale, a été rendu public⁴². Ce groupe de travail, présidé par la professeure Adelle Blackett, a notamment recommandé d'élargir les groupes visés par la loi pour inclure les personnes autochtones, les personnes issues

37. É. Charest, *Efficacité des programmes d'accès à l'égalité (PAE) à l'intention des minorités visibles et bénéficiaires escomptés par les employeurs*. Université de Montréal, 2003.

38. Voir notamment M.-T. Chicha et É. Charest, *Les programmes d'accès à l'égalité : une politique désuète ?* (2013) 6:2 *Revue du CREMIS* 4 9, en ligne : <https://cremis.ca/publications/articles-et-medias/les-programmes-daccas-a-legalite-une-politique-desuete/>

39. La documentation concernant les deux PAEE ciblant l'industrie de la construction (1997-2012 et 2015-2024) est disponible sur le site Web de la Commission de la construction du Québec (CCQ). La mouture actuelle du Programme d'accès à l'égalité des femmes (PAÉF) dans l'industrie de la construction s'échelonne sur la période 2015-2024.

40. Cette faible participation à l'emploi est néanmoins plus de deux fois supérieure à celle de 2012 (1,37 %), selon la Commission de la construction du Québec. Voir *Agir pour une mixité réelle en chantier : une responsabilité partagée. Programme d'accès à l'égalité des femmes dans l'industrie de la construction 2015-2024*, par Commission de la construction du Québec, 2014, en ligne : https://www.cqj.org/-/media/Project/Cqj/Cqj-Website/PDF/DossierFemmes/PAEF_2015_2024.pdf?rev=33d0eca2f0ac40889d240a2aa29ec47b

41. Voir notamment C. Beaudry, A.-A. Deschênes et M. Sanni Yaya, *La gestion de l'équité, de la diversité, de l'inclusion et de l'accessibilité en milieu de travail : Du diagnostic au plan d'action, Organisations, ressources humaines et relations de travail*, Presses de l'Université du Québec, 2024 et M. Larocque, D. Gesualdi-Fecteau et É. Genin, « Équité, diversité et inclusion » dans *La convention collective au Québec*, P. Jalette, M. Larocque et G. Trudeau, dir., Montréal, Chenelière Education, 2024, 463-485.

42. *Réaliser et soutenir l'équité en matière d'emploi : un cadre transformatif*, par Groupe de travail sur l'examen de la Loi sur l'équité en matière d'emploi, Gatineau, 2023, en ligne : <https://www.canada.ca/content/dam/esdc-esdc/documents/corporate/portfolio/labour/programs/employment-equity/reports/act-review-task-force/Groupe-de-travail-examen-LEME-Rapport-2023-v2.pdf>

de l'immigration et les générations plus âgées. Afin d'être « plus en phase avec les tendances démographiques et du marché du travail », le groupe recommande également l'adoption de critères plus souples pour définir les situations de sous-représentation, y compris des critères d'équité salariale et de conditions de travail. Les recommandations visent également l'élargissement de la portée de la loi aux entreprises privées et la mise en place de mesures d'accompagnement et d'adaptation pour les travailleurs et les travailleuses en situation de handicap et issus de

groupes vulnérables. Afin d'assurer l'effectivité de telles mesures, le groupe de travail suggère la mise en place d'un organisme indépendant chargé de veiller à l'application de la loi et de fournir un suivi plus rigoureux des actions entreprises par les employeurs.

Les recommandations mises en avant dans ce rapport posent les jalons vers un cadre juridique faisant non seulement la promotion de l'équité, de la diversité et de l'inclusion, mais conduisant à la mise en œuvre concrète et systémique du droit à l'égalité dans tous les secteurs d'activité. ■

Regard français

Marie Mercat-Bruns, Professeure des universités de droit privé (CNAM/École de droit de SciencesPo)

Malgré l'impulsion européenne¹, la construction du droit de la non-discrimination au travail en France n'a pas toujours été sans difficultés². Une des causes de cette résistance en France³ dérive sans doute des concepts de non-discrimination qui partent, à la différence de l'image ambitieuse et positive du principe d'égalité, d'une image plus négative et cloisonnée des inégalités de traitement à partir de l'appréhension des préjudices subis directement ou indirectement par les victimes issues de groupes protégés par la loi⁴. Sans remettre en question toutes les avancées dans la réalisation de la non-discrimination au travail notamment⁵, force est de constater que la quête du sens du droit de la non-discrimination⁶ a beaucoup mobilisé les auteurs et les acteurs qui y cherchent parfois une visée plus transformative et structurelle lorsque la discrimination prend une dimension collective⁷. C'est dans cette perspective que s'inscrit cette réflexion sur l'émergence d'un droit de l'inclusion :

faut-il réfléchir aux modes de dépassement du droit de la non-discrimination ou simplement observer certains signes de son évolution, voire son enrichissement ? Pour répondre à cette question, il faut au préalable donner une définition sommaire de l'inclusion, avant de reconnaître son ancrage dans le droit du handicap et plus tard comparer ce processus à d'autres dynamiques comme l'intégration, l'insertion et la lutte contre l'exclusion. Dans son sens courant, l'inclusion recouvre « l'état de quelque chose qui est inclus dans un tout, un ensemble », définition qui reflète bien la nécessité de prendre en compte les interactions, le mouvement possible d'éléments mieux insérés dans un espace ou de personnes dans un groupe plus vaste. Dans la loi, un seul article 111-1 du Code de l'éducation évoque la « scolarisation inclusive ». Selon cette vision plus institutionnelle et collective, il n'est pas étonnant qu'aujourd'hui, l'inclusion comme finalité fait son apparition dans les discours qui englobent la lutte contre

1. M. Brillat, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, Thèse, Institut Universitaire 2016; voir Dir 2000/43/CE, 29 juin 2000; Dir. 2000/78/CE, 27 nov. 2000; Dir. refonte 2006/54/CE, 5 juill. 2006.

2. M. Mercat-Bruns, *Droit de la non-discrimination : de l'égalité à l'inclusion* SLC 2024; M. Mercat-Bruns, S. Latraverse (dir.), *Les enjeux du contentieux de la lutte contre les discriminations*, TEE, Société de législation comparée 2024 (à paraître en décembre).

3. V.-B. Havelkova, M. Möschel, *Anti-discrimination law in civil law jurisdictions*, Oxford Univ. Press 2020, p. 3.

4. Article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

5. R. Medard Inghilterra, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, LGDf, 2022.

6. M. Mercat-Bruns, *Les différentes figures de la discrimination au travail : quelle cohérence ?*, RDT 2020, p. 26.

7. Actes du Colloque du Défenseur des droits des 10 ans du droit de la non-discrimination 2015 (en ligne).

●●● les discriminations, la promotion de la diversité et de l'égalité professionnelle, véhiculés dans le cadre du discours sur la gestion des ressources humaines, repris parfois dans des accords collectifs⁸. Sur le plan européen, les institutions européennes adoptent aussi l'étendard de l'inclusion pour alerter sur les défis croissants posés par les discriminations et le racisme à l'encontre de certains groupes particulièrement désavantagés, notamment les Roms⁹. En droit, le concept juridique d'inclusion trouve son origine dans la sphère du handicap et l'exigence légale d'obligation par des aménagements raisonnables¹⁰, comme le révèle le contenu de la Convention internationale du droit des personnes handicapées (CIDPH)¹¹. Encore aujourd'hui, les observations des institutions chargées de mettre en œuvre la CIDPH incitent les États à progresser dans le domaine de « l'égalité inclusive » : « L'égalité inclusive transcende la dichotomie entre l'égalité formelle *versus* l'égalité concrète et englobe quatre dimensions qui se recoupent : une dimension qui renvoie à l'équitable redistribution qui exige que les désavantages socio-économiques des personnes soient pris en compte ; une dimension liée à la reconnaissance qui nécessite de combattre les stigmates, les stéréotypes, les préjugés et la violence en reconnaissant la dignité des personnes humaines et les inégalités intersectionnelles ; une dimension participative qui vise à réaffirmer la nature sociale des personnes en situation de handicap comme membres de la société ; et enfin la dimension des aménagements raisonnables qui implique créer un espace pour la différence au nom de la dignité humaine. »¹²

Face à ce constat de l'émergence de la notion d'inclusion, dans les discours, dans certaines normes nationales et internationales et également dans le débat public¹³, notre propos est d'envisager la façon dont l'inclusion s'inscrit progressivement en droit comme un prolongement constructif d'une vision structurelle du droit de la non-discrimination et dans quelle mesure la logique de l'inclusion peut permettre de dépasser

certaines critiques et tensions inhérentes au droit de la non-discrimination. Pour ce faire, il est nécessaire de rechercher, en premier lieu, quels sont les fondements éventuels d'un droit de l'inclusion dans le cadre plus spécifique du travail, qui semblent prendre racine en Europe, dans les normes internes d'entreprise en s'inspirant principalement des fondations dans le droit du handicap plutôt que de dériver des autres processus normatifs plus connus d'intégration, d'insertion et lutte contre les exclusions. En deuxième lieu, peut-on apprécier les spécificités de la dimension individuelle du droit à l'inclusion à travers l'obligation d'aménagements raisonnables au travail et proposer, éventuellement, de reconnaître une dimension plus collective d'un droit de l'inclusion à travers des obligations propres aux entreprises dites « inclusives » : celles-ci pourraient-elles envisager des nouvelles formes d'actions positives au travail, tenant compte des obstacles communs à l'inclusion de différents groupes protégés par le droit de la non-discrimination ?

1 À LA RECHERCHE DES FONDEMENTS D'UN DROIT DE L'INCLUSION AU TRAVAIL : UN ANCRAGE DIFFÉRENT ?

L'analyse de la construction du droit de la non-discrimination au travail en Europe qui a été transposé en France depuis le Traité de Rome de 1957 et le principe d'égalité salariale suggère un modèle structurel de règles pour combattre la non-discrimination, de façon plus effective, grâce à des fondements plus collectifs d'incitations légales et jurisprudentielles, en éliminant les discriminations systémiques fondées notamment sur le sexe. Cette dynamique d'accélération de la lutte contre la discrimination structurelle peut justifier les fondations du droit de l'inclusion. Surgit progressivement, dans les entreprises, une volonté d'embrasser une vision plus transversale de la non-discrimination qui englobe l'inclusion dans les chartes et accords collectifs dans une visée plus économique du marketing et de la gestion

8. L'Oréal : « Notre objectif, en tant que leader de la beauté, est d'être une entreprise toujours plus inclusive et de contribuer à une société dans laquelle tout le monde peut vivre en sécurité et sans être discriminé. » (en ligne).

9. « La Commission appelle tous les États membres à s'associer à l'engagement de mettre fin au racisme et à la discrimination qui touchent de façon flagrante nos grandes minorités ethniques roms. Nous exhortons les États membres à s'engager en faveur de la mise en place d'un nouveau cadre stratégique de l'UE pour l'égalité, l'inclusion et la participation des Roms, en vue d'instaurer l'équité sociale et une plus grande égalité dans tous les sens du terme. », Commissaire Hélène Dalli, Journée de commémoration de l'Holocauste des Roms 2020.

10. Obligation qu'on retrouve dans l'article. L. 5213-6 du Code du travail : « Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, l'employeur prend, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs mentionnés... d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée. »

11. Préambule CIDPH : « Reconnaissant que la notion de handicap évolue et que le handicap résulte de l'interaction entre des personnes présentant des incapacités et les barrières comportementales et environnementales qui font obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres. » Art. 2 : « Discrimination fondée sur le handicap : toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le handicap qui a pour objet ou pour effet de compromettre ou réduire à néant la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'Homme et de toutes les libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel, civil... La discrimination fondée sur le handicap comprend toutes les formes de discrimination, y compris le refus d'aménagement raisonnable. »

12. Observations du Comité de suivi de la Convention onusienne (CIDPH) du 26 avril 2018 (en ligne ONU).

13. M. Dupont, L'« inclusion », une porte ouverte sur les entraves et les hiérarchies sociales, *Le Monde*, 20 sept. 2023 (en ligne).

de l'image, sans forcément toujours promouvoir des normes qui repensent l'inclusion, en dehors du handicap, pour tous les salariés au travail. Ce constat nous amène enfin à rechercher la genèse du droit à l'inclusion, fondement juridique initial de l'obligation individuelle d'aménagements raisonnables en matière de handicap au travail et en quoi la logique de cette obligation se distingue de la logique derrière d'autres processus déjà adoptés antérieurement, ceux d'intégration, de lutte contre les exclusions et d'insertion qui s'inscrivent implicitement ou pas dans une volonté d'inclusion sociale.

► Les fondements européens et nationaux d'un droit de l'inclusion dans la lutte contre la discrimination structurelle fondée sur le sexe au travail

Lorsque l'on retrace la construction du droit européen sur l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, on s'aperçoit que, très vite, à la fois la jurisprudence de la Cour de justice mais aussi les directives ont façonné une conception large de la discrimination directe et indirecte qui a servi de modèle national dans l'appréhension de la dimension systémique des discriminations utile pour penser l'inclusion aujourd'hui. Le contentieux stratégique français s'est construit plus largement sur les analogies possibles entre la preuve par panel de comparaison des discriminations collectives fondées sur le sexe et fondées sur l'appartenance syndicale¹⁴. Enfin la Commission européenne prolonge cette impulsion européenne aujourd'hui par une Stratégie sur l'égalité des sexes (2020-2025) qui désigne explicitement la lutte contre les discriminations structurelles comme son objectif, notamment en visant la transparence salariale et les discriminations intersectionnelles comme celle affectant les femmes salariées dans les situations les plus désavantagées¹⁵.

La jurisprudence de l'Union européenne, assez tôt, a permis le sondage des discriminations collectives fondées sur le sexe, liées aux effets discriminatoires des accords collectifs. Dès les arrêts Defrenne, la CJUE (CJCE à l'époque) a mis en exergue la discrimination salariale structurelle liée à la valorisation des métiers des personnels navigants masculins par rapport aux métiers des

personnels navigants féminins¹⁶. De même, les discriminations collectives affectaient indirectement la rémunération des femmes majoritairement à temps partiel à la différence des hommes plus souvent à temps plein dans l'arrêt Jenkins¹⁷. La question de la valeur égale entre deux postes de travail différents tenus par des hommes et des femmes mais tout de même comparables, justifiant une rémunération équivalente constitue également un standard d'appréciation élaboré par le juge européen dans l'arrêt Enderby qui transcende la ségrégation sexuée de l'emploi maintenant des salaires inférieurs dans certains secteurs largement féminisés. Cela a empêché auparavant de démontrer les inégalités de traitement lorsque les fonctions étaient de nature distincte malgré leur valeur comparable¹⁸. De surcroît, les classifications dans les accords collectifs qui inscrivaient des critères d'évaluation des salaires en fonction de la force physique déployée à certains postes, propres à favoriser les salariés masculins plus nombreux à ces postes ont été détectées¹⁹. Enfin, grâce au concept de discrimination indirecte, même le droit de la protection sociale peut être examiné comme source de discrimination, lorsqu'une réforme qui majore les pensions de retraite néglige les petites retraites désavantagées de façon disproportionnée les femmes²⁰ ou lorsque les travaux domestiques essentiellement féminins sont exclus de la couverture chômage²¹.

Autrement dit, il apparaît que la construction jurisprudentielle européenne a progressivement dévoilé la nécessité de tenir compte des discriminations systémiques ou structurelles. Cette grille de lecture part d'une appréciation combinée des discriminations directes et indirectes et « décrit des règles, décisions, comportements et pratiques récurrentes volontaires ou non qui sont mis en œuvre par les structures des organisations ou du marché du travail et qui créent ou perpétuent des désavantages pour certains groupes de personnes qui y travaillent ou se forment ». Le plafond de verre rencontré par les femmes est, par exemple, le produit des discriminations systémiques que la jurisprudence européenne a su dévoiler aussi²².

Ce fondement européen dans la lutte contre les discriminations structurelles est également à l'œuvre dans les nouvelles directives qui concernent différentes dimensions de ●●●

14. M. Mercat-Bruns, E. Boussard Verrecchia, *Appartenance syndicale, sexe, âge et inégalités : vers une reconnaissance de la discrimination systémique ?* RDT 2015, p. 660.

15. *Une Union de l'égalité : stratégie en faveur de l'égalité entre les hommes et les femmes 2020-2025* (en ligne).

16. *Les trois arrêts Defrenne* : CJCE, 25 mai 1971, aff. C-80/70 ; CJCE, 8 avr. 1976, aff. C-43/75 ; CJCE, 15 juin 1978, aff. C-149/77.

17. CJCE, 31 mars 1981, aff. C-96/80, J.-P. Jenkins.

18. CJCE, 27 oct. 1993, aff. C-127/92, Enderby.

19. CJCE, 1^{er} juill. 1986, aff. C-237/85, Rimmmler.

20. CJUE, 20 oct. 2011, n° C-123/10, Brachner.

21. CJUE, 24 févr. 2022, n° C-389/20, TGSS.

22. CJUE, 6 mars 2014, n° C-595/12, Napoli.

●●● l'égalité. La directive « conciliation » (UE) 2019/1158 du 20 juin 2019 relative à l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et aidants saisit mieux l'enjeu de la parentalité et du *care* des aidants dans les risques de discrimination affectant l'évolution salariale et l'évolution dans la carrière. L'adoption de la directive (UE) 2022/2381 du 23 novembre 2022 relative à un meilleur équilibre entre les femmes et les hommes parmi les administrateurs des sociétés cotées permet précisément de lutter contre le plafond de verre et une gouvernance plus équilibrée dans les entreprises grâce à la parité. La directive (UE) 2023/970 du 10 mai 2023 visant à renforcer en profondeur l'application du principe d'égalité des rémunérations entre femmes et hommes permet d'inciter à davantage de transparence dans le suivi des rémunérations entre hommes et femmes, de lutter contre les disparités salariales et les corriger à l'avenir. La directive (UE) 2024/1385 du 14 mai 2024 sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique vise à fournir un cadre structurel global permettant de prévenir efficacement la violence à l'égard des femmes et la violence domestique dans l'ensemble de l'Union et de lutter efficacement contre ces violences. Pour ce faire, elle renforce les mesures existantes et en introduit dans les domaines suivants : la définition des infractions pénales et des sanctions pertinentes, la protection des victimes et l'accès à la justice, le soutien aux victimes, l'amélioration de la collecte de données, la prévention, la coordination et la coopération. Enfin, le 7 mai 2024, le Conseil de l'Union européenne a adopté deux directives sur les normes applicables aux organismes de promotion de l'égalité pour rendre plus effective, à long terme, la mise en œuvre des droits. En garantissant structurellement aux organismes européens de lutte contre les discriminations un socle commun d'indépendance, de moyens et de pouvoirs, ces directives ont pour objet de permettre une meilleure application des règles de l'Union sur l'égalité de traitement et d'assurer un meilleur niveau de protection contre les discriminations au sein des États membres.

Ainsi, on observe que le droit européen a progressivement construit un socle juridique afin

d'exposer les discriminations structurelles fondées plus largement sur le genre (le sexe et les rôles sociaux assignés à chaque sexe) qui est désormais promu par la Commission européenne dans la stratégie sur l'égalité (2020-2025). Si l'évolution du droit de la non-discrimination s'achemine vers une accélération de l'égalité vers l'inclusion, ce cadre supranational trouve un écho, par transposition, dans la lutte contre les discriminations professionnelles au travail en France qui a également, par voie contentieuse, permis d'exposer la récurrence des discriminations individuelles et collectives en matière de salaire et de carrière des travailleurs en raison notamment de leur sexe ou de leur appartenance syndicale²³. Il existe actuellement des mécanismes de preuve par panel de comparaison²⁴, des évaluations de préjugés individuels et collectifs²⁵ et une mobilisation variable de la discrimination indirecte²⁶ et même systémique²⁷, grâce à l'appui du Défenseur des droits²⁸ qui emprunte une grille de lecture plus structurelle du phénomène discriminatoire.

► Les fondements économiques et commerciaux de l'inclusion dans l'entreprise

Peut-on dire que, dans leur évocation de l'inclusion, les entreprises adoptent des normes internes qui favorisent l'émergence d'un droit ? Pour l'instant, l'inclusion est souvent un mot valise, une « novlangue » comme l'a été la diversité pour désigner une politique managériale. Celle-ci est ouverte à l'adoption de chartes, d'outils de compliance, en lien avec le devoir de vigilance et du développement durable²⁹ qui prônent la lutte et la prévention des discriminations, la promotion de l'inclusion liée aux personnes en situation de handicap³⁰, le respect par les sous-traitants des entreprises des droits fondamentaux et dans certains cas seulement, l'adoption d'accords collectifs embrassant une vision plus large de l'inclusion de groupes de travailleurs exposés ensemble à des obstacles à la pleine participation à l'emploi. Dans le discours gestionnaire, la formule consacrée de promotion de la diversité, de l'équité et de l'inclusion (DEI) semble refléter la difficulté de confronter les

23. M. Mercat-Bruno, S. Latraverse (dir.) *Les enjeux du contentieux de la lutte contre les discriminations*, précité.

24. « Discrimination syndicale : la stratégie de la CGT », entretien avec F. Clerc, *Semaine sociale Lamy* n° 1190, 15 nov. 2004, p. 6.

25. F. Guionard, *Le droit social et les désordres de la réparation Introduction*, *Dr. soc.* 2023, p. 284 ; M. Mercat-Bruno, *Le préjudice discriminatoire : quelques pistes de réflexion*, *RDT* 2023, p. 383.

26. N. Moizard, *Des dispositions nationales plus favorables de protection de la liberté religieuse justifiant une discrimination indirecte*, *RDT* 2021, 12, pp. 715 ; sur l'effet du congé parental voir *Cass. soc.*, 14 nov. 2019, n° 18-15.682 FS-P+B.

27. *Cons. prud'h. Paris*, 17 déc. 2019, n° 17/10051, *Dalloz actualité*, 8 janv. 2020, obs. M. Peyronnet.

28. S. Sereno, *Le défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, PUAM, 2017.

29. T. Sachs, *L'environnementalisation du droit du travail au milieu du gué*, *Revue internationale de droit économique* 2024, n° 2, p. 75.

30. Selon la présidente du directoire d'Enedis : « Notre Accord Handicap 2024-2027 vise à assurer l'égalité des chances pour les personnes handicapées, en luttant contre toute forme de discrimination à leur embauche et tout au long de leur carrière. Nous voulons être exemplaires en matière de diversité et d'inclusion... »

défis du droit de la non-discrimination et de la mise en œuvre de l'égalité plus structurelle selon les secteurs professionnels.

Il transparait parfois, dans certaines entreprises, l'objectif d'appliquer ce discours de l'inclusion à la politique commerciale, de marketing des produits, comme véhicule pour nourrir leur image à l'externe dans le cadre de la responsabilité sociale et non pas forcément comme un outil en interne de meilleure gestion du personnel. Certains auteurs décrivent cette démarche davantage comme une sorte de « blanchiment des discriminations »³¹ par une forme d'organisation de l'innocence en adoptant des chartes non contraignantes à l'image de l'« écoblanchiment »³² en matière environnementale, pour montrer la bonne foi patronale en cas de contentieux sur les discriminations dans l'entreprise. Pourtant quelques accords collectifs renvoient à une vision plus globale de l'inclusion comme élimination des obstacles à la pleine participation de différents groupes de salariés dans l'entreprise³³.

► Fondement international du droit de l'inclusion issu du droit du handicap

Si, à la différence de la non-discrimination et de l'égalité comme principes, l'inclusion est un processus inscrit dans le droit, il paraît utile d'en expliquer sa genèse en droit international du handicap après avoir distingué l'inclusion des autres processus qui tiennent compte des défis de l'inclusion sociale, tels que les processus d'intégration, de lutte contre les exclusions et d'insertion professionnelle.

L'intégration est un processus comme l'inclusion mais sa finalité est différente : il s'agit de l'incorporation sélective des personnes étrangères intégrées pour la survie ou de la pérennité du collectif. Selon le sociologue M. Wiewiorka, « l'intégration est le processus par lequel un groupe social s'approprie les individus pour assurer sa propre cohésion »³⁴. On évoque l'intégration « réussie » distinguant certaines personnes en situation irrégulière qui font l'objet d'un régime répressif et ceux qui peuvent pourvoir les métiers en tension comme l'énonce la dernière loi sur l'immigration de 2024 qui vise à la fois à « contrôler l'immigration et améliorer l'intégration »³⁵.

Dans les années soixante-dix, l'inclusion sociale passe par une prise de conscience de certaines limites de la protection sociale et la nécessité de reconnaître les personnes encore exclues. L'idée d'inclusion sociale envisage les effets de la pauvreté pour en identifier les causes et lutter contre cette exclusion. « Les inadaptés » se regroupent, dès les années soixante, pour désigner ceux qui doivent être ramenés à la norme commune. En 1974, dans son essai, *Les exclus, un Français sur dix*, René Lenoir désigne « toute personne en raison d'une infirmité physique ou mentale, de son comportement psychologique ou de son absence de formation, qui est incapable de pourvoir à ses besoins ou exige des soins constants ou représente un danger pour autrui, ou se trouve négligée soit de son propre fait, soit du fait de la collectivité ».

C'est à partir des années quatre-vingt que l'idée d'insertion sociale, professionnelle fait son apparition avec la notion de nouvelle pauvreté et de précarité économique pour organiser une lutte contre l'exclusion. Le discours se fonde sur les droits humains liés à une disparition accidentelle du revenu : perte d'emploi, veuvage, abandon ou précarisation de ce revenu (emploi irrégulier, aléatoire) affectant une diversité de personnes dont les jeunes sans formation, les peu qualifiés, les femmes seules sans ressources... L'exclusion économique est assortie d'une exclusion sociale liée à l'affaiblissement du lien social (isolement, liens familiaux distendus...). La logique de ce processus part d'une vision des problèmes à partir des éventuelles solutions et la création d'un dispositif juridique sous la forme d'un revenu minimum d'insertion. La lutte contre les exclusions se fonde alors sur un processus négocié : le concept d'insertion concerne les personnes ou groupes qui sont aptes au travail. C'est alors deux logiques qui se combinent : d'un côté la lutte contre la pauvreté et l'exclusion à partir d'un socle de ressources et d'accès à des biens et services considérés comme indispensables (logement, formation, santé, culture...) et de l'autre, des dispositifs d'incitation à l'emploi et à des revenus professionnels.

Enfin, la notion même d'inclusion émerge comme concept dans le domaine du droit du handicap aux États-Unis et se développe surtout pour faciliter l'intégration des mineurs ●●●

31. T. Green, *Discrimination laundering, The rise of organizational innocence and the crisis of equal opportunity law*, Cambridge University Press, 2017, p. 42.

32. F. Benoit-Moreau, B. Parguel, *De la publicité verte au greenwashing : cinquante nuances de vert entre vice et vertu* in Dauphine Recherche en Management : l'état des entreprises 2016, p. 9.

33. *L'accord MAIF se singularise par la précision que « la culture inclusive de la MAIF repose des actions de réponse à des besoins et thématiques, plutôt que sur des mesures silotées par population ou spécificité, afin d'adresser la diversité de manière inclusive et intersectionnelle ».* Accord diversité, inclusion, égalité professionnelle et qualité de vie et des conditions de travail (DIE/QVCT) au sein de la MAIF du 22 décembre 2023 in N. Moizard *L'inclusion sociale : un nouvel objet de négociation collective dans l'entreprise ?* in « Inclusion au travail et non-discrimination : de nouveaux discours pour de nouvelles pratiques ? » Actes Colloque Univ. Avignon, PUAM, 2025.

34. M. Wiewiorka, *L'intégration : un concept en difficulté*, *Cahiers int. de sociologie* 2008/2, n° 125, p. 221.

35. L. n° 2024-42, 26 janv. 2024 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration.

●●● ayant des handicaps mentaux dans la vie éducative³⁶. Cette notion est reprise ensuite dans le droit international du handicap. Selon l'article 5 de la CIDPH, « les États Parties reconnaissent que toutes les personnes sont égales devant la loi et en vertu de celle-ci ont droit sans discrimination à l'égalité de protection et à l'égalité de la loi. Les États Parties interdisent toutes les discriminations fondées sur le handicap et garantissent aux personnes handicapées une égale et effective protection juridique contre toute discrimination, quel qu'en soit le fondement. Afin de promouvoir l'égalité et d'éliminer la discrimination, les États Parties prennent toutes les mesures appropriées pour faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés. Les mesures spécifiques qui sont nécessaires pour accélérer ou assurer l'égalité *de facto* des personnes handicapées ne constituent pas une discrimination au sens de la présente Convention »³⁷.

En France le tournant conceptuel radical des politiques du handicap embrasse l'inclusion sans la nommer³⁸. Auparavant, le concept de réadaptation inspiré d'une vision médicale et individuelle du handicap exigeait des personnes handicapées qu'elles s'alignent à la norme des valides soutenues par des programmes de rééducation et d'aménagements spécifiques. Progressivement, c'est donc sous l'influence, dans les années soixante-dix/quatre-vingt, des normes internationales visant « l'inclusion (CIDPH), que la logique d'inclusion, plus inspirée d'une approche sociale du handicap, vise désormais l'action à mener sur l'environnement pour l'accès de tous » à tout dans une société handicapante. À l'invitation de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 qui reconnaît la discrimination fondée sur le handicap au travail, la première loi interdisant la discrimination de façon transversale de 2001³⁹ a été suivie ensuite d'une loi handicap plus spécifique⁴⁰ qui consacre l'obligation d'aménagements raisonnables, fondement de l'inclusion dans l'article L. 5213-6 du Code du travail.

Ainsi, si l'on compare globalement les processus d'intégration, de lutte contre les exclusions, d'insertion au processus d'inclusion en matière de handicap, seule l'insertion s'inscrit dans un

échange d'obligations réciproques alors que l'intégration ou la prise en compte initiale des exclus se fondent sur la nécessité de considérer les personnes comme déviantes de la norme et la nécessité qu'ils s'assimilent ou qu'ils s'adaptent aux autres dans la majorité pour garantir la cohésion sociale.

Si l'on considère que l'émergence d'un fondement propre au droit de l'inclusion comme processus existe, encore faut-il déterminer quels seraient les contours des droits qui peuvent être exercés dans ce cadre et quel est l'intérêt d'explorer l'inclusion à la lumière du dispositif actuel déjà existant de lutte contre les discriminations.

2 À LA RECHERCHE D'UN DROIT DE L'INCLUSION AU TRAVAIL : PROLONGEMENT DU DROIT DE LA NON-DISCRIMINATION ?

Une fois que l'on a envisagé les fondements possibles de l'inclusion qui dérivent d'une vision structurelle de la non-discrimination, assortie des apports du droit du handicap, la question est de savoir quel serait l'intérêt de réfléchir aux contours concrets du droit de l'inclusion au regard de la place cardinale du droit de la non-discrimination et dans quelle mesure un droit de l'inclusion serait simplement un prolongement, une ramification du droit de la non-discrimination à la lumière des règles individuelles et collectives sur l'inclusion qui seraient envisageables.

► Intérêt d'une quête de dispositifs traduisant le processus d'inclusion

En effet, l'évocation de l'inclusion paraît plus positive face à certaines résistances à la lutte contre les discriminations systémiques⁴¹. L'inclusion, dans l'esprit du droit du handicap, offre un nouveau paradigme et vise l'élimination des freins à la pleine participation à l'emploi, à l'évolution professionnelle et à l'égalité salariale. Donc, comme approche, l'inclusion peut même viser l'inaction comme obstacle à l'accès aux droits, traduite déjà dans la notion d'absence d'aménagements raisonnables qui dépassent l'interdiction des différences de traitement dis-

36. L'usage de cette notion d'inclusion en droit remonte aux années soixante-dix notamment aux États-Unis avec le Rehabilitation Act de 1975 qui conditionne le soutien fédéral des États aux offres de services aux personnes handicapées : selon son préambule, « le handicap fait partie de l'expérience humaine et en aucune façon devrait limiter le droit des individus à... jouir d'une inclusion et intégration globale dans le mainstream autrement dit les sphères « économiques, politiques, sociales et éducatives de la société américaine. »

37. A. Leaby, D. Ferri, *Int. J. of Law in Context* n° 20 March 2024 *Rethinking and Advancing a 'Bottom-up' Approach to Cultural Participation of Persons with Disabilities as Key to Realising Inclusive Equality*, n° 20 March 2024, p. 267.

38. L. n° 75-534, 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées ; L. n° 2005-102, 11 févr. 2005, pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

39. L. n° 2001-1066, 16 nov. 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

40. L. n° 2005-102, 11 févr. 2005, précitée.

41. Par exemple, il existe des critiques de certains modes de preuve de la discrimination raciale, J. Icard, *Discrimination : causalité ou corrélation ?*, D. 2023, p. 457.

criminatoires. Les défis du droit de la non-discrimination qui partent des préoccupations de différents groupes selon le critère prohibé rencontrent également une résistance de la part de ceux qui craignent, à l'appui des actions de groupe, les atteintes à la cohésion sociale⁴². La notion d'inclusion peut être perçue comme plus contextuelle à partir des personnes concernées qui sont exclues. La proposition serait de partir des attentes partagées de ces personnes pour coconstruire les dispositifs d'inclusion. Le processus d'inclusion n'est pas lié à un statut précis d'ayant droit mais se conçoit comme accélérateur d'égalité. Il s'agit de s'inscrire dans l'idée d'une meilleure participation des personnes dans un domaine (emploi, logement, soins) et est donc lié aussi à un registre plutôt démocratique d'égalité de représentation des personnes à l'emploi. Cependant, au lieu de rechercher les sources des désavantages comme le font normalement les préjudices discriminatoires selon les critères prohibés, l'idée est de saisir les problèmes communs à plusieurs groupes exclus plutôt que de promouvoir les groupes et les personnes selon leur origine, leur sexe, leur handicap. L'accès au droit, la promotion d'environnements inclusifs à partir des talents des individus et leur potentiel poursuivent une quête plus large de cohésion sociale en regardant les dynamiques de groupe. Cette vision de l'inclusion contourne donc les critiques de cloisonnement du droit de la non-discrimination en favorisant des réponses communes pour éliminer les obstacles à l'inclusion. Dans cette perspective de contournement des résistances au droit de la non-discrimination, quels seraient les dispositifs concrets, individuels et collectifs de mise en œuvre de l'inclusion ?

► Le droit individuel à l'inclusion : un droit opposable soutenu par l'État ?

Le droit individuel à l'inclusion est déjà inscrit dans le Code du travail (*C. trav.*, art. L. 5213-6) et la jurisprudence nationale l'enrichit progressivement mais ne s'applique pour l'instant qu'aux discriminations à l'encontre des travailleurs en situation de handicap.

Selon l'article L. 5213-6 du Code du travail, afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, l'employeur prend, en fonction des besoins dans

une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs (en situation de handicap) d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée. Ces mesures sont prises sous réserve que les charges consécutives à leur mise en œuvre ne soient pas disproportionnées, compte tenu de l'aide prévue à l'article L. 5213-10 du Code du travail qui peut compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur. Ainsi, le droit individuel à l'inclusion prend en compte la possibilité de l'aide de l'État de prendre en charge en partie le coût des aménagements raisonnables. Autrement dit, il ne s'agit pas seulement d'un droit fondamental mais éventuellement un droit économique et social avec support financier dans la limite aussi d'une contribution raisonnable de l'employeur⁴³. Sur ce point, la Cour de cassation a précisé dans deux arrêts quelle doit être l'appréciation des juges du fond de la portée de l'obligation d'aménagements raisonnables. D'un côté, l'employeur doit fournir certains efforts pour trouver les mesures appropriées au salarié selon son handicap⁴⁴. D'un autre côté, la Cour de cassation pose un cadre individuel pour aménager la preuve du respect de l'obligation d'aménagements raisonnables en permettant au salarié de présenter des éléments de fait laissant supposer le refus, même implicite, d'aménagements et d'exiger de l'employeur, le cas échéant, la preuve des justifications matérielles et financières du caractère déraisonnable de certaines mesures d'aménagements⁴⁵.

Ce dispositif individuel qui traduit une forme de droit à l'inclusion nécessiterait une application à tous les groupes pour constituer un outil collectif du droit de l'inclusion.

► Émergence d'outils collectifs d'inclusion : la responsabilité d'une entreprise inclusive et l'élaboration d'actions positives indirectes

Deux questions émergent lorsque l'on réfléchit plus collectivement au droit de l'inclusion : celui d'une organisation inclusive et celui des actions positives. On observe qu'il existe, en dehors du droit individuel à l'inclusion en matière de handicap, l'idée selon laquelle une personne morale ou un outil (non juridique) comme ●●●

42. C. Lafaye, A. Kieffer, *Interprétations de la cohésion sociale et perceptions du rôle des institutions de l'État social*, *L'année sociologique* 2012/1, Vol. 62, p. 195.

43. La CIDPH évoque aussi un principe de « conception universelle » (art. 2) : les lieux et services rendus d'emblée accessibles au plus grand nombre, limitant ainsi la nécessité de recourir à des aménagements spécifiques.

44. *Cass. soc.*, 3 juin 2020, n° 18-21.993 FS-P+B.

45. M. Mercat-Bruns, *La reconnaissance de l'obligation d'aménagements raisonnables : contours et preuve*. *Cass. soc.*, 15 mai 2024, n° 22-11.652 FP-B+R, *Dr. soc. nov.* 2024 (à paraître).

●●● l'écriture dans une organisation pourraient être plus ou moins « inclusifs », sous contrôle du juge. L'intérêt de cette vision plus collective de l'inclusivité serait d'objectiver, de mesurer le risque d'exclusion en le rendant directement imputable à une institution, une entreprise, une organisation en raison d'un environnement ou d'une règle, considérés comme peu inclusifs. Depuis 2016, l'article L. 1321-2-1 du Code du travail autorise l'adoption de règles de neutralité politique, philosophique et religieuse dans l'entreprise soumise à un contrôle possible des juges : « Le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché. » Or l'avocat général Collins, dans la décision CJUE Commune d'Ans, qui concernait l'application d'une telle règle, dans une municipalité, à une fonctionnaire qui portait le voile a discuté de deux façons de conceptualiser la neutralité inclusive « à géométrie variable » et la neutralité exclusive et « absolue » : dans le premier cas, les signes ostentatoires pouvaient être portés selon la fonction de la personne en contact (sans contact avec les usagers ou sans autorité) ; dans le cas de la neutralité exclusive, c'était l'environnement public qui devait demeurer « administrativement intégralement neutre » quel que soit le poste⁴⁶. Selon cette conception « inclusive », c'est la neutralité des actes posés par l'agent, et non celle de son apparence, qui importe, de sorte qu'il ne peut lui être interdit de porter des signes de convictions notamment philosophiques ou religieuses. La conception exclusive de la neutralité, en revanche, repose sur le postulat que tant les actes posés par l'agent public que l'apparence de ce dernier doivent être strictement neutres⁴⁷. On en déduit ainsi qu'il est possible d'avoir des degrés d'inclusivité liés à la nature des normes apparemment neutres mais, pour l'instant, sous contrôle des discriminations indirectes qui peuvent être justifiées. En outre, s'agissant de l'écriture inclusive, elle n'est pas systématiquement qualifiée de telle. Par exemple, le Tribunal administratif de Grenoble a annulé la délibération de l'Université de Grenoble par laquelle les statuts du service des langues rédigés en écriture dite « inclusive » étaient approuvés⁴⁸. Par une

décision du 11 mai 2023, les juges ont annulé, à la demande d'un enseignant, une délibération ancienne de près de trois ans, du 16 juillet 2020, qui approuvait les statuts du service des langues de l'Université de Grenoble. Ils ont fondé leur décision sur « la clarté et l'intelligibilité de la norme », lesquels « constituent un objectif de valeur constitutionnelle auquel doivent satisfaire les actes administratifs », ainsi qu'en a décidé le Conseil constitutionnel⁴⁹. Dans ce cas c'est la norme à but inclusif qui est écartée au nom d'une finalité à valeur constitutionnelle.

Par ailleurs, réfléchir au droit de l'inclusion sur le plan collectif oblige à se poser la question de l'articulation de dispositifs collectifs qui viseraient l'élimination des obstacles à l'inclusion avec les autres concepts de non-discrimination dont l'action positive. L'analyse de la construction du modèle d'égalité structurelle tirée du droit européen de la non-discrimination révèle parfois les limites des règles européennes, de l'acquis communautaire et de ce fait, du droit interne. Si on compare la discrimination directe et la logique du processus d'inclusion, il faut réaliser que l'inclusion est asymétrique. Par exemple, à l'image de l'obligation d'aménagement raisonnable face à une situation de handicap, l'inclusion ne se focalise pas sur la comparabilité entre les personnes discriminées et ceux qui ne le sont pas mais part de la comparabilité des problèmes des groupes pour chercher les défis communs à l'inclusion. S'agissant de la comparaison entre l'inclusion et la discrimination indirecte, l'inclusion reconnaît le désavantage particulier des groupes sous forme d'obstacles à l'accès des droits qui paraissent neutres dans le cas des discriminations indirectes en créant des freins à l'inclusion. Cependant, l'inclusion comme objectif suppose une obligation positive d'agir pour confronter le désavantage, éliminer l'obstacle. La discrimination indirecte n'indique pas quelle solution est nécessaire pour compenser son effet en dehors du fait d'enlever la règle discriminatoire. La comparaison entre l'inclusion et l'action positive mène à relever, dans l'action positive, un traitement préférentiel qui garantit souvent une inclusion quantitative (parité par exemple) sans toujours un volet qualitatif. L'action positive est critiquée car cela perpétue les catégorisations, favorise les discriminations à rebours. L'action positive est interprétée restrictivement comme exception à la discrimination. Enfin, s'agissant de l'inclusion au regard du harcèlement discrimina-

46. CJUE, 4 mai 2023, n° C-148/22, § 55, *Commune d'Ans*, concl. A. Collins, avocat général.

47. CJUE, 4 mai 2023, *Commune d'Ans*, § 66, précité.

48. TA Grenoble, 11 mai 2023, n° 2005367.

49. Cons. const. n° 2017-750 DC, 23 mars 2017, D. 2017, p. 2501, obs. G. Roujou de Boubée.

toire, les deux concepts mènent à l'appréciation de l'effet d'un environnement hostile comme obstacle à la pleine participation à l'emploi et à promouvoir le bien-être des personnes en réduisant les risques d'exclusion (dans et hors de l'emploi).

Compte tenu de certaines limites des concepts de non-discrimination, notre postulat est de proposer, le cas échéant, par accord collectif, des actions positives indirectes au travail. Six exemples de normes « inclusives » peuvent être explorés. Selon la taille de l'entreprise, des actions positives indirectes partiraient des attentes recueillies de façon anonyme auprès des salariés (coconstruction des normes) et pourraient saisir certains obstacles structurels communs aux groupes protégés à éliminer :

1) Obstacles apparemment neutres sur la gestion du temps de travail, seraient relevés les obstacles communs au *care* de ses parents âgés ou malades, liés au long trajet au travail, liés à la faible mobilité physique des travailleurs, liés à la faible disponibilité des parents, liés aux horaires ou conditions du travail atypique).

2) Obstacles apparemment neutres relatifs à l'accès à la mutation et à la promotion (service qui accompagne la transition de poste, faible conseil de carrière, l'absence de plateformes accessibles des candidatures).

3) Obstacles neutres relatifs aux codes et culture d'entreprise : délicat usage et faible connaissance de l'intelligence artificielle, des réseaux sociaux, des codes vestimentaires, des risques d'isolement du télétravail.

4) Obstacles neutres relatifs à l'élargissement du champ de vision de l'environnement hostile dans et hors emploi (trajets longs au travail, risque du contrôle au faciès, harcèlement dans la rue, faible accès effectif au logement).

5) Obstacles neutres relatifs au suivi des environnements toxiques au travail selon les secteurs (pression de micro-agressions, communauté de travail cultivant l'entre-soi, lieux où la discrimination est ignorée comme risque professionnel de santé et sécurité).

6) Obstacles neutres liés à l'absence de plateforme de *mentoring* et *coaching* pour les groupes les plus désavantagés (avec sélection des meilleurs candidats comme mentors pour leurs qualités et *bonus* professionnel à la clé, points accumulés pour faire évoluer leur carrière). Autrement cette action positive indirecte vise tous les salariés qui sont valorisés comme alliés et témoins et tous affectés directement et indirectement par l'exclusion de certains groupes. Les actions positives indirectes peuvent prévoir une vigilance accrue pour la parole des personnes à l'intersection de différents désavantages (âge, sexe, origine).

Conclusion. – Les stratégies européennes sur l'égalité et les plans d'action de lutte contre les discriminations⁵⁰ sont encore construits davantage selon le critère de discrimination (handicap, âge, sexe, origine, orientation sexuelle...). L'inclusion, comme outil pour éliminer les obstacles des personnes à la pleine participation à l'emploi, est encore souvent réservée à la situation de handicap au travail. Ainsi, on peut parler davantage d'une continuité ou d'un prolongement du droit de la non-discrimination à travers l'idée d'un droit de l'inclusion. Par ailleurs, il existe tout de même une volonté de réfléchir à l'effectivité des outils tels que l'action de groupe, la transparence salariale, l'amélioration de la preuve de la discrimination par *testing*, la lutte contre les discriminations algorithmiques⁵¹ et un pouvoir accru dévolu aux organes de mise en œuvre de l'égalité et aux lanceurs d'alerte. ■

50. https://www.dilcrub.gouv.fr/files/2023-12/Plan-national-de-lutte-contre-le-racisme-lantisemitisme-et-les-discriminations-liees-a-lorigine-2023-2026-Janvier-2023_0.pdf

51. M. Mercat-Bruno (dir.), *Nouveaux modes de détection et de prévention de la discrimination et accès au droit : action de groupe et discrimination systémique ; algorithmes et préjugés*, Colloque TEE, SLC, 2020.

La protection des femmes lors de la ménopause au Royaume-Uni

Pascale Lorber, Law School, Centre for Rights and Equality in Health Law University of Leicester

Pourquoi parler de la ménopause dans le cadre d'un colloque sur la diversification du droit de la non-discrimination au travail en Europe? Principalement parce que dans le monde du travail, nous assistons à une prise de conscience ou une sensibilisation de l'effet de la ménopause sur les femmes. Il y a également un nombre de manifestations de traitements défavorables de ces femmes qui subissent alors une forme de discrimination et en conséquence, soit se retirent du marché du travail, soit se retrouvent pénalisées (par une action disciplinaire ou un refus de promotion par exemple).

La question posée par cette contribution est de savoir si le droit du travail et de l'égalité devrait intervenir dans ce domaine et si oui, sous quelle forme (si ce n'est pas déjà le cas).

Le cadre de cette contribution est celui de l'observation et de l'analyse du traitement de ces questions au Royaume-Uni. Il est intéressant de noter qu'un rapport du Sénat français, publié en 2023, indiquait que « dans le monde du travail comme dans la société en général, l'Angleterre apparaît comme précurseur dans ce domaine »¹. Le contenu de cette contribution fait partie d'une recherche plus approfondie menée en tandem avec le Professor Eugenia Caracciolo di Torella².

Dans une première partie, le phénomène de la ménopause sera brièvement expliqué: comment il affecte les femmes et quel est son impact dans le monde du travail ainsi que les défis auxquels les femmes doivent faire face. Les litiges relatifs à la ménopause seront également abordés. La deuxième partie sera consacrée à la question de savoir si le droit doit intervenir, et, si oui, sous quelle forme, pour protéger les femmes qui, à défaut de protection, se retirent du marché du travail et ou sont sujettes à des traitements défavorables ou « discriminatoires ».

1 CONTEXTE : DÉFINITION, ATTITUDE ET IMPACT DANS LE MONDE DU TRAVAIL

Il est important de commencer par une définition de la ménopause: c'est une transition physiologique, un phénomène qui affecte les personnes dont le cycle de règles s'arrête. À partir de la ménopause, les femmes connaissent une baisse significative d'hormones, principalement l'œstrogène mais aussi la progestérone et testostérone. Toutes ces hormones sont fondamentales au fonctionnement quotidien physique et mental: en effet, le cerveau, la peau, les os et les émotions sont tous affectés par la baisse du taux d'œstrogènes.

En moyenne, cette phase commence peu après 50 ans, mais les symptômes associés à la ménopause peuvent être présents avant l'arrêt total des règles, dans la période de préménopause qui peut toucher des femmes à partir de la quarantaine (et pendant cette période les règles deviennent irrégulières ou abondantes). Cette période peut être courte mais pour certaines femmes les symptômes associés à la ménopause et préménopause peuvent durer jusqu'à 15 ans.

Les symptômes associés à la ménopause sont nombreux et affectent les femmes de façon très différente. Les symptômes suivants sont les plus cités: bouffées de chaleur, fatigue, angoisse, dépression, règles irrégulières, troubles du sommeil, brouillard cérébral (qui se manifeste par des troubles de la mémoire et des problèmes de concentration); mais il y en a d'autres comme les articulations douloureuses ou les infections urinaires. L'impact de ces symptômes est très varié: certaines femmes ne sont pas du tout affectées ou de façon très légère et sur une courte durée. Cependant, ces symptômes peuvent pour d'autres être très handicapants et ce sur une période plus ou moins longue avec, pour conséquence, des

1. Sénat, *Délégation aux droits des femmes, Santé sexuelle et travail: quels aménagements possibles pour les femmes?* 2 mars 2023 <https://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20230227/ddf_2023_03_02.html>

2. Voir par ex., E Caracciolo di Torella et P Lorber 'Is there a place for Law to Regulate Menopause in the Workplace' UK Labour Law Blog, 8 March 2024 <<https://uklabourlawblog.com/2024/03/08/is-there-a-place-for-law-to-regulate-menopause-in-the-workplace-by-eugenia-caracciolo-di-torella-and-pascale-lorber/>>

phases de dépression sévères ou des problèmes gynécologiques sérieux. Ces symptômes peuvent également conduire à une baisse de l'estime de soi, faisant suite à des problèmes de concentration et de performance.

La ménopause n'est plus un sujet tabou au Royaume-Uni. Elle fait l'objet de beaucoup de débats et de campagnes d'informations sur la santé des femmes. En témoignent nombre de documentaires télévisés, de création de nouveaux magazines, de livres médicaux ou écrits par des journalistes. Leur objectif est d'expliquer les nombreux symptômes de la ménopause ainsi que les traitements (remplacement d'hormones ou traitement hormonal substitutif) et l'impact sur la vie ou qualité de vie de celles qui en souffrent. Il est intéressant de noter que le 18 octobre 2024 (journée mondiale de la ménopause), « le gouvernement français a lancé une mission parlementaire pour mieux prendre en charge ce phénomène physiologique » que le président de la République, Emmanuel Macron, avait décrit plus tôt dans l'année, comme un sujet restant tabou³.

Se pose alors la question de l'étendue de la ménopause et de ses implications dans le domaine du travail. Au Royaume-Uni, des recherches récentes établissent que l'étendue de l'impact de la ménopause dans le monde du travail est significative. Premièrement, les femmes de plus de 50 ans représentent la partie de la main-d'œuvre qui croît le plus vite. 4,6 millions de femmes entre 50 et 64 ans sont employées au Royaume-Uni⁴. Deuxièmement, un rapport de la Commission des Femmes et de l'Égalité du Parlement britannique indique que les entreprises constatent qu'un nombre important de femmes, expérimentées et arrivant au sommet de leur carrière, quittent leur emploi à cause de la ménopause⁵. Cela s'explique par leurs symptômes qui affectent leur travail et/ou leur qualité de vie, par leur crainte d'en parler à leurs supérieurs ou par la crainte qu'on leur refuse des ajustements de travail en raison de leurs symptômes. Souvent, ces femmes sont aussi à un moment de leur carrière où elles s'occupent d'adolescents qui peuvent avoir des difficultés, des enfants qui quittent le nid familial, ou encore deviennent plus ou moins aidantes de parents

âgés. Tous ces facteurs peuvent arriver au même moment. Finalement, dans une autre étude⁶, huit femmes sur dix notent que leur employeur n'a aucune information sur la ménopause, et qu'aucune formation pour les managers n'est prévue. Ces études datent de 2022, et les choses ont évolué depuis avec un certain nombre de pratiques positives, ayant pour but de soutenir les femmes (décrites ci-dessous)⁷.

Ces études sont complétées par un nombre croissant de litiges qui invoquent la ménopause. Ces litiges sont principalement au stade du conseil de prud'hommes. Une recherche des jugements de première instance mentionnant la ménopause (de façon substantielle dans le cadre du litige) recense à peu près 45 litiges commençant en 2012, mais en croissance exponentielle ces trois dernières années.

Les décisions judiciaires à ce sujet révèlent que certaines femmes ont été licenciées pour incapacité ou inaptitude (suite à des absences prolongées, par exemple). Elles peuvent également être réprimandées ou licenciées pour faute. Enfin, il existe un certain nombre d'exemples où le harcèlement est invoqué (un manager fait un commentaire sur l'âge d'une employée et lui dit qu'à 52 ans et la ménopause, son mari risque de chercher une femme plus jeune). Les comportements des femmes (décrits comme fautifs) ou leurs absences sont alors expliqués par les symptômes de la ménopause. La fatigue, la dépression, l'anxiété, les pertes de mémoire et de confiance en soi induisent des actions considérées comme fautives, comme, par exemple, l'oubli de signer des documents ou de documenter un traitement médical.

Dans ces litiges, les femmes argumentent, pour se défendre, qu'elles ont été sujettes à des traitements défavorables suite à la ménopause. C'est alors l'ensemble des normes sur l'égalité qui entrent en jeu. Le traitement subi par ces femmes est analysé par l'intermédiaire des mesures légales qui interdisent la discrimination. Les employées invoquent le droit à l'égalité hommes-femmes, par exemple pour contester un licenciement abusif : elles seules souffrent de la ménopause, en conséquence les hommes ne sont pas soumis aux traitements discriminatoires qui y sont liés. À titre d'exemple, il a été ●●●

3. France Info <https://www.francetvinfo.fr/sante/menopause-le-gouvernement-lance-une-mission-parlementaire-pour-mieux-prendre-en-charge-ce-phenomene-physiologique_6846008.html>

4. Statistiques du gouvernement britannique publiées Mai 2024: Guidance 'Help and support for older workers'

5. House of Commons, Women and Equalities Committee, Menopause and the Workplace, 19 July 2022 <<https://committees.parliament.uk/publications/23281/documents/169819/default/>>

6. The Fawcett Society, Menopause and the Workplace <<https://www.fawcettsociety.org.uk/Handlers/Download.ashx?IDMF=9672cf45-5f13-4b69-8882-1e5e643ac8a6>>

7. Comme par exemple un engagement signé par des employeurs pour sensibiliser sur et adresser les problèmes liés à la ménopause: Menopause Workplace Pledge <<https://www.wellbeingofwomen.org.uk/menopause-workplace-pledge/employer/>>

●●● argumenté, avec succès, que des absences prolongées suite à des symptômes de fatigue et d'anxiété auraient conduit un homme à être référé à la médecine du travail. Cette option n'a pas été offerte à une femme expliquant ses symptômes par la ménopause. Cette différence de traitement constitue une discrimination basée sur le genre (*Merchant v BT plc (2012)*, *décision prud'hommale*). La discrimination basée sur l'âge est également utilisée puisqu'une femme plus jeune ne peut pas souffrir de la ménopause (bien qu'il y ait des exceptions). Enfin, le droit à l'égalité pour les personnes handicapées peut être engagé si l'employée arrive à démontrer que ses symptômes de ménopause constituent un handicap et qu'elle a été traitée différemment en raison de celui-ci, ou qu'un aménagement lui a été refusé. Les juridictions britanniques de première instance et d'appel ont reconnu que la ménopause peut constituer un handicap et l'employeur a alors une obligation d'aménager le lieu ou les conditions de travail.

La décision suivante illustre l'impact de la ménopause au travail et de la façon dont le droit analyse ces situations. Le cas de *Ms M Rooney v Leicester City Council (2022)* est la seule décision qui est allée jusqu'en appel. Mme Rooney était assistante sociale. Elle avait informé son employeur qu'elle souffrait d'un certain nombre de symptômes de ménopause qui affectait son travail et sa vie de tous les jours. Elle souffrait également de dépression. En conséquence, elle a pris un certain nombre de congés maladie. Son employeur lui a envoyé un avertissement pour absences prolongées et répétées. Elle a démissionné suite à ce traitement. Mme Rooney a ensuite intenté une action sur la base de la discrimination : elle a argumenté du fait qu'elle avait été traitée de façon discriminatoire en raison de sa ménopause, en associant sa ménopause à un handicap. Elle devait donc prouver de façon préliminaire que les symptômes dont elle souffrait remplissaient les éléments de la définition légale du handicap que l'on trouve dans la législation anglaise (une limitation physique, mentale ou psychique durable qui a un impact significatif sur les activités normales de tous les jours⁸). Mme Rooney a obtenu gain de cause et, pour la première fois, la ménopause a été reconnue comme pouvant satisfaire les critères du handicap. Une étude préliminaire des décisions de justice de première instance démontre que les litiges qui utilisent comme critère le handicap en cas de traitement défavorable en raison de la méno-

pause ont un taux de succès plus élevé que les autres critères comme le genre ou l'âge.

2 À LA RECHERCHE D'UN CADRE JURIDIQUE

Cependant, il n'existe pas de loi spécifique concernant la ménopause, comme celles concernant la grossesse et la maternité. Lorsque des conflits surviennent dans l'entreprise à ce sujet, les femmes ont essayé d'utiliser les instruments à leur disposition, à savoir le droit à l'égalité basé sur le genre, l'âge ou le handicap.

Certains commentateurs, juridiques et politiques, posent la question de savoir si un instrument spécialisé ne devrait pas être promulgué pour éviter certains obstacles techniques liés au droit de la discrimination. Sur le plan comparatif, par exemple, lorsqu'une femme doit comparer sa situation au moment de la ménopause à celle d'un homme, on risque de revenir vers une comparaison avec la situation d'un homme malade, alors que la ménopause n'est pas forcément une maladie mais une étape de la vie d'une femme. Cette comparaison peut rappeler les difficultés que les femmes enceintes avaient à se comparer quand elles utilisaient le genre plutôt que le critère de grossesse, maintenant protégé séparément. Le droit à l'égalité est également problématique si on invoque le genre et l'âge lorsqu'il existe un élément d'intersectionnalité, à savoir que l'employée est sujette à ce traitement à la fois en raison de son genre et de son âge. Enfin, si l'on se base sur le handicap, d'un point de vue moral, cela est également problématique, puisque la ménopause ne devrait pas être conçue comme un handicap mais une phase de la vie par laquelle passent la plupart des femmes.

Une première option est d'introduire un critère de discrimination spécifique à la ménopause, qui s'ajoute aux autres critères (comme la grossesse, ou l'âge ou la religion) déjà existants dans la loi (*Equality Act 2010*). Cette possibilité a été discutée⁹ mais soulève des questions juridiques et pratiques difficiles : comment définir la ménopause ? Faudra-t-il présenter des preuves médicales ? À partir de quand considère-t-on que la ménopause a un impact sur le travail ? Quels seront les symptômes à démontrer ? Sur le plan philosophique, certaines femmes ne veulent pas être le sujet d'une stigmatisation sociale ou donner des raisons aux employeurs pour être traitées différemment, comme cela peut être le cas durant la maternité.

8. *Equality Act 2010*, section 6.

9. Voir par ex. *House of Commons, Women and Equalities Committee, Menopause and the Workplace*, 19 July 2022.

Au niveau politique et pragmatique, le gouvernement conservateur, au pouvoir jusqu'à l'été 2024, avait rejeté cette option comme une charge juridique supplémentaire pour les employeurs, considérant le nombre de critères déjà protégés par le droit à l'égalité (il y en a neuf au Royaume-Uni)¹⁰. En dernier point, le droit à l'égalité se positionne comme une protection individuelle qui requiert qu'une personne affirme ses droits quand elle est sujette à un traitement défavorable. Cette approche impose une charge, financière et psychologique, pour l'individu. En matière de ménopause, cela inclut également la divulgation d'informations médicales et personnelles qui peuvent se retrouver sur internet quand les jugements sont publiés. Ces désavantages suggèrent une approche plus structurelle et préventive.

Dans ce contexte, une deuxième option envisageable est celle d'avoir un portefeuille de mesures visant à développer un environnement de sensibilisation et de soutien aux femmes qui traversent cette période de façon plus difficile et de leur permettre de rester dans l'entreprise. Ce portefeuille combine des mesures de prévention (soutien au travail) et de réparation, si ces femmes sont soumises à des traitements défavorables. L'idée est de répondre aux différents besoins des femmes qui traversent la ménopause avec des expériences différentes.

Ce portefeuille inclurait d'abord des mesures souples (ou *soft law*) comme l'incitation à développer des politiques d'entreprise sur la ménopause. Un certain nombre d'entreprises les ont déjà mises en place¹¹ et certains organismes accréditent des employeurs comme étant des employeurs de choix pour le soutien à la ménopause¹². Parallèlement, les syndicats encouragent leurs représentants à négocier ces politiques ou accords dans les entreprises¹³. Ces accords ou déclarations consistent, par exemple, à expliquer le soutien disponible sous forme de référé à l'équivalent de la médecine du travail; à promouvoir des formes de travail souples (télétravail ou plages horaires de temps de travail aménagées); à mettre à disposition des environnements aérés, ou un bureau à proximité des toilettes par exemple.

De plus, l'organisme national pour l'égalité de traitement a récemment publié une série de conseils à ce sujet, cherchant à clarifier pour les

employeurs quelles sont leurs obligations légales et à promouvoir des bonnes pratiques pour soutenir les employées qui sont affectées par les symptômes de ménopause (par exemple ne pas compter certaines absences en tant que maladies si elles sont liées à ces symptômes)¹⁴.

Mais le droit a également besoin d'être attiré et mobilisé si nécessaire: comme on l'a vu dans les litiges, si les symptômes deviennent handicapants, l'employeur a une obligation légale d'adapter le lieu et les conditions de travail. De plus, le droit britannique autorise tout employé à demander un travail souple (heures réduites, télétravail, etc.): ce droit pourrait mentionner la ménopause comme justification à cette demande pour aider à la flexibilité du temps de travail dans les cas nécessaires (qui peuvent être temporaires). Ces mesures devraient permettre un aménagement de poste ou des conditions de travail.

Enfin, le droit britannique utilise un système de code de bonnes pratiques dans certains domaines comme celui des procédures de griefs au sein de l'entreprise ou celui des procédures disciplinaires¹⁵. Ces codes sont des standards de base que l'entreprise doit respecter: s'il est prouvé qu'ils n'ont pas été suivis lors d'un litige, les sanctions sont aggravées pour l'employeur (par exemple, la compensation versée à un employé suite à un litige peut être augmentée jusqu'à 25 % si l'employeur a ignoré le Code). Il serait également envisageable de créer un code sur la ménopause qui inclurait certaines des bonnes pratiques déjà mentionnées ci-dessus.

En dernière observation, il est intéressant de signaler que le nouveau gouvernement travailliste élu en juillet 2024 vient de publier une nouvelle proposition de loi du travail. Dans l'annonce gouvernementale du 10 octobre 2024 sur cette réforme du droit du travail, des mesures pour soutenir les employées en période de ménopause sont mentionnées¹⁶. Cette proposition s'effectuerait sous la bannière de l'égalité pour les femmes, concernerait les employeurs de plus de 250 employés, auxquels il serait demandé de produire des plans d'actions sur la façon dont ils soutiendraient les femmes en phase de ménopause¹⁷. Des arrêtés gouvernementaux viendront préciser le contenu, la fréquence et la forme de ces plans. Il s'agit donc d'une autre forme d'intervention légale que ●●●

10. Jo Brewis, 'The UK government may have rejected menopause protections – but workplaces are more supportive than ever' *The Conversation*, 6 February 2023.

11. Par exemple, dans les universités, hôpitaux, autorités locales ou chaînes de télévision.

12. Par exemple, Menopause Friendly UK.

13. Le Trade Union Congress (TUC) est l'organisation syndicale parapluie qui représente tous les syndicats qui y sont affiliés: TUC, *Supporting Working Women*

14. Equality and Human Rights Commission, *Menopause in the Workplace: Guidance for Employers*, 22 February 2024, <<https://www.equalityhumanrights.com/guidance/menopause-workplace-guidance-employers>>

15. ACAS Code of Practice on disciplinary and grievance procedures.

16. Communiqué de presse, Government unveils significant reforms to employment rights, 10 oct. 2024.

17. Employment Rights Bill 2024, section 78A Equality Action Plan.

●●● celle mentionnée ci-dessus et qu'il sera intéressant de suivre. Aucune date de mise en place n'a été fixée et il existe peu d'information à ce stade, mais on peut imaginer que de tels plans pourraient inclure la mise en place d'accords ou de politiques d'entreprise sur la ménopause, ou d'une campagne de sensibilisation sur le sujet, ainsi que des formations à destination des managers, au vu des pratiques déjà observées dans les entreprises aujourd'hui.

Cette contribution a pour objet de soulever un certain nombre de questions relatives à un phénomène qui a toujours été présent, la ménopause, mais qui aujourd'hui est beaucoup mieux compris au niveau médical et beaucoup plus discuté, y compris au sein de l'entreprise. Il

a un impact sur la santé des femmes et donc sur leur travail. Considérant le nombre de femmes affectées par la ménopause et présentes dans le monde du travail, il est essentiel, pour l'égalité et le dynamisme de la vie économique du pays et de l'entreprise, que ces femmes puissent continuer à travailler et avoir une vie professionnelle qui leur permette de continuer à s'épanouir et à évoluer. Au vu de l'expérience d'un certain nombre de femmes, il est nécessaire de prévoir comment le droit peut intervenir pour sensibiliser l'ensemble de la main-d'œuvre à soutenir les femmes sans les stigmatiser. C'est une entreprise complexe mais un sujet sur lequel il convient de réfléchir afin de permettre une culture bienveillante au travail. ■

Les progrès dans le contentieux relatif à la discrimination en raison de la race/ethnie en droit français

Intervention menée à deux voix avec **Xavier Sauvignet**, Avocat à Paris, cabinet 1948 Avocats et **Margaux Lucas-Nowacki**, Doctorante en science politique, Laboratoire SAGE, Université de Strasbourg

CONTRIBUTION DE XAVIER SAUVIGNET

Le contentieux de la discrimination à raison des origines, encore balbutiant il y a quelques années, connaît depuis peu un véritable essor. Certes, le chemin est encore long : le constat établi par le Défenseur des droits en 2020¹, selon lequel il existe une distorsion manifeste entre la récurrence de cette forme de discrimination et sa traduction judiciaire, est encore valable. Dans le monde du travail, les personnes racisées sont toujours victimes de situations intolérables, injustes, illégales, qu'aucun juge n'aura à connaître. Ce du fait de multiples facteurs (psychologiques, sociologiques, financiers) qu'il conviendrait d'identifier convenablement et de juguler par des politiques publiques ambitieuses...

Mais la prise de conscience du racisme et de l'intolérance qui s'exercent à l'encontre des personnes issues des « minorités visibles » a fait un grand bond en avant depuis le mouvement américain « Black Lives Matters » qui s'est traduit, en France, par des manifestations de grande ampleur contre les violences policières racistes, qui ont aussi cours dans l'Hexagone. Cette prise de conscience commence à se convertir en activité judiciaire, y compris devant les juridictions sociales. Tentons d'en définir les premiers contours et d'en tracer les perspectives.

1 PROGRÈS DU CONTENTIEUX DE LA PREUVE PAR COMPARAISON

► Importance de la comparaison

En matière de discrimination, l'une des problématiques majeures rencontrées par les salariés demandeurs réside dans la nécessité de procéder à une analyse comparative. Certes, une jurisprudence régulièrement rappelée par la Cour de

cassation permet aux plaideurs de faire état d'une discrimination sans comparaison, en montrant par exemple que la chronologie des événements constitue un indice de cette discrimination (*Cass. soc.*, 10 nov. 2009, n° 07-42.849, *Bull. civ. V*, n° 246; *Cass. soc.*, 28 juin 2018, n° 16-28.511, *Bull. civ. V*, n° 130). Mais la comparaison reste la « reine des preuves », en particulier dans les dossiers de discrimination à raison des origines, pour laquelle la chronologie est de bien peu de secours. Si un syndicaliste peut démontrer qu'il a cessé de recevoir des augmentations postérieurement à sa première identification syndicale, si une femme peut démontrer qu'elle a cessé d'être promue postérieurement à sa grossesse, l'argument reste quasi inexploitable pour les personnes racisées, qui sont porteuses du motif discriminatoire dès leur embauche. *Exit*, donc, le « avant/après ».

► Légalité des statistiques « ethniques »

Incontournable, cette comparaison est néanmoins rendue compliquée par le système juridique de notre République, qui encadre très précisément l'usage des statistiques dites « ethniques ». Les données statistiques sont en effet quasi inexistantes en la matière, contrairement aux statistiques de genre par exemple, lesquelles font même l'objet d'une obligation de publication pour entreprises d'une certaine taille. Ainsi, les bilans sociaux et la BDESE permettent de comparer des moyennes de salaire entre les hommes et les femmes, mais aucunement entre les personnes racisées et les personnes non racisées. Pourtant, il serait faux de dire qu'il est interdit de procéder à de telles comparaisons : l'article 6 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 dite « Informatique et libertés », qui prévoit l'interdiction du traitement des données personnelles qui révèlent la prétendue origine raciale ou ethnique, prévoit tout autant des exceptions au principe de l'interdiction. ●●●

1. *Rapp. annuel 2020 : « L'urgence d'agir », Défenseur des droits.*

●●● Parmi celles-ci figure l'exception « judiciaire », qui autorise l'analyse statistique lorsqu'elle est rendue « nécessaire à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice ou chaque fois que des juridictions agissent dans le cadre de leur fonction juridictionnelle »².

► Accès aux panels de comparaison

La jurisprudence en matière d'accès aux panels de comparaison, qui a connu une certaine actualité depuis 2020, ne distingue pas en fonction du critère de discrimination. D'abord intervenue en matière de discrimination syndicale (arrêts Renault Trucks : *Cass. soc.*, 18 déc. 2020, n° 19-17.637 F-P+B puis *Cass. soc.*, 1^{er} juin 2023, n° 22-13.238 F-B) puis en matière de discrimination sexuelle (arrêt ST Micro : *Cass. soc.*, 16 mars 2021, n° 19-21.063 F-P; voir aussi arrêt Exane : *Cass. soc.*, 8 mars 2023, n° 21-12.492 FS-B), la règle selon laquelle les demandeurs disposent d'un droit d'accès à la preuve qui peut porter atteinte à la vie privée des autres salariés (à condition que cette atteinte soit « nécessaire » et « proportionnée ») a été aussi énoncée, en toute logique, en matière de discrimination à raison des origines (*Cass. soc.*, 15 févr. 2023, n° 21-15.033). Il est donc parfaitement possible pour un salarié de solliciter, en référé, la production par l'employeur des bulletins de salaire de ses collègues comparables, à condition qu'il fasse état d'un « motif légitime » et que sa demande soit indispensable à la démonstration judiciaire de la discrimination qu'il invoque.

► Analyse onomastique

Ce contentieux, noué autour de l'article 145 du Code de procédure civile (référé probatoire) et de la notion de vie privée, trouve dans la discrimination d'origine une application particulièrement adaptée. En effet, l'accès à des données de comparaison « nominatives » s'avère essentiel pour procéder à une analyse onomastique, préconisée par le Défenseur des droits. Cette démarche, qui s'appuie sur la consonance des noms et prénoms, permet d'identifier les personnes racisées non pas en les enfermant dans des catégories d'appartenance (« noir », « arabe », etc.), mais en reconnaissant dans la consonance de leur patronyme une origine « réelle ou supposée » qui leur vaut d'être victime de perceptions stéréotypées et donc de discrimination.

► Applications

Le Défenseur des droits y a parfois recours dans les dossiers qu'il traite. À titre d'exemple,

une affaire Kronembourg, dans laquelle l'autorité administrative a identifié que, sur un même poste d'ouvrier qualifié, 17,67 % des intérimaires portent un nom à consonance maghrébine ou turque, pendant que seulement 5,40 % des salariés en CDI portent un nom à consonance maghrébine ou turque. Ainsi donc, démonstration est faite que les personnes ayant un nom d'une telle consonance sont plus régulièrement embauchées en contrat précaire que les personnes ayant un nom avec une autre consonance, ce qui laisse présumer l'existence d'une discrimination (*Défenseur des droits*, 4 févr. 2022, n° 20-015447).

► Consécration jurisprudentielle

Ce type d'analyse a été validé, au moins à trois reprises, par la Cour de cassation. D'abord par la chambre criminelle dans une affaire Adecco (*Cass. crim.*, 23 juin 2009, n° 07-85.109, *Bull. crim.*, n° 126) qui confirmait une décision de la Cour d'appel de Paris dans une affaire relative aux refus d'embauche d'animatrices fondées sur leur origine (*CA Paris*, 6 juill. 2007, n° 06/07900).

Ensuite par la chambre sociale, en validant la démarche onomastique utilisée par la Cour d'appel de Toulouse (*CA Toulouse*, 19 févr. 2010, n° 08/06630) dans un dossier Airbus (*Cass. soc.*, 15 déc. 2011, n° 10-15.873). Et enfin tout récemment, une décision publiée au *Bulletin* est venue consacrer cette analyse, dans un dossier Staubli (*Cass. soc.*, 14 déc. 2022, n° 21-19.628) où il était question de comparer, comme dans l'affaire Kronembourg, les embauches en fonction des patronymes « européen » ou « extra-européen » des salariés.

2 RÉSISTANCES DU CONTENTIEUX DE LA RÉPARATION DE LA DISCRIMINATION

► Perdre en première instance

Une fois le panel réuni et analysé, ou bien parfois sans panel aucun, les justiciables victimes de discrimination à raison des origines peuvent saisir le conseil de prud'hommes pour faire reconnaître cette injustice et en solliciter l'indemnisation. C'est souvent là que le bât blesse. Il est en effet extrêmement rare que la qualification soit retenue au premier degré de juridiction. J'ai ainsi pour habitude d'annoncer, dès le premier rendez-vous pour un nouveau dossier, que nous allons « perdre en première instance ». Je tiens cette maxime de ma mentor, Emmanuelle Boussard-Verrecchia, qui est l'une

2. X. Sauvignat, *Du bon usage des statistiques de la mesure de la discrimination en entreprise*, RDT 2022, p. 450.

des avocates préceuses dans le domaine de la non-discrimination en France. Depuis sept ans que j'exerce une activité judiciaire quasi exclusivement dans cette matière, l'affirmation ne s'est jamais démentie : les conseillers prud'hommes ne me donnent jamais raison sur ce fondement. D'ailleurs, dans les conseils situés en Île-de-France, je n'obtiens que très rarement gain de cause sur le fondement de la discrimination en général, à l'exception de certaines affaires de discrimination syndicale. Il faut dire que ce contentieux est stratégique pour le patronat : il ne faudrait surtout pas remettre en cause le pouvoir de direction, qui offre à l'employeur la possibilité de distinguer ses salariés de manière discrétionnaire, en accordant aux uns (en général aux hommes, non syndicalistes, non racisés, valides, etc.) des avantages qui sont refusés aux autres...

► Gagner en appel ?

En matière de discrimination syndicale et sexuelle, les dossiers connaissent un tout autre sort en cause d'appel. Devant des magistrats professionnels, l'aménagement de la charge de preuve, qui s'impose en cette matière (*C. trav., art. L. 1134-1*), joue pleinement son rôle et permet souvent aux victimes d'obtenir gain de cause. Mais il en va autrement dans les dossiers de discrimination à raison des origines. Je pense par exemple à une affaire dans laquelle il était fait référence à l'origine « antillaise » d'un salarié dans son dossier administratif compilé par l'employeur : la Cour est venue considérer qu'il n'y avait pas matière à condamnation (*CA Paris, 16 mai 2023, n° 20/07795*). De la même manière, une cour d'appel a pu retenir que le fait d'appeler une salariée « la Libanaise » ne suffisait pas, en soi, à démontrer une différence de traitement discriminatoire : la Cour de cassation est intervenue pour rejeter cette analyse et rappeler la règle selon laquelle la discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison (*Cass. soc., 20 sept. 2023, n° 22-16.130*). Dans une autre affaire encore, une double discrimination avait été invoquée : à raison du sexe et à raison des origines. Alors que l'intersection entre ces deux motifs était manifeste, la cour d'appel n'a retenu que la discrimination sexuelle, rejetant donc la discrimination à raison des origines (*CA Paris, 24 janv. 2017, n° 12/09692*). Dernier exemple, une cour d'appel a débouté un salarié qui contestait son embauche comme « agent comptable » et non « technicien comptable », au motif que son diplôme et son expérience n'avaient pas été obtenus en France : la Cour de cassation est venue censurer ce raisonnement qualifiable de xénophobe (*Cass. soc., 20 déc. 2023, n° 21-20.904 FS-B*).

► Des lueurs d'espoir

Ces exemples montrent que les juridictions d'appel se montrent encore souvent réticentes à donner gain de cause aux plaideurs en matière de discrimination à raison des origines, et qu'il faut monter jusqu'en cassation pour obtenir une décision logique et juste. Il existe néanmoins des dossiers victorieux : à titre d'exemple, un dossier dans lequel une discrimination « à raison de l'origine arabe ou maghrébine » du salarié a été retenue contre la société BNP Paribas SA (*CA Paris, 16 févr. 2021, n° 18/07045*). Il convient néanmoins de noter que dans cette affaire, l'indemnisation du préjudice tiré de la discrimination a été divisée par douze, la Cour préférant imposer une indemnisation forfaitaire plutôt qu'un calcul détaillé, préjudice par préjudice. C'est d'ailleurs là un marqueur du contentieux de la discrimination au travail : la réduction drastique des *quantum sollicités*, lesquels sont pourtant bien souvent fondés sur des méthodes de calcul éprouvées (par exemple la méthode dite « Clerc »). Je citerai enfin, pour conclure sur une note d'espoir, l'affaire dite des « travailleurs de Breteuil ». Dans ce dossier, les plaideurs ont réussi à démontrer, analyse sociologique à l'appui, qu'il existait dans cette entreprise du bâtiment (comme d'ailleurs bien souvent dans le secteur du BTP) une véritable ségrégation professionnelle basée sur l'origine géographique et culturelle des travailleurs. Au bas de l'échelle se trouvaient les travailleurs maliens sans papiers, dont les seules tâches étaient liées aux missions de curage, c'est-à-dire des tâches éprouvantes de démolition. Dans les niveaux supérieurs se trouvaient les salariés originaires du Portugal, d'Espagne ou d'Italie, affectés à des tâches plus « nobles ». Aux niveaux de commandement se trouvaient les salariés sans origine étrangère. Le conseil de prud'hommes de Paris, le 17 décembre 2019, prenait une décision remarquable, retenant une « discrimination systémique » et indemnisant ces travailleurs maintenus dans des situations précaires du seul fait de leur couleur de peau (*Cons. prud'h., 17 déc. 2019, n° F 17/10051 et s.*). La décision est depuis devenue définitive, et pourrait bien inspirer tant les avocats que les magistrats pour sortir, enfin, du déni de justice encore massif que l'on observe dans ce domaine de la discrimination d'origine. ■

CONTRIBUTION DE MARGAUX LUCAS-NOWACKI

Mes premiers mots vont aux organisateurs, que je remercie pour leur invitation. Mes seconds sont des excuses : je ne suis pas juriste ! Cette intervention s'inscrit dans le cadre d'une recherche doctorale en science politique, financée par l'Institut thématique interdisciplinaire Fabrique ●●●

●●● de la société européenne (ITI MAKERs, Université de Strasbourg). Ma recherche porte sur les politiques européennes de l'égalité développées en direction de populations minoritaires. Dans la thèse, je m'intéresse spécifiquement aux personnes racisées et minorités d'orientation sexuelle ou d'identité de genre. Alors que la présidente de la Commission européenne a fait de l'Union de l'égalité³ l'ambition stratégique de son mandat, il s'agit dans cette recherche en cours de comprendre comment la statistique égalitaire s'est faite l'instrument d'un nouveau régime de la preuve en mobilisant des entretiens semi-directifs, des observations ethnographiques au sein de la Commission européenne (DG Justice) et la fouille d'archives.

Ces précautions faites et après les conférences qui m'ont précédée, je ne sais trop quelle est la valeur à accorder à ma contribution mais partagerai tout de même ici les réflexions d'une apprentie chercheuse en science politique quant aux développements de la politique européenne de lutte contre les discriminations raciales, et notamment dans l'emploi.

Un premier point que j'aimerais aborder est celui de l'ambivalence de la prise en compte du marché de l'emploi dans la réponse européenne aux discriminations au motif de l'origine, de la race ou de l'ethnie. Déjà, alors que la compétence de l'Union à agir pour prévenir les discriminations raciales était discutée au sein de la Commission, ses fonctionnaires se montraient réticents à agir au nom du marché, *a fortiori* de l'emploi. Cet embarras est mentionné dans les travaux de Virginie Guiraudon⁴ mais aussi raconté par les militants des droits humains que j'ai pu rencontrer. Membres du Starting Line Group, ils proposent au début des années 1990 que l'article 235 du TFUE serve de base légale à la compétence de l'Union. Cette suggestion est rejetée par leurs interlocuteurs de la Commission. Pour rappel, l'article 235 dispose que « si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objectifs de la Communauté sans que le présent traité n'ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, après consultation de l'Assemblée prend les dispositions appropriées ». C'est suite à cette impossibilité que les militants proposeront ensuite l'article 13 du traité d'Amsterdam qui veut que

le « Conseil [puisse] prendre toutes les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les croyances, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

En dépit des directives 2000/43 et 2000/78⁵ prohibant les discriminations, cette gêne originelle est entretenue. En effet, de nombreuses sources institutionnelles (enquête de l'Agence européenne des droits fondamentaux et rapport *Being Black in the EU*, l'édition 2021 du rapport de la Commission au Parlement et au Conseil sur la mise en œuvre des directives 2000/43 et 2000/78 précitées) reconnaissent le secteur de l'emploi comme l'un des lieux dans lesquels les discriminations au motif de la race sont le plus marquées. Pour autant, passé le traité de Lisbonne qui a vu l'Union européenne embrasser les indicateurs du nouveau management public, les instruments développés par la Commission pour lutter contre les discriminations sur le marché de l'emploi sont moins des outils de *soft law* que de marketing à destination des entreprises. Dans une stratégie de *mainstreaming*⁶, la Commission fait de la diversité un instrument de communication des entreprises avec le programme des chartes pour la diversité. Ces chartes nationales sont regroupées sous la plateforme des chartes européennes pour la diversité. Coordonnées par une organisation référente dans chaque pays de l'Union, elles sont signées volontairement par les entreprises qui s'engagent à proscrire toute discrimination et œuvrer pour la promotion de la diversité.

C'est ainsi sur le ton de la communication que les entreprises européennes sont incitées à faire usage de la diversité. Les instruments de contrôle manquent toutefois. Présente à la Direction générale de la justice de la Commission européenne (DG Justice) d'octobre 2022 à mars 2023, j'ai pu suivre les consultations interservices précédant le règlement (UE) 2023/2772 du 31 juillet 2023 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 2024) et qui complète la directive (UE) 2022/2464 du 14 décembre 2022 relative à la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises. Si la directive fixe quelles entreprises sont concernées par l'obligation de publier des informations non-financières, le règlement définit des normes européennes d'information en matière de durabilité (en anglais ESRS, *European Sustainability Reporting Standards*). Préparée par l'EFRAG – une association privée d'intérêts publics –, la liste

3. Discours du 16 septembre 2020 devant le Parlement européen.

4. V. Guiraudon, *Construire une politique européenne de lutte contre les discriminations : L'histoire de la directive « race »*, *Sociétés contemporaines*, n° 53, 2004.

5. Dir. 2000/43/CE, 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; Dir. 2000/78/CE, 27 nov. 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

6. S. Jacquot, *L'égalité au nom du marché ? Emergence et démantèlement de la politique européenne d'égalité entre les hommes et les femmes*, PIE Peter Lang, 2014.

finallement retenue d'indicateurs et de métriques de la diversité inclut la répartition par sexe des instances dirigeantes et par âge de l'ensemble des salariés. De même, elle demande aux entreprises concernées par la directive de lister « des politiques spécifiques pour éliminer les discriminations, le harcèlement et promouvoir l'égalité des chances » ainsi que « tout autre moyen pour favoriser la diversité et l'inclusion ». Lors des consultations interservices, la DG Justice avait fait valoir l'intérêt de disposer d'indicateurs plus aboutis en fonction des autres motifs de discrimination reconnus par les traités. Elle avait aussi demandé qu'en plus d'une proportion de salariés minoritaires, l'indicateur renseigne sur la répartition de ces salariés par catégorie d'emploi. Jugées trop complexes à mettre en œuvre et délicates à négocier, ces propositions n'ont pas été retenues.

On voit ici que la réticence à agir dans le marché de l'emploi se double de l'embarras à développer des statistiques égalitaires à même d'informer les discriminations au sein des entreprises. Dès lors, comment saisir l'action publique européenne en matière de lutte contre les discriminations raciales dans l'emploi ? En d'autres termes, dans quelle direction se dirigent les efforts récents de la Commission européenne ?

Dans cette deuxième partie, on souhaiterait faire valoir la promotion d'une conception partenariale de la lutte contre les discriminations raciales, notamment dans l'emploi, par la Commission européenne. Il s'agit ici de montrer que la Commission s'est moins positionnée dans des procédures d'infraction que dans l'équipement de partenaires européens à qui elle délègue non seulement la surveillance des États membres mais aussi celle des agents économiques. Déjà, il faut souligner que les alliés de la Commission européenne dans la lutte contre les discriminations n'ont cessé de s'étoffer. Nous évoquons plus haut les militants en droits humains du Starting Line Group, ceux-là sont aussi à l'origine de la création d'ENAR, Réseau européen contre le racisme, et d'EQUINET, le Réseau européen des organismes de défense des droits. Les deux organisations sont des partenaires privilégiés de la DG Justice de la Commission européenne dans le déploiement de son Union de l'égalité.

C'est encore son réseau d'alliés que la Commission européenne a équipé en proposant l'initiative aboutissant à la Directive (UE) 2024/1499 du 7 mai 2024 relative aux normes applicables aux organismes pour l'égalité de traitement. Les organismes pour l'égalité de traitement

disposent de statuts variés et de moyens disparates dans l'Union. Souvent, ils sont sous la tutelle de ministères, privés de moyens d'agir et d'accomplir leur mission. Adoptée le 7 mai 2024, la directive qui compte parmi les dernières de la précédente mandature consacre d'importants standards pour les organismes nationaux responsables de l'égalité de traitement. Elle garantit l'indépendance dans la poursuite de leurs travaux, reconnaît leur nécessaire autonomie de moyens et de ressources, harmonise leurs missions (enquête, production de données, conseil, assistance aux victimes, suivi des procédures) et leur confère des pouvoirs. Parmi ceux-là figure leur capacité à accéder aux informations pour établir si une discrimination a eu lieu et coopérer avec d'autres organismes compétents, leur permettant ainsi d'accompagner au mieux les victimes dans leur accès à la justice. Surtout, les organismes pour l'égalité de traitement peuvent désormais agir en leur nom. Le calendrier prévoit que la directive soit transposée d'ici au 19 juin 2026. Présente à la Commission dans les semaines précédant la présentation de l'initiative au Conseil, nous avons pu apprécier combien EQUINET avait été un partenaire instrumental de la Commission européenne. S'il n'y a plus eu de procédure d'infraction au titre des directives 2000/43 et 2000/78 depuis 2014, les efforts législatifs de la Commission ont vocation à équiper des organismes dans chaque État membre de la capacité d'agir. Si ces organismes ont pour mission la défense des victimes mais aussi la promotion des droits et la vigilance quant à l'état de l'égalité dans leur pays, on peut penser que la Commission européenne s'est ainsi dotée d'un moyen détourné d'agir sur le contentieux en se reconnaissant des « bras armés » pour l'égalité au sein des États membres.

J'ai tenté ici de montrer les contrastes dans l'action publique européenne en matière de discrimination raciale, et notamment dans l'emploi : comment ce secteur économique était difficilement investi et la surveillance des entreprises peu assumée, mais aussi la manière dont la Commission européenne agit en utilisant son initiative législative pour équiper des partenaires à qui elle délègue la surveillance des agents économiques et des États membres. Si le Parlement européen a été enthousiaste, le Conseil s'est montré plus divisé avec deux votes contre (Bulgarie et Hongrie) et trois abstentions (République tchèque, Italie et Slovaquie). À nous désormais de suivre les lois de transposition et leurs effets ! Je vous remercie pour votre attention. ■

