*Tammouz Al-Douri est spécialisé en droit des discriminations et diplômé de l'IEP de Lyon. À partir d'une analyse juridique de la législation en matière de discriminations indirectes, il met en perspective la situation française avec celle des États-Unis, ce qui lui permet à la fois de sortir des clichés sur l'*affirmative action *aux États-Unis et de faire comprendre le caractère incomplet de la législation française.*

D'introduction récente en France, l'approche prônée par la discrimination indirecte se trouve à première vue aux antipodes de ce que l'on nomme communément le « modèle républicain » français. Ce dernier est utilisé dans le débat public pour désigner l'attachement du régime politico-juridique à l' « intérêt général », expression de la « volonté générale », à opposer aux intérêts particuliers qui mineraient l' « unité républicaine ». Dans la sphère publique, les individus sont sommés d'abandonner leur particularisme, ce qui les définit socialement, ainsi que tout ce qui les distingue d'un autre individu. Ils deviennent, par cet abandon, des « citoyens ». Dans ce modèle républicain théorique, la loi, et plus généralement la norme qu'elle soit de source législative ou non, est l' « expression de la volonté générale » et « doit être la même pour tous » (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, art. VI). C'est le caractère abstrait, universel de la loi et de la citoyenneté qui est la garantie de ce que l'on nomme l' « égalité républicaine ». Les citoyens, tous identiques, sont tous égaux devant une loi qui s'applique à tous de la même manière. Ce modèle républicain conçoit et réprime les discriminations directes : elles sont des défaillances résiduelles, des fautes individuelles qui trahissent la République. Mais les discriminations indirectes, les plus massives, produites par la norme apparemment neutre et universelle, lui posent problème. Elles le gênent. Car comment concevoir qu'une pratique neutre, ne mentionnant ni le sexe, ni la race, ni aucun autre critère prohibé, puisse constituer une discrimination ? Comment concevoir que l'universel puisse être discriminant ? Elles le menacent également car les discriminations indirectes témoignent de l'injustice que l'égalité formelle peut engendrer et constituent un argument en soi pour les revendications d'égalité réelle des groupes discriminés. Elles mettent un nom sur le sentiment d'injustice et la frustration que peuvent éprouver les victimes face à un ensemble de normes qui leur est présenté comme neutre. Mais surtout, elles qualifient juridiquement les discriminations qui sont produites à grande échelle, de manière intentionnelle ou non, sous couvert de neutralité et ouvrent la voie vers une action en justice pour y mettre fin.

Par contraste avec l'approche de la « discrimination indirecte », quand on parle de « discrimination » en France on fait généralement référence à une pratique qui consiste à exclure consciemment certains groupes sociaux. Je discrimine quand je distingue entre différents individus ou groupes d'individus selon un critère prohibé (la race, le sexe…) afin de leur appliquer un traitement différent. Ainsi, l'employeur commet une discrimination s'il refuse de recruter une personne en raison de son sexe ou de sa couleur de peau. *A contrario*, il est supposé respecter l'égalité s'il applique le même traitement à tous. Cette vision prédominante du phénomène de discrimination correspond à une représentation libérale de la responsabilité, qui se fonde sur les seules intentions de l'individu, et non sur les effets sociaux de ses pratiques. Seule la volonté de discriminer est sanctionnée. Un individu qui ne serait pas « mal intentionné » ne devrait donc pas être tenu responsable. Cette perception largement admise a tendance à réduire la discrimination à un seul de ses aspects, la discrimination directe[1] et pose en cela problème aux groupes discriminés pour plusieurs raisons. Qualifier la discrimination directe nécessite d'établir la preuve de l'intention discriminatoire du mis en cause. Même si sa charge peut être aménagée, cette

preuve est extrêmement difficile à établir. En effet, les personnes qui discriminent évoquent rarement directement le motif de la discrimination (la religion, le sexe, la race de la victime…). Les condamnations pénales ou civiles pour discrimination directe sont donc relativement rares, ce qui tend à rendre invisibles les discriminations dans leur ensemble. Pourtant, les discriminations directes caractérisées par la présence d'une intention discriminatoire ne représentent qu'une partie relativement faible du phénomène de discrimination. Au contraire, dans la plupart des cas de discrimination c'est un critère légalement admis qui est mis en avant. La mesure ou la pratique discriminatoire mise en cause a une apparence neutre, *universelle* et elle échappe donc à la qualification de discrimination directe.

C'est pour saisir ces mesures apparemment neutres mais dont les effets sont bien réels pour les groupes discriminés qu'a été développée la notion de discrimination indirecte. Introduite en droit français par une loi de 2001, elle est définie ainsi par l'article 1er de la loi du 27 mai 2008 :

« Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés. »

La discrimination indirecte examine la « pratique neutre en apparence » à la lumière du « désavantage particulier » subi par des personnes appartenant à un groupe social qui est en quelque sorte protégé par la loi. La norme « universelle » et abstraite est confrontée à une situation concrète, considérée comme discriminatoire. Cet instrument est issu du droit de l'Union européenne et paraît singulier dans le paysage français très attaché aux notions d'universalisme et de neutralité. Dans cet article, nous soutiendrons que la discrimination indirecte permet d'envisager le phénomène des discriminations sous un angle nouveau, avec un regard critique sur le modèle républicain et plus généralement sur l'égalité formelle qu'il met en œuvre. Nous présenterons d'abord l'origine historique et juridique de cet instrument, depuis sa mise en œuvre par la Cour suprême américaine dans les années 1970 jusqu'à son introduction en droit français en 2001 sous la pression européenne. Nous envisagerons ensuite les problèmes posés par cette introduction dans le paysage juridique français et les changements qu'elle appelle dans la manière de percevoir et de lutter contre les discriminations en France.

Les sources historiques et juridiques de la discrimination indirecte

La notion de discrimination indirecte s'inscrit à long terme dans la tradition de critique philosophique de l'égalité formelle que nous ne ferons que rappeler sommairement ici. Celle-ci est ancienne : on peut la faire remonter à Aristote qui affirme que l'équité est préférable à la justice, tout en reconnaissant que « ce qui est équitable, tout en étant juste, ne l'est pas conformément à la loi » (Voilquin, 1965, p.146). Plus proche de notre époque et dans cette même filiation se trouve la critique portée par le mouvement socialiste au sens large aux tenants d'une stricte égalité des droits. En plein cœur de la Révolution française, au moment où la question de l'égalité est posée et discutée, la rhétorique de Babeuf dans

son *Manifeste des égaux* publié en 1796 plaide en faveur d'une égalité réelle contre un droit formel dénoncé comme une fiction : « Vous êtes tous égaux devant la loi. Canaille, que te faut-il de plus ? Ce qu'il nous faut de plus ? (…) Nous voulons l'égalité réelle ou la mort ; voilà ce qu'il nous faut » (Buonarroti, 1957, p.95). C'est ensuite au tour de Karl Marx de porter une critique profonde et emblématique de la doctrine des droits de l'Homme telle qu'elle est issue de la Révolution française. Plus, généralement c'est l'ensemble du « droit bourgeois[2] » qu'il questionne c'est-à-dire, dans sa vision matérialiste de l'histoire et dans sa perspective socialiste, le droit correspondant à la situation historique d'un rapport social favorable à la bourgeoisie. Mais si cette critique de l'égalité formelle est ancienne, la notion de discrimination indirecte est née dans le contexte historique particulier de la deuxième moitié du xx[e] siècle aux États-Unis, après le mouvement des droits civiques[3].

À la fin des années 1960, l'égalité des droits est acquise entre les Noirs et les Blancs aux États-Unis. Cependant, il est alors impossible de nier les conséquences matérielles et morales de plus d'un siècle de ségrégation et d'exploitation raciale. C'est pour lutter contre ce constat qu'ont été adoptées les mesures légales anti-discriminatoires (*Civil Rights Acts* de 1964 et 1968) et les premières mesures d' *affirmative action* – traduit par « action positive » dans la suite de ce texte –pour « corriger les effets de la discrimination passée et présente »dans le secteur de l'emploi financé par des fonds publics. C'est également dans ce contexte que des analystes, principalement dans le champ de la sociologie, vont changer de regard sur la discrimination en l'envisageant non plus seulement comme la conséquence d'un comportement individuel mais comme le produit d'un système. Ce sont les notions de « racisme institutionnel [4]» (Knowles & Prewitt, 1969) et de « discrimination institutionnelle » (McCrudden, 1982) ou « systémique » qui émergent pour traduire ce changement d'analyse. Ces études ont montré que des normes discriminatoires, ancrées dans les habitudes d'une institution, d'une entreprise, ou de la société en général pouvait avoir un effet négatif sur les Noirs ou sur d'autres groupes minorisés sans que les personnes qui les appliquent ne soient elles-mêmes animées d'une volonté consciente d'exclure ou de discriminer. De même, la psychologie a mis en évidence la manière dont les stéréotypes et les préjugés contribuent à la formation d'une « norme » que les individus appliquent sans en avoir forcément conscience. Un individu peut donc avoir un comportement discriminatoire bien qu'il se dise convaincu de l'égalité entre les êtres humains. Ces travaux ont ensuite été repris par des juristes, principalement dans le monde anglo-saxon pour repenser le droit des discriminations et lui permettre d'appréhender des formes de discrimination non-intentionnelles. Il faut évoquer ici le contenu d'un article au titre évocateur – « Le ça, le moi et la clause de non-discrimination : s'attaquer au racisme inconscient[5] » – publié en 1987 par Charles Lawrence et qui a eu une influence importante depuis lors. Dans cet article, l'auteur discute de la « doctrine de la discrimination intentionnelle » selon ses mots qui est mise en oeuvre par la Cour suprême américaine dans un fameux arrêt *Washington v. Davis* de 1976. Cet arrêt majeur affirmait que la discrimination raciale du fait de l'État comprenait deux éléments majeurs : un effet raciste disproportionné et la motivation discriminatoire de l'agent de l'État[6]. Il excluait donc la seule prise en compte de l'impact d'un acte officiel pour qualifier la discrimination. Lawrence adresse deux critiques à cette doctrine adoptée par la Cour suprême. La première est qu'elle fait porter une charge de la preuve extrêmement lourde sur le plaignant. La deuxième est que le dommage causé par une mesure discriminatoire est bien réel, quelles qu'aient été les intentions de celui qui en a pris la décision. Pour Lawrence, les travaux récents en sciences sociales ont montré l'influence de la culture familiale et sociale sur les choix des individus. Certaines normes racistes peuvent donc être adoptées même si l'intention raciste n'est pas formulée. Il décline deux explications de ce comportement issues de la psychologie sociale. D'après la théorie freudienne, le sentiment de culpabilité

pousse l'individu au déni de la position sociale dominante qu'il occupe et à la rationalisation de ses choix pour les faire apparaître comme « neutres », bien que ses motivations puissent être discriminatoires de manière inconsciente. D'après la psychologie cognitive, certaines croyances sont tellement ancrées dans la représentation du monde que se font les individus qu'ils les considèrent comme des faits et non pas comme des points de vue. Ils peuvent alors être amenés à prendre des décisions qu'ils considèrent comme neutres mais qui sont en réalité le fruit de croyances particulières et discriminantes. Lawrence propose donc de définir une nouvelle forme de responsabilité individuelle qui tienne compte de ces comportements collectifs. Cette prise en compte de la discrimination « non-intentionnelle » – la notion de discrimination indirecte n'est pas directement évoquée par Lawrence – est importante selon lui parce que la doctrine de la discrimination intentionnelle limite sérieusement les cas de discrimination, mais aussi parce qu'elle fait le jeu du racisme plutôt qu'elle ne le combat. En effet, puisqu'elle nie les discriminations systémiques que subissent les Afro-Américains ou autres minorités, elle justifie moralement l'idée que, si les Noirs sont au bas de l'échelle sociale, c'est à cause de leur propre infériorité. Elle délégitime également l'idée qu'il faudrait des mesures spécifiques pour combattre ces discriminations, comme les mesures d'*affirmative action,* et nourrit le ressentiment de ceux qui ne sont pas bénéficiaires de ces mesures.

C'est dans ce contexte propice à la remise en cause de l'égalité formelle que la Cour suprême des États-Unis rend une décision qui peut être considérée comme la première application de la discrimination indirecte – appelée *disparate impact doctrine*[7] par la Cour suprême – par une juridiction. L'arrêt *Griggs v. Duke Power Co*.[8], rendu en 1971, est considéré comme réellement fondateur de la doctrine de l'effet disparate. Celle-ci se fonde sur la section 703(a) du Titre VII du *Civil rights Act* de 1964 pour proscrire la discrimination raciale en matière d'emploi. En l'espèce, dans les années 1950, la compagnie *Duke Power* n'autorisait les Afro-Américains à travailler que dans le département du Travail, ce qui impliquait pour eux l'occupation des postes les moins bien rémunérés de la compagnie. En 1955, elle mit également en place une condition de diplôme et de score suffisant à des tests d'intelligence pour être recruté ou transféré aux postes les mieux rémunérés. Après la promulgation du *Civil Rights Act* de 1964 elle fut contrainte d'abandonner sa politique raciale de l'emploi mais elle maintint les conditions de diplôme et de test d'intelligence. Les plaignants remettaient en cause ces conditions qui avaient un impact négatif sur l'accès des Afro-Américains aux postes élevés de la compagnie. La Cour suprême leur donna raison en affirmant l'illégalité des conditions exigées par la compagnie dès lors qu'elles ne visaient pas directement à mesurer les capacités des candidats à exercer l'emploi en question, et ce en dépit de leur neutralité formelle sur le plan racial. Le Président de la Cour suprême, le *Chief Justice* Burger, écrit au nom de la Cour dans l'opinion majoritaire que la promulgation du Titre VII du Civil Rights Act avait pour but d' « atteindre l'égalité des opportunités d'emploi et d'enlever les barrières qui opéraient dans le passé pour favoriser un groupe identifiable d'employés blancs aux dépends des autres. Sous la Loi (sur les droits civiques), les pratiques, procédures, ou tests neutres en apparence, ou même neutres en termes d'intention, ne peuvent être maintenus s'ils opèrent pour »geler » le statu quo des pratiques de recrutement discriminatoires antérieures » (Tobler, 2005, p.93). Le président de la Cour continue en expliquant que le législateur n'entendait pas « prévoir l'égalité des chances simplement au sens de l'offre légendaire du lait à la cigogne et au renard », mais plutôt que« le récipient dans lequel le lait est offert par l'un est à la disposition de tous ceux qui le demandent. La loi n'interdit pas seulement la discrimination déclarée, mais aussi des pratiques qui sont justes dans la forme, mais discriminatoires dans leur fonctionnement » (*Ibid*.). Dans cette image éloquente le président Burger fait référence à une fable d'Esope du vi^{e} siècle av. J.-C. qui met en scène un renard invitant à diner une grue mais lui servant

le repas dans une assiette plate, la mettant ainsi dans l'impossibilité de manger en raison de son long bec. En retour, la grue l'invita à manger en servant le repas dans un long récipient à la forme étroite pour empêcher le renard de se rassasier[9]. La fable devint une image fameuse de l'iniquité pouvant résulter d'un traitement qui sur la forme est égal ou identique. La décision *Griggs* ainsi que le raisonnement développé par Burger dans l'opinion majoritaire de la Cour suprême ont eu une influence directe sur les législations et jurisprudences adoptées sur le continent européen en matière de discrimination[10]. Elle eut également un impact considérable sur la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) et par extension sur le droit européen en général.

En Europe, c'est la CJUE – alors Cour de Justice des Communautés Européennes – qui va distinguer, pour la première fois dans l'ordre juridique communautaire discrimination directe et indirecte, notamment dans son interprétation de l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité (aujourd'hui art. 39 du traité CE), de la libre circulation des travailleurs (*Ugliola*, *Sotgiu*), et de l'égalité de rémunération entre hommes et femmes (*Jenkins, Bilka*)[11].

Les définitions de la discrimination indirecte que la CJUE a données dans ses arrêts vont évidemment influer les décisions des juridictions nationales en matière de non-discrimination. Elles vont surtout contribuer à l'élaboration des définitions claires et explicites de la discrimination indirecte contenues dans les directives de 1997 et 2000. Les directives 2000/43 et 2000/78 prévoient un cadre général pour lutter contre les discriminations fondées sur la race ou l'origine ethnique pour la première et un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail pour la seconde. La transposition de ces directives qui a eu lieu de manière progressive de 2001 à 2008 sous la pression de la Commission européenne opère une véritable révolution silencieuse dans la législation anti-discriminatoire française qui ne se limite pas à la discrimination indirecte[12].

La loi du 16 novembre 2001 introduit cette notion dans la législation française sans toutefois la définir et c'est finalement la loi du 27 mai 2008 qui donne une définition légale à la discrimination indirecte, rappelée en introduction de cet article, et précise son champ d'application[13].

Les bouleversements qu'implique la lutte contre les discriminations indirectes en France

Le premier changement qu'implique l'utilisation de la notion de discrimination indirecte est le passage d'une logique d'égalité formelle à une logique d'égalité réelle. Pour appuyer ce propos, rappelons que l'évolution du droit français des discriminations et l'intégration de la discrimination indirecte dans la législation sous l'impulsion du droit de l'UE n'ont pas eu lieu sans résistance. Cette résistance fût d'abord celle du gouvernement qui déposa le projet de la loi du 27 mai 2008 hors délai de transposition et demanda l'application de la procédure de vote d'urgence, après plusieurs mises en demeures de la Commission européenne[14]. Mais le gouvernement n'était pas le seul acteur méfiant à l'égard de ce bouleversement, comme en témoignent les inquiétudes exprimées dans le rapport qu'a produit la sénatrice Muguette Dini au nom de la commission des affaires sociales :

« Selon la perception républicaine française de l'égalité, les hommes sont égaux du seul

fait d'être hommes : le combat pour l'égalité passe par l'affirmation d'une commune appartenance à l'humanité, indépendamment des caractéristiques privées, qui sont secondaires. Or, le projet de loi tend au contraire à promouvoir de concert la lutte contre les inégalités et l'exacerbation des différences, en sous-entendant que toute inégalité est toujours due à une discrimination. Au lieu de faire de l'égalité un principe commun de rassemblement, il la transforme en un facteur de division, chacun étant renvoyé par le droit à ses caractéristiques privées[15]. »

Ce rapport fait référence à une « perception républicaine française » de l'égalité, perçue comme menacée par une logique différentialiste. Il ne fait ainsi que traduire l'opposition, à laquelle de nombreux commentateurs du droit des discriminations font référence, entre un modèle français universaliste et un modèle anglo-saxon différentialiste, par lequel le droit de l'UE serait « contaminé »[16]. Cependant nous pensons que cette rhétorique ne reflète pas la réalité des débats et des droits français comme « anglo-saxons » : elle est surtout mobilisée en France pour couper court à toute remise en question du « modèle français ». L'opposition entre une logique d'égalité formelle et une logique d'égalité réelle nous semble plus pertinente et traverse les différents modèles, qu'ils soient français ou « anglo-saxons ». L'égalité formelle se caractérise selon nous par trois traits principaux. D'abord un principe d' « identité de traitement ». C'est l'idée que « la loi doit être la même pour tous », et que cette identité de traitement est la garantie d'une égalité parfaite. Ensuite un « universalisme abstrait », c'est-à-dire une indifférence aux groupes sociaux réellement existants, qui ne reconnaît que des individus. C'est le corollaire du principe d'identité de traitement : pour que le traitement identique soit considéré comme un traitement égal, il faut que les sujets de droits soient reconnus comme identiques, sinon l'égalité est rompue. Enfin l'égalité formelle est marquée par une « perspective libérale » vis-à-vis de la société, c'est-à-dire qu'elle vise à encourager le laissez-faire des acteurs socio-économiques dans une sphère considérée comme privée. À l'inverse, la logique d'égalité réelle se caractérise par un « principe de traitement différencié » dans une perspective d' « égalité par la loi » qui vise à traiter de manière différente les situations différentes. C'est la logique de l'équité : « à chacun selon son dû ». Elle développe une forme d' « universalisme concret » qui consiste à reconnaître et tenir compte des différences sociales, des inégalités de fait, pour rétablir obtenir cette équité. La perspective de l'égalité réelle est une perspective de « transformation sociale » qui tend à réguler le comportement des acteurs socio-économiques dans la sphère privée pour modifier les rapports de force qui s'y expriment. Depuis son émergence dans les années 1970 sous l'influence de plusieurs grands textes internationaux, le droit français des discriminations de « première génération », s'était caractérisé par une logique d'égalité formelle. Il s'agissait alors, en suivant une interprétation littérale de l'article 1er de la Constitution, de garantir aux individus une stricte identité de traitement, quel que soit leur sexe, leur religion, leur origine ethnique etc. Ainsi, la législation française de cette première génération du droit anti-discriminations se caractérise par une répression des discriminations directes, principalement devant la juridiction pénale. La loi du 1er juillet 1972 « relative à la lutte contre le racisme » introduit notamment le délit d'incitation à la haine raciale, puis de nombreuses législations suivront, concernant d'autres critères : le sexe, la situation de famille, les mœurs, le handicap, l'état de santé, les opinions politiques et les activités syndicales, l'apparence physique, le patronyme, l'âge et les caractéristiques génétiques[17]. Mais cette législation répressive a deux limites principales. Nous ne contestons pas, bien entendu, la nécessité de la répression des discriminations directes, notamment devant la juridiction pénale quand elle est possible. Cependant nous souhaitons souligner d'une part son efficacité limitée et d'autre part son effet pervers qui contribue à faire de la lutte contre les discriminations un

problème « symbolique » plutôt qu'une question d'égalité. En effet, le constat est clair : de nombreux auteurs font état du très faible[18] nombre de condamnations pour délit de discrimination (art. 225-2 du Code Pénal). La principale explication de ce faible nombre est liée à la nature même du droit pénal qui exige la preuve de l'intention discriminatoire. Cette prise en compte est une garantie essentielle du principe constitutionnel de la présomption d'innocence (Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, art. 9). Le respect de ce principe crée une difficulté quasiment insurmontable pour la victime présumée de discrimination dans la mesure où elle doit prouver la volonté discriminatoire. Or, les auteurs du délit de discrimination se gardent bien la plupart du temps d'expliciter leur intention fondée sur une idéologie raciste ou sexiste par exemple. Dans la mesure où les condamnations pénales sont extrêmement rares pour des raisons intrinsèques au droit pénal, le surinvestissement du domaine répressif caractéristique de cette période prend alors une tournure principalement symbolique. Elle vise à donner des gages aux groupes discriminés, tout en désamorçant les revendications les plus radicales auxquelles il peut être répondu, en paraphrasant Buonarroti : « Vous êtes tous égaux devant la loi, que vous faut-il de plus ? ». Ainsi, le Conseil constitutionnel a censuré, en 1982, la tentative du gouvernement socialiste de l'époque d'instaurer des quotas par sexe en faveur des femmes aux élections municipales[19]. Le droit des discriminations de « seconde génération » et particulièrement la discrimination indirecte se situe dans une autre perspective. La sanction des discriminations indirectes est obtenue devant les juridictions civiles (et non pénales) sur la base de l'effet différentiel concret d'une mesure « apparemment neutre », c'est-à-dire qui ne fait pas état de l'intention discriminatoire du mis en cause. La sanction est ici pécuniaire : ce n'est pas une sanction punitive mais réparatrice. Elle vise non pas à condamner moralement ou symboliquement les individus discriminants mais à faire évoluer collectivement le comportement des acteurs sociaux vers une prise en compte de la situation des groupes discriminés dans leurs décisions. C'est en cela qu'elle permet de lutter contre les discriminations qui ont un caractère « systémique », c'est-à-dire produites par une institution ou une société de manière collective et inconsciente. Or, ces discriminations systémiques sont évidemment les plus nombreuses, et leur prise en compte par le droit anti-discriminatoire est un défi majeur à relever.

Le second changement majeur qu'implique la lutte contre les discriminations indirectes en France concerne l'établissement de la preuve de la discrimination. Concernant les discriminations directes, le mode de preuve avait déjà été profondément bouleversé par l'introduction de l'aménagement de la charge de la preuve devant les juridictions civiles et administratives[20]. Concernant les discriminations indirectes, le bouleversement est peut-être encore plus important puisqu'il ne s'agit plus de prouver la faute, mais simplement l'effet disproportionné d'une pratique/mesure sur un groupe protégé. Cette preuve s'établit principalement au moyen d'une comparaison établissant que la mesure en cause a eu statistiquement un effet disproportionné sur le groupe d'appartenance du plaignant (race, sexe, orientation sexuelle, religion…). Il faut insister : l'effet disproportionné ne signifie pas que cent pour cent des individus touchés par la mesure doivent appartenir à un groupe protégé. Pour que la discrimination indirecte soit qualifiée, cet effet ne doit pas être « objectivement justifié ». C'est le juge qui apprécie, au cas par cas, la proportion ou la disproportion de la mesure en fonction d'une part de son effet, et d'autre part de sa justification. Le juge effectue ici un double contrôle : celui de la légitimité du but poursuivi par la mesure, et celui de la nécessité et de la proportionnalité des moyens mis en œuvre pour atteindre ce but. Plus la mesure impacte de manière négative un groupe protégé, plus ce contrôle sera sévère, et moins l'effet disproportionné pourra être justifié. Si l'on se place du côté de la victime de discrimination, cela signifie qu'elle devra apporter au juge des éléments laissant supposer l'existence de cette discrimination, donc d'un effet

disproportionné qui ne soit pas manifestement justifié objectivement. Ces éléments de preuve sont plus ou moins difficiles à établir selon l'espèce et peuvent nécessiter une comparaison avec la situation d'un groupe « neutre » pour mettre en évidence l'effet disproportionné sur le groupe protégé. Dans certains cas, la discrimination indirecte est évidente et aucun élément de comparaison n'est nécessaire. La chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi estimé que le fait de demander la francisation d'un prénom traduisant une origine ethnique, géographique ou l'appartenance à une religion est un élément qui, à lui seul peut laisser supposer qu'il y a discrimination raciale à l'embauche[21]. Dans d'autres cas où le lien entre la mesure et le critère prohibé de discrimination n'est pas évident, la victime devra établir des éléments de preuve sur la base d'une comparaison avec la situation d'un groupe « neutre ». Il n'existe aucune définition exacte de la forme que doit prendre cette comparaison. Plus elle mettra en évidence l'effet disproportionné, plus elle pèsera face aux justifications de la défense, et plus elle sera susceptible de convaincre le juge de la présence d'une discrimination indirecte. S'ils ne sont pas obligatoires, l'utilisation d'outils statistiques paraît ici essentielle comme en témoigne l'importance de la « méthode Clerc »[22] dans l'extension du contentieux de la discrimination syndicale. Elaborée par un groupe local de la Confédération Générale du Travail (CGT) gravitant autour du syndicaliste François Clerc, cette méthode a consisté à superposer la courbe croissante de l'évolution salariale des salariés non-discriminés avec la courbe relativement plate des plaignants syndicalistes, mettant ainsi en évidence la discrimination sur la base de l'appartenance syndicale. L'utilisation de cette méthode aboutira à la condamnation de l'entreprise Peugeot par le juge des référés en 1997[23]. Elle sera ensuite perfectionnée et systématisée au cours de plusieurs affaires au niveau local par François Clerc et le collectif anti-discrimination mis en place par la CGT. La méthode Clerc et l'utilisation de statistiques permirent un développement conséquent du contentieux de la discrimination syndicale, ce qui plaide en faveur de l'efficacité de l'outil statistique et de sa généralisation à d'autres critères de discrimination. En matière de discrimination raciale par exemple, qui est peut-être le critère le plus banal de discrimination et celui le plus « invisible », l'utilisation de statistiques dans le procès peut constituer un apport décisif pour les victimes. Cette question des « statistiques ethniques » – expression fourre-tout utilisée pour désigner de manière indifférente les statistiques publiques comme le recensement, les enquêtes académiques, les enquêtes menées dans le cadre du procès – fait régulièrement polémique en France. Pourtant, l'utilisation dans le procès de statistiques portant sur des données « ethniques » est autorisée par la loi. D'une part, si ces données sont anonymes, elles ne posent aucun problème particulier. D'autre part, si elles ne sont pas anonymes, la loi du 6 janvier 1978 protégeant l'accès aux données personnelles autorise tout de même leur utilisation dans les cas « nécessaires à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice[24] ». Mais si la loi autorise formellement une telle utilisation, reste que celle-ci pourrait ne pas être suffisante pour garantir une lutte efficace contre les discriminations indirectes.

Un des obstacles majeurs à une répression effective des discriminations indirectes pourrait bien être de l'ordre du « culturel ». Car cette lutte nécessite que les victimes apprennent à identifier ce type de discrimination et à dépasser le stade de la simple frustration dans lequel elles sont *a priori* cantonnées. Souvent, les victimes éprouvent un « sentiment d'injustice » mais le passage de ce sentiment à une démarche de défense des droits par la négociation précontentieuse, et *a fortiori* par une action en justice, est loin d'aller de soi. Et cela d'abord parce que les victimes ignorent souvent que leur situation pourrait être qualifiée de discrimination au sens de la loi. La lutte contre les discriminations indirectes ne pourra donc être efficace sans un effort de formation et de mobilisation à la fois des victimes et de leurs conseils : délégués syndicaux ou représentants du personnel,

associations de lutte contre les discriminations, avocats… Cet effort passe notamment par une déconstruction de la logique de l'égalité formelle qui prévalait jusqu'alors et d'un basculement vers une logique d'égalité réelle que nous évoquions plus haut. Autrement dit, toute une révolution culturelle !

Ouvrages cités

Les articles et références juridiques sont cités en note de bas de page.

Buonarroti, *Conspiration pour l'égalité*, Editions sociales, 1957.

Knowles L.L. & Prewitt K. (eds), *Institutional Racism in America*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, N.J., 1969.

McCrudden CH., *« Institutional Discrimination »,* Oxford Journal of Legal Studies, (1982) 2(3).

Tobler C., *Indirect discrimination : a case study into the development of the legal concept of indirect discrimination under EC law*, Intersentia, 2005.

Voilquin J. (tr), Aristote, *Ethique de Nicomaque*, Garnier, 1965, Livre V.

Photographie: Rula Halawani

Nos contenus sont sous licence Creative Commons, libres de diffusion, et Copyleft. Toute parution peut donc être librement reprise et partagée à des fins non commerciales, à la condition de ne pas la modifier et de mentionner auteur•e(s) et URL d'origine activée.

références

références

⇧**1** D'après la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 « constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation ou identité sexuelle ou son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable. »

⇧**2** Nous renvoyons ici à deux textes majeurs dans lesquels Marx détaille ce propos sur le droit, *La Question juive* de 1843 et la *Critique du programme de Gotha* de 1875.

Le Mouvement afro-américain des droits civiques s'étend, dans son acception restreinte, de 1954 à 1968. L'ensemble des mesures adoptées pendant cette période, sous la pression des activistes, notamment Afro-Américains, mirent fin à la ségrégation légale entre Blancs et Noirs qui sévissait aux Etats-Unis depuis la
⇧**3** fondation du pays. Parmi les mesures emblématiques adoptées, il faut citer la décision de la Cour suprême américaine *Brown v. Board of education* en 1954 qui a déclaré la ségrégation raciale à l'école publique inconstitutionnelle, et le *Voting Rights Act* de 1965 qui rendit illégales certaines pratiques discriminatoires responsables de l'éviction des Noirs du processus de vote.

L'expression aurait pour la première fois été employée par le militant du nationalisme
⇧**4** noir Stokely Carmichael et Charles Hamilton (voir Bhavnani, Mirza, Meetoo, Reena, Heidi, Veena (2005). Tackling the Roots of Racism: Lessons for Success. Bristol, England: The Policy Press. pp. 235.).

⇧**5** Lawrence CH. R. III, 39 « The Id, the Ego, and Equal Protection : Reckoning with Unconscious Racism », *Stanford Law Review* 317, 1987

Washington v. Davis, 426 U.S. 229 (1976). Dans les faits, deux citoyens afro-
⇧**6** américains avaient candidaté pour des postes au sein du département de police de Washington DC et se plaignaient du caractère discriminatoire des procédures d'embauche, notamment un test d'aptitude orale, éliminatoires pour un nombre disproportionné d'Afro-Américains.

« Disparate » doit se comprendre avec un sens plus fort que « différencié » : inégal ; nous le traduirons ici par « doctrine de l'effet disparate ». L' « effet disparate » est l'équivalent en droit américain du concept de discrimination indirecte tel qu'il est discuté dans cet article et compris en Europe. On peut trouver des références
⇧**7** antérieures à ce concept dans la jurisprudence de la Cour suprême américaine qui a précédé le mouvement des droits civiques : Wilson v. Lane en 1939, Oyama v. California en 1948. Dans ces deux arrêts, la Cour suprême interprète le 14ème amendement et sa clause d'égale protection de manière à prohiber les discriminations et les privations de droit qui ne sont pas formulées expressément, en évaluant l' « effet disparate » d'une mesure ou pratique sur un groupe vulnérable.

⇧**8** *Griggs v. Duke Power Co.,* 401 U.S. 422 (1971)

La fable d'Esope fût rapportée par l'écrivain grec Plutarque (50-125) et dans les
⇧**9** versions ultérieures, notamment celle de La Fontaine qui précède l'introduction de ce mémoire, la grue devint une cigogne.

Le Royaume-Uni adopte en 1976 la première définition de la notion de discrimination indirecte dans une législation d'un pays européen, introduite en 1976 en matière d'égalité des sexes dans le *Sex Discrimination Act* de 1975. Selon Christa Tobler, le
⇧**10** gouvernement britannique n'avait d'abord pas prévu d'évoquer la discrimination indirecte mais sa position évolua suite à un voyage aux Etats-Unis du Secrétaire d'Etat Roy Jenkins qui lui fit prendre connaissance de la jurisprudence Griggs (voir Tobler, p.85).

Affaire 15/69, Württembergische Milchverwertung-Südmilch AG/Salvatore Ugliola (1969), Recueil 363.
Affaire 152/73, Giovanni Maria Sotgiu/Deutsche Bundespost (1974), Recueil 153.
Affaire 96/80, J.P. Jenkins/Kinsgate (Clothing Productions) Ltd (1981), Recueil 911.
⇧**11** Affaire 170/84, Bilka-Kaufhaus GmbH/Karin Weber von Hartz (1986), Recueil 1607.
L'arrêt *Sotgiu* (1974) est considéré comme fondateur de la doctrine de la CJUE en matière de discrimination indirecte, notamment parce que la Cour donne ici une définition générale de la notion qui ne se limite pas au champ de la liberté de circulation des travailleurs.

La loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations a transposé en partie les directives de 2000 et la directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la preuve de la discrimination fondée sur le sexe. La loi du 30 décembre 2004 quant à elle porte création de la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité (HALDE), qui a été intégrée au Défenseur des droits en 2010. Plusieurs dispositions spécifiques sont également contenues dans des lois ayant un objet plus large (loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, loi du 11 février 2005 pour l'égalité des chances la participation et la citoyenneté des personnes handicapées et loi du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique).

⇧**12** Enfin, 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, en plus d'achever la transposition des trois directives de 2000 et 2002, transpose entièrement la directive 2004/113 du 13 décembre 2004 mettant en oeuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services et la directive 2006/54 du 6 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. A côté de la définition de la discrimination indirecte introduite par cette législation, il faut citer l'établissement d'un « organisme indépendant » chargé de promouvoir l'égalité de traitement – aujourd'hui le Défenseur des droits en France[12] – et l'aménagement de la charge de la preuve en matière de discrimination.

⇧**13** L'article 2 de la Loi de 2008 précise que toute discrimination indirecte fondée sur le critère de l'ethnie ou du sexe est interdite en matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès aux biens et services ou de fourniture de biens et services. La plupart des autres critères de discrimination (religion, handicap, âge, orientation sexuelle…) sont interdits dans le secteur de l'emploi en général, qui est le champ d'application « originel » de la discrimination indirecte.

⇧**14** Le gouvernement français a d'abord demandé à bénéficier du délai supplémentaire de transposition de trois années, à partir de 2003, prévu dans la directive 2000/78. Mais ce délai supplémentaire n'est pas respecté. En deux années 2007 et 2008, la Commission européenne a engagé contre la France trois procédures d'action en manquement et deux mises en demeure, en date du 21 mars 2007, à propos de la mauvaise transposition de plusieurs directives liées à la lutte contre les discriminations. Dans ses deux mises en demeure et dans l'avis motivé qu'elle a adressés au gouvernement français, la Commission européenne souligne notamment le manque de définition légale de la notion de discrimination, et a fortiori de la discrimination indirecte. Pour remédier à cette situation, la loi du 27 mai 2008 est finalement adoptée en urgence (une seule lecture devant l'Assemblée nationale et le Sénat) à la demande du gouvernement.

⇧**15** Rapport n° 253 (2007-2008) de Mme Muguette DINI, fait au nom de la commission des affaires sociales (Sénat), déposé le 2 avril 2008.

⇧**16** Sur cette tension entre le droit français et le droit de l'Union européenne en matière de non-discrimination, voir Calvès G., « L'égalité. Le cas du droit de la non-discrimination » in Auby J.-B. (dir.) *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010.

⇧**17** Respectivement la loi n°7625 du 11 juillet 1975 (sexe et situation familiale), Loi n°85722 du 25 juillet 1985 (mœurs), loi n°89.18 du 13 janvier 1989 (handicap), loi n°90.602 du 12 juillet 1990 (état de santé), loi n°92.684 du 22 juillet 1992 (opinions politiques et activités syndicales), loi n° 2001.1066 du 16 novembre 2001 (apparence physique, patronyme, âge), loi n°2002.303 du 14 mars 2002 (caractéristiques génétiques).

⇧**18** Selon Claude-Valentin Marie, le nombre de ces condamnations est de 3 en 1997, 15 en 1998, 8 en 1999 et 15 en 2000 (Marie C.-V., « Enjeux actuels de la lutte contre les discriminations en France » in Borillo D. (dir.) *Lutter contre les discriminations*, La Découverte, 2003, p.131).

⇧**19** Décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, Quotas par sexe I. Le quota prévoyait qu'il ne pouvait y avoir plus de 75 % de candidats du même sexe sur les listes pour les élections municipales.

⇧**20** L'aménagement a été introduit en droit français à travers la transposition des trois directives de 1997 et 2000, et surtout par la loi du 27 mai 2008. L'aménagement ou partage de la charge de la preuve en matière de discrimination implique que la victime présumée établisse des faits qui laissent supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, puis c'est à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu de violation du principe d'égalité de traitement. Il facilite considérablement l'établissement de la preuve par les victimes de discrimination.

⇧**21** Cass. soc., 10 novembre 2009, n° 08-42.286.

⇧**22** Pour une présentation plus en détail de cette méthode, voir Chappe V.-A., « La preuve par la comparaison : méthode des panels et droit de la non-discrimination », *Sociologies pratiques*, 2011/2 n° 23, p. 48 ; et le dossier qui y est consacrée dans la Semaine sociale Lamy, n°1190, 15 novembre 2004.

⇧**23** Cour d'Appel de Paris, 21 février 1997, référé, PSA c/ Hennequin et autres.

⇧**24** Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 8., point 6.