Approche juridique de la discrimination raciale au travail : *une comparaison France – Royaume-Uni*

Michel Miné (*)

En contrepoint au rapport de J.M. Belorgey sur la lutte contre les discriminations, on trouvera dans cet article les éléments d'une analyse approfondie de leur traitement juridique en France et au Royaume-Uni. Tant en termes de structures que de concepts juridiques, la France accuse un retard certain face au Royaume Uni, qui affaiblit la répression des comportements discriminatoires. Le Royaume-Uni, qui a su se doter d'une instance spécialisée dans la poursuite des comportements discriminatoires, n'hésite pas à appréhender la discrimination directe au travers de ses conséquences et non pas en termes d'intention discriminatoire, et mobilise le concept de discrimination indirecte forgé par la Cour Européenne de justice en matière de discrimination sexuelle. La mise en évidence des comportements fautifs et leur censure y apparaissent ainsi plus aisées qu'en France. Ces différences de performances judiciaires renvoient à des traditions juridiques différentes des deux pays dans l'approche de l'individu et des groupes. Dans cet article, rédigé antérieurement au rapport suscité, Michel Miné invite à s'inspirer de l'expérience anglaise pour rendre le droit français plus efficace dans la saisie de la réalité, la prévention et la répression des discriminations.

Face au phénomène de (re-)développement du racisme, dans le monde du travail, que connaissent les pays de l'Union européenne, la Commission européenne a fait de l'année 1997 « l'année européenne contre le racisme ». Cette décision est à l'origine de nombreuses initiatives. La France et le Royaume-Uni, de longue date terres d'immigration, anciens empires coloniaux et anciens états esclavagistes, veulent agir contre le racisme [1]. En France, la Ministre de l'emploi et de la solidarité prépare un plan d'action contre la discrimination raciale au travail [2]. Mais les volontés de ces deux pays s'appuient sur des systèmes juridiques différents, chacun apparaissant marqué par une conception différente de la société : société « universelle » (liée à l'expérience de l'État unitaire) ou société « différenciée » (résultant de l'expérience du Commonwealth). Dès lors, il apparaît intéressant de rechercher ce que l'étude du système anglais apprend par comparaison du système français. Il convient donc de s'interroger sur ce que le système à l'œuvre sur l'autre rive de la Manche révèle comme déficiences, comme performances, comme possibilités encore peu perçues, comme évolutions nécessaires du système français.

« *Les discriminations raciales à l'embauche et sur les lieux de travail revêtent des formes traditionnelles permanentes et d'autres nouvelles* » [3]. La discrimination raciale a surtout signifié pendant la période de croissance économique, de la Libération-reconstruction au milieu des années soixante-dix une forte « exploitation » (affectation aux « emplois les plus pénibles, et de surcroît dangereux et insalubres » [4] avec des rémunérations basses...). Aujourd'hui cette dimension demeure mais se développe une forte « exclusion » (refus de l'entrée dans l'entreprise ou avec un statut particulier, nouvelle forme de ségrégation dans l'entreprise... [5]). Les actes discriminants ne concernent pas les étrangers et les « personnes d'origine étrangère » dans les mêmes conditions ni de la même manière. Le licenciement discriminatoire peut ainsi surtout porter dans le cadre de licenciements économiques collectifs sur des salariés étrangers, installés en France de longue date, venus à l'appel des grandes entreprises quand celles-ci manquaient de main-d'œuvre. Cette situation se rencontre notamment à travers des opérations de restructurations de vieilles industries.

1. D. LOCHAK, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. soc.* 1987-778 ; A. LESTER, « La législation anglaise contre la discrimination », *Dr. soc.* 1987-791.
2. Circ. min. DGEFP n° 98/36 du 20/10/98 ; Communication au Conseil des Ministres du 21/10/98, *Le Monde* 22/10/98 et *Bref social* du 23/10/98.
3. Commission consultative des droits de l'Homme, « 1997. La lutte contre le racisme et la xénophobie », Chap. 3, Les discriminations sur les lieux de travail et à l'embauche, p. 69-99, Paris, 1998. I. DAUGAREILH, « La situation de l'emploi salarié des étrangers en France », *Rev. dr. san. et soc.*, oct.-déc. 1997, p. 968.
4. M. CHOISEZ et A. BENOIT-ECK, « La discrimination dans l'emploi », *Dr. soc.* 1974-29.
5. BATAILLE P., *Le racisme au travail,* La Découverte, 1997, spéc. p. 105-142 sur la discrimination systémique et p. 229-234 sur les différences culturelles.

(*) Chargé d'enseignement à la faculté de droit de Cergy-Pontoise, Faculté de droit – Centre de Recherche en Droit économique – Université de Cergy-Pontoise, 33 boulevard du Port – 95011 Cergy-Pontoise cedex.

Par contre, la discrimination à l'embauche peut concerner ces anciens salariés à la recherche d'un nouvel emploi, mais surtout les enfants de salariés étrangers, qui sont nés en France et sont de nationalité française, à la recherche d'un premier emploi [6]. « ... *Les indices de l'existence d'une discrimination ethnique à l'embauche constituent sans doute le recul le plus grave du principe d'égalité... la discrimination ne touche pas seulement les personnes étrangères, mais aussi celles qui sont ou paraissent être d'origine étrangère, même si elles ont la nationalité française.* » [7]. L'intégration des « personnes d'origine différente » exige de manière essentielle une égalité de traitement en matière d'emploi. À défaut, les jeunes de la deuxième génération ne bénéficieront que de droits formels [8]. En effet, le travail demeure le vecteur essentiel de participation à la vie sociale et de reconnaissance par l'environnement, et en fait « d'intégration ». L'exclusion des jeunes dits de « la deuxième génération » du monde du travail se révèle au cœur de l'échec du modèle d'intégration. L'intégration de ces personnes dans l'entreprise constitue donc un test fondamental pour la République.

La discrimination dans l'emploi (affectation, promotion, formation...) peut concerner l'ensemble des « personnes d'origine étrangère ». Le constat révèle une ethnisation ou racialisation de l'organisation du travail, qui se traduit par des embauchages ou des affectations selon des critères ethniques [9].

La discrimination raciale va au-delà de l'intention discriminatoire d'un employeur face à un salarié. Elle se développe dans des processus de décision, notamment en matière d'embauche, où interviennent de nombreux acteurs [10], aboutissant au rejet de certaines personnes ayant les mêmes caractéristiques. Souvent des facteurs cumulés font système à l'encontre du demandeur (origine, comportement culturel jeune). Ce racisme n'est plus individuel mais devient institutionnel et structurel : c'est « le système qui est raciste ». Enfin, le phénomène du « racisme culturel » tient à distance ou rejette des groupes qui sont perçus comme une menace pour l'identité nationale, du fait de leur différence culturelle et du caractère prétendûment inconciliable de leur valeurs avec cette identité [11].

Le présent article porte sur l'étude de la norme juridique et du raisonnement mis en œuvre face à cette discrimination raciale dans le monde du travail. En ce qui concerne le système juridique français, le champ d'investigation sera centré sur le droit applicable aux secteurs privé et public, relevant du code du travail, à l'exclusion des fonctions publiques. La discrimination retenue englobera les discriminations liées à la « race », l'ethnie, l'origine et/ou la nationalité (notions définies *infra*). Le racisme, phénomène complexe, s'exprime, si l'on retient la classification du droit pénal français, dans les mots (diffamation, injure raciale, incitation à la haine raciale, négationnisme), et dans les actes (discrimination, crime contre l'humanité, violation de sépulture) ; pour les autres infractions de droit commun telles que le vol ou le meurtre, la loi ignorant le mobile raciste, cette seconde dimension est moins étudiée. Seul retiendra l'attention ici le racisme dans les actes qui sera seulement examiné à travers sa déclinaison discriminatoire sur le lieu de travail.

Le droit en action, l'étude de la norme juridique mobilisée et confrontée à la discrimination raciale au travail, révèle dans une perspective comparative, deux formes de discriminations :

– d'une part, une forme ancienne : la discrimination directe, soit le traitement défavorable et illégitime d'une personne [12], s'exprimant de manière ouverte.

– d'autre part, une forme identifiée plus récemment, la discrimination indirecte ou traitement défavorable résultant de l'application d'une règle ou d'une pratique qui apparaît neutre en soi mais qui a en fait un effet défavorable sur les membres d'un « groupe racial » ; la réflexion conduit ainsi à une recherche sur le « droit à la différence » [13].

Des terres anciennes : la discrimination directe

La discrimination raciale est moins bien saisie par le droit français que par le droit anglais. Le droit anglais construit, quant à lui, une nouvelle conception de cette discrimination qui peut enrichir la conception française.

Les performances du droit français au regard du droit anglais

La pauvreté du droit français au regard du droit anglais amène à s'interroger sur l'existence de ressources cachées du droit français en matière de discrimination raciale.

---

6. V. DE RUDER, M. TRIPIER, F. VOURCH, V. SIMON, *La prévention du racisme dans l'entreprise en France,* URMIS, 1996, 52 p. ; Collectif, *Les jeunes filles d'origine africaine en France. Parcours scolaires, accès au travail et destin scolaire.* Association pour la promotion de la langue et de la culture soninké, 1998.

7. Conseil d'État, rapport 1996, *Sur le principe d'égalité,* spéc. p. 363, La Documentation française, 1997.

8. *Cf.* la situation des Noirs aux États-Unis où « le Noir passe du statut de force de travail exploitée à celui d'exclu » (J. RIFKIN, *La fin du travail,* La Découverte, 1996, p. 107-120).

9. Selon les témoignages d'inspecteurs du travail : agents de sécurité noirs pour surveiller des grandes surfaces fréquentées par des jeunes maghrébins, restaurants où les « non-blancs » sont en cuisine, chantiers où les conducteurs de travaux sont blancs, les chefs d'équipe Portugais, les ouvriers Magrébins, les manœuvres Noirs ; artisans bouchers ne voulant embaucher comme apprentis que des « blancs » alors que les candidats apprentis « différents » ne trouvent pas de maître d'apprentissage, etc.

10. Ex. : ANPE-cabinet de recrutement-service du personnel-maitrise-direction.

11. M. WIEVORKA, « La production institutionnelle du racisme », in *Le racisme à l'œuvre*, p. 5-15, *Hommes et Migrations*, n° 1211, janv.-févr. 1998.

12. D. LOCHAK, préc.

13. Concept emprunté à D. LOCHAK, « L'autre saisi par le droit », in *L'Autre, Études pour Alfred Grosser,* Presses de Sciences Po, 1996.

Pauvreté du droit français au regard du droit anglais

Cette pauvreté s'exprime au niveau de l'implication institutionnelle, du contenu des dispositions légales et des résultats judiciaires.

La différence de prise en charge du problème de la discrimination et en particulier de la discrimination raciale se traduit tout d'abord sur le plan institutionnel. Au Royaume-Uni, il existe une Commission pour l'Égalité raciale (CRE) qui a pour mission de contribuer à l'élimination des discriminations raciales, à l'égalité des chances et aux bonnes relations entre les personnes de différents groupes raciaux. La Commission donne des conseils et assiste des personnes dans le cadre de procédures judiciaires (question de principe posée, affaire très complexe ou ayant un intérêt particulier). Elle a élaboré un code de pratiques pour la mise en œuvre de la loi, effectue des enquêtes pour des affaires importantes (rarement en fait) et a élaboré des méthodes originales ayant une certaine efficacité [14]. Elle apporte une aide (notamment financière) à des organisations qui prennent des initiatives en matière d'égalité des chances et de bonnes relations et enfin propose des modifications de la loi pour tenir compte des évolutions. D'autre part, le Service d'arbitrage, de conciliation et de conseil [15], a élaboré un code de conduite concernant les offres d'emploi (tests, entretiens, etc.), pour éliminer la discrimination raciale en la matière.

En France, il n'existe pas d'organisme spécialisé dans la lutte contre la discrimination raciale au travail. En ce qui concerne la collecte de l'information, plusieurs organismes ont établi des rapports de diagnostic sur l'ampleur de la situation [16]. Au niveau de l'intervention, la Direction des populations et migrations (Ministère de l'emploi et de la solidarité) a engagé différentes actions de soutien au bénéfice de jeunes et de femmes et appuie des initiatives de recherche des acteurs sociaux [17]. Sur le « terrain », les textes applicables relèvent pour l'essentiel de la compétence de l'inspection du travail qui souffre en la matière de plusieurs maux : une absence de structure en son sein pour agir face à la discrimination raciale [18] ; un accès limité aux documents prévus par la législation du travail [19], entravant l'efficacité des interventions [20] ; une impossibilité de relever par procès-verbal les infractions constatées en la matière [21].

Sur le plan du contenu normatif des textes, il est apparu nécessaire au Royaume-Uni de recourir à la loi, dans un système juridique dominé par le contrat comme source essentielle des règles entre les parties, la *Common law* [22] s'étant révélée inadaptée pour appréhender et prohiber la discrimination raciale.

Le droit anglais s'est inspiré de l'évolution du droit en la matière aux États-Unis [23], de la construction du droit communautaire (influence importante sur le plan du raisonnement suivi par les tribunaux), et du droit en matière de discrimination sexuelle au travail (en droit interne et en droit communautaire). Après une première loi contre la discrimination de 1965, aux effets très réduits, du fait que la discrimination en matière d'emploi y était ignorée, une deuxième loi est intervenue en 1968, comblant cette lacune, et une troisième loi a été votée en 1976, la *Race Relations Act* actuellement applicable. Elle a été modifiée à plusieurs reprises (en 1977, 1988, 1994 et 1996 ; une *Race Relations Act* étant votée en 1997 pour l'Irlande du Nord). La législation contre la discrimination raciale, et ses modifications, ont été votées dans le prolongement de la législation contre la discrimination sexuelle.

De son côté, le droit français pour prohiber la discrimination raciale au travail est véritablement né avec la loi du 1er juillet 1972, dite « loi Pleven », relative à « la lutte contre le racisme » [24]. Ce texte n'a été modifié que par la loi du 17 octobre 1981, relative à « l'emploi de salariés étrangers en situation irrégulière », et par des retouches ponctuelles [25]. La loi de 1972 a créé en droit pénal du travail le premier texte contre la discrimination, qui portait donc sur la discrimination raciale ; ce texte accueillera par la suite les autres discriminations prohibées (en premier lieu en fonction du sexe).

D'autre part, le droit communautaire a eu et continue d'avoir une incidence très différente sur les droits anglais et français. Le droit anglais a assuré une bonne réception du droit communautaire, de nombreuses jurisprudences ayant pour origine des affaires

14. Notamment la pratique du *« testing »* pour révéler des discriminations à l'embauche, consistant à adresser à l'employeur des candidats avec différents « profils » pour « tester » la politique d'embauche, « Discrimination testing » in *Preventing racism at the workplace*, The UK national report, p. 17.

15. ACAS : institué par l'Employment Protection Act de 1975.

16. Commission nationale consultative des droits de l'Homme, Haut Comité à l'Intégration.

17. Commission nationale consultative des droits de l'Homme, Rapport 1997, p. 100.

18. Un rapport sur la création d'une autorité administrative indépendante a été demandé à M. BELORGEY, Bref soc. préc.

19. L. 611-9 du CT. Crim. 17/03/1992, bull. n° 116, RJS 1992.561, n° 1017.

20. *Cf.* Conseil économique et social, avis sur l'inspection du travail du 19/01/96, Rap. de M. FABRE, *Dr. ouv.* 1996-158, spéc. 163.

21. Les dispositions d'incrimination et de répression ne sont pas codifiées dans le code du travail, seul un rapport peut être adressé au procureur de la République (art. 40 CPP). Le législateur pourrait utilement transposer l'incrimination pénale de discrimination du code pénal dans le code du travail.

22. FRISON D., *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques,* Erasme, Paris, 1989, p. 45-70 (La *Common Law* et l'*Equity*).

23. *American Civil rights Act* 1964 et 1991, arrêt GRIGGS de la Cour suprême américaine 1971 en matière de discrimination indirecte notamment (GRIGGS v DUKE POXER Co. 1971 401 US 424).

24. J. FOULON-PIGANIOL, « La lutte contre le racisme », *Dalloz.* 1972, chron. p. 56.

25. Loi du 30 juillet 1987, D. LOCHAK, Dr. soc. 1987-788.

anglaises et le juge anglais intégrant le mode de raisonnement du juge communautaire. Le droit français ignore encore largement le droit social communautaire, se montrant assez imperméable à cette influence « extérieure ». Cette différence d'attitude n'est pas sans effet sur la conception et la mise en œuvre de la norme juridique en matière de discrimination raciale.

Au Royaume-Uni, la discrimination raciale est perçue comme un traitement moins favorable d'une personne du fait de sa couleur, de sa race, de sa nationalité, de son origine ethnique ou nationale et dans certaines conditions du fait de sa religion [26]. En France, une définition de la discrimination figure dans le nouveau code pénal [27], avec un renvoi moins précis dans le code du travail [28].

En ce qui concerne le champ d'application des comportements prohibés, l'ambition du droit français surprend par sa modestie au regard du droit anglais. Au Royaume-Uni, les actes discriminatoires [29] sont ceux qui peuvent être commis lors du recrutement et de manière générale en matière de conditions d'emploi (promotion, mutation, formation, autres avantages, licenciement, autre préjudice). Et des discriminations particulières sont également visées par la loi dans une conception large de la notion de traitement défavorable : la ségrégation (séparer ou répartir des travailleurs en fonction d'un critère prohibé, *apartheid*), les représailles (à l'égard d'une personne ayant engagé des poursuites) et le harcèlement racial [30].

En France, les dispositions sont plus limitées en ce qui concerne les faits prohibés. Sont visés sur le terrain pénal le fait de subordonner une offre d'emploi à une condition fondée sur un critère prohibé, le refus d'embauche, la sanction ou le licenciement [31], les mêmes faits étant visés sur le terrain civil [32]. Le fait que la législation ait une origine pénale a pu contribuer à limiter les faits réprimés à ceux considérés comme les plus graves [33].

Si les résultats judiciaires ne sont pas le seul critère d'appréciation de la « performance » de la norme juridique face au développement d'actes discriminatoires, la fréquence du recours au droit et sa capacité à sanctionner les comportements prohibés en sont des indicateurs importants. L'activité judiciaire comparée dans les deux pays traduit sur ce plan aussi une grande inégalité.

Au Royaume-Uni, alors que le nombre de plaintes devant les tribunaux du travail (tous motifs confondus) est inférieur à celui existant en France (74 000 en 1996 pour 200 000 en France devant les Conseils des Prud'hommes), les plaintes en matière de discrimination raciale ont augmenté de 27 % en 1996 (environ 1 000 par an), les condamnations représentant environ 20 % des plaintes initiales [34]. En France, sur le plan pénal, la discrimination à l'encontre des salariés étrangers n'est pas même comptabilisée dans de nombreuses sources officielles alors que l'emploi irrégulier de main d'œuvre étrangère est devenu le second grand thème de condamnation en droit du travail [35]. Le nombre total de condamnations est, chaque année, inférieur à cinq [36]. Sur le plan civil, les statistiques de condamnation pour discrimination font défaut [37].

Au niveau des réparations et des sanctions, au Royaume-Uni, elles sont de trois types : déclaration des droits des parties ; condamnation du défendeur à indemniser le plaignant pour l'ensemble des préjudices subis, le salarié pouvant aussi obtenir la nullité de son licenciement et sa réintégration [38] ; recommandation du tribunal à l'employeur de mettre en œuvre dans un délai déterminé une action destinée à remédier ou à limiter les effets préjudiciables de l'acte discriminatoire [39]. En France, la sanction peut être la condamnation pénale, de la personne physique et de la personne morale [40], et, au plan civil, la nullité, de l'acte ou de la disposition contraire, et – ou l'octroi de dommages-intérêts.

Enfin, plusieurs acteurs peuvent déclencher l'action judiciaire. Au Royaume-Uni, ce sont essentiellement les victimes, entendues dans une large acception (candidat à un emploi, salarié, stagiaire, travailleur temporaire ou indépendant) qui sont à l'origine des plaintes,

---

26. RRA, Part. 1, S. 1.
27. « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine... de leurs mœurs... de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée », art. 225-1 al. 1 NCP.
28. Art. L. 122-45 du CT, loi du 4/08/1982 en ce qui concerne la référence à une ethnie, nation, race.
29. RRA, Part. II, S. 2.
30. *Criminal justice and public order act* 1994.
31. Art. 225-2-3e et 5e du NCP.
32. Art. L. 122-45 du CT.
33. La situation étant identique pour les autres discriminations hormis deux exceptions importantes : discrimination anti-syndicale : L. 412-2 du CT ; discrimination sexuelle : L. 123-1 du CT. Mais une nouvelle lecture du terme de sanction par le juge pénal permettrait de saisir de nombreux actes (refus de promotion...) : TGI Bastia 3/06/97, comm. Y. MAYAUD, *Rev. sc. crim.*, janv. 1998. A. COEURET et E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, Litec, 1998.
34. A. MCCOLGAN, « Remedies for Discrimination », *Industrial Law Journal*, Vol. n° 3, Sept. 1994, p. 226.
35. Rapport annuel de l'inspection du travail 1997, La Documentation française ; Infos-Stats Ministère de la Justice 1993 ; E. SERVERIN, « L'application des sanctions pénales en droit social : un traitement juridictionnel marginal », *Dr. soc.* 1994-654, spéc. p. 657-659.
36. Commission nationale consultative des droits de l'Homme, Rapport 1997 sur la lutte contre le racisme et la xénophobie, p. 74.
37. A. JEAMMAUD, « L'état du contentieux judiciaire social », *Dr. soc.* 1993.445, spéc. p. 449.
38. *Employment protection consolidation Act.* 1978, condamnation apparemment peu fréquente ; si l'employeur refuse la réintégration il peut être condamné à verser une indemnisation financière très élevée d'un montant dissuasif.
39. En cas de carence sans justification valable, du défendeur, le tribunal peut augmenter le montant des indemnités accordées.
40. Art. 225-4 NCP, *cf.* entreprises ayant des politiques discriminatoires notamment au niveau de l'embauche.

formulées devant le tribunal du travail. Dans certains cas particuliers (annonces discriminatoires, incitation à commettre des actes discriminatoires...), la Commission peut être à l'origine des poursuites. Mais les syndicats ne peuvent pas agir en justice au nom des salariés. En France, la plus grande diversité des auteurs potentiels de l'action (victimes-candidat à un emploi, salarié ; inspection du travail ; organisations syndicales représentatives [41] et associations [42]) n'a pas généré un contentieux important.

Ressources du droit français révélées par le droit anglais

La législation française, peu mobilisée devant les tribunaux, apparaît pauvre : incapable de protéger [43], de punir [44] et de réparer, dépourvue de dispositions de prévention et d'alerte [45]. Le problème déterminant semble résider dans la conception de la discrimination. Le législateur de 1972, et cela n'a pas été modifié depuis, avait surtout perçu la discrimination directe, celle d'un employeur qui, du fait de certains préjugés, ne veut pas embaucher un salarié étranger, ou impose un régime disciplinaire rigoureux à ceux qui ont été embauchés, ou veut licencier un salarié parce qu'il est étranger. Ce type de comportement discriminatoire perdure sans doute mais il semble ne constituer que la partie émergée de la discrimination raciale.

Des ressources existent pourtant pour saisir des discriminations non explicitement visées par les textes en matière de discrimination raciale. En effet, le recours à des dispositions du code du travail, encore peu mobilisées en la matière, ou à d'autres sources juridiques, telles que la Constitution, source juridique importante en matière de droits fondamentaux [46], le code civil [47] et les engagements internationaux dans le cadre de conventions bilatérales [48] et du droit social européen [49], pourraient permettre que le champ discriminatoire soit appréhendé de manière plus large et mieux saisi. Certains actes discriminants ne sont pas directement visés par le code du travail, en particulier le choix de l'affectation dans le poste de travail qui peut aboutir à des formes de ségrégation et à l'absence de toute possibilité d'évolution professionnelle.

Pour colmater ces brèches, la chambre sociale de la Cour de cassation, se référant à la Constitution, affirme que « nul ne peut faire l'objet de mesures discriminatoires en raison de son origine » [50]. La chambre sociale a pris deux décisions de cassation sur le visa de ce texte, en complément de l'art. L. 122-45 du code du travail, dans des cas d'utilisation d'un critère de l'ordre des licenciements de manière discriminatoire [51]. Cette référence générale à des « mesures » doit être soulignée. Elle devrait permettre d'engager des actions judiciaires civiles à la suite d'actes discriminants comme un refus d'affectation à tel poste en contact avec la clientèle du fait de l'origine. Elle peut trouver un point d'appui important dans les dispositions de l'article L. 120-2 du code du travail en incluant le droit à l'égalité de traitement dans les « droits des personnes ».

Si la preuve de la discrimination est difficile à rapporter, le juge doit être actif dans la recherche de la révélation de la vérité [52]. La chambre sociale a ainsi cassé deux arrêts [53] en reprochant aux juges du fond de s'être abstenus de « vérifier si le choix du salarié parmi les personnes licenciées n'avait pas été dicté par cette discrimination ». Mais le juge est ici toujours sur le terrain de la recherche de l'intention

41. Dans des circonstances limitées : action en substitution au profit d'un salarié étranger en situation irrégulière (art L. 341-6-2, loi 1981), exercice des droits de la partie civile pour toutes les infractions relatives à l'emploi de la main-d'œuvre étrangère, à la demande des associations (art L. 341-6-3, loi 1981). Ce pouvoir de substitution pourrait utilement être étendu par le législateur à l'ensemble des droits des salariés étrangers.

42. Art. 2.1, 2.6, 2.8 CPP.

43. Le législateur pourrait utilement s'inspirer des dispositions contre le harcèlement sexuel (protection des victimes et des témoins, art. L. 123-1 et L. 122-46 du CT) et contre la discrimination sexuelle (protection des victimes agissant en justice, art. L. 123-5 du CT).

44. L'expérience juridique acquise en matière de harcèlement sexuel pourrait utilement permettre d'étendre le concept de harcèlement à certains actes de discriminations raciales.

45. A. LYON-CAEN, « La discrimination raciale dans les relations de travail », colloque *Le droit face au racisme*, Paris La Défense 5/12/97. Des dispositions du code du travail pourraient être mobilisées à cet effet, en considérant que les droits des personnes visées par l'art. L. 422-1-1 du CT incluent l'égalité de traitement.

46. *Infra* note 49. B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.* 1995, p. 211 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français », *D.* 1995, p. 323 ; A. JEAMMAUD, « Le droit constitutionnel dans les relations du travail », AJDA 1991-613 ; J.-M. VERDIER, « Libertés et travail. Problématique des droits de l'homme et rôle du juge », *D.* 1988, chron. p. 63.

47. Art. 1134 al. 3 prévoyant l'exécution de bonne foi des contrats ; cf. devoir d'adaptation Soc. 25/02/1992, bull. n° 122.

48. Conclues avec des États du Magreb, d'Afrique noire et la Turquie (ex. : convention France-Turquie du 8/04/1965) assurant aux travailleurs immigrés « tous les avantages accordés aux français et découlant des dispositions législatives et réglementaires et des conventions collectives ». Textes méconnus trop rarement invoqués devant le juge en matière de discrimination.

49. Même si le juge français fait parfois preuve d'une certaine réticence en la matière (Soc. 1er/03/1995, Sté B. France c/Chergui, RJS 4/95, n° 451, exclusion jugée licite du bénéfice de dispositions conventionnelles en matière de service nationale pour un salarié non-communautaire, contra CJCE 15/10/1969 Ugliola et CPH Strasbourg 10/01/1984, Ugur c/Sté General Motors, *Dr. ouv.* 1984.434, réintégration d'un salarié de nationalité turque à l'issue de son service militaire effectué hors de France, en application de la convention franco-turque et de la convention collective). G. LYON-CAEN et A. LYON-CAEN, *Droit social international et européen, Dalloz,* 1993, p. 127-130.

50. Préambule de la Constitution du 4/10/1958, qui reprend le Préambule de la Constitution du 27/04/1946, affirmant que « Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines (...)».

51. Soc. 8/04/1992, BOUFHAGER, D. 1992, s.c. p. 294, note A. LYON-CAEN, *Dr. ouv.* 1992.380, note M. BONNECHÈRE, *Dr. soc.* 1992.628 ; Soc. 10/02/1998, M. Mohamed MAMRI c/Sté SIMAF, bull. n° 78.

52. Pour une étude d'ensemble : H. MASSE-DESSEN, « La résolution contentieuse des discriminations en droit du travail. Une approche civile », *Dr. soc.* 1995-442.

53. Soc. 8/04/92 et 10/02/98, préc.

discriminatoire, de l'auteur de la mesure. Il convient désormais de s'attacher davantage à saisir l'effet discriminant de la mesure.

Pour une nouvelle approche

La jurisprudence du juge communautaire a permis d'affiner la notion de discrimination et notamment d'opérer une distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte. Au Royaume-Uni, la notion de discrimination directe a été enrichie. La discrimination directe n'est plus seulement analysée sous l'angle de l'intention mais aussi sous l'angle de l'effet. En France, une nouvelle approche de la discrimination directe s'avère nécessaire, la jurisprudence sur l'autre rive de la Manche pouvant utilement alimenter la recherche.

L'évolution du droit anglais

Au Royaume-Uni, les juges s'attachent désormais à saisir le traitement défavorable subi par la victime et non les intentions de l'auteur. L'intention discriminatoire de l'auteur n'est plus un élément essentiel de la discrimination directe [54], l'absence de preuve de cette intention ne peut constituer un moyen de défense valable [55]. Les termes de la loi sur la discrimination raciale, « au motif de » (*on the ground of*) ont été réinterprétés par le juge par « sauf » (*but for*) [56]. Cette nouvelle interprétation jurisprudentielle en matière de discrimination sexuelle est transposable sur le terrain de la discrimination raciale, les termes des deux lois étant ici identiques. Des décisions antérieures en matière de discrimination raciale avaient marqué de premières évolutions vers cette réinterprétation [57].

Dès lors, avec cette nouvelle approche [58], la discrimination directe est mise en lumière en comparant le traitement accordé aux personnes d'un groupe racial avec le traitement des personnes d'un autre groupe existant dans l'entreprise ou le traitement qui serait accordé à des personnes d'un autre groupe si elles étaient présentes dans l'entreprise. La partie discriminée aurait-elle reçu le même traitement (sauf) si ce n'était son appartenance raciale ? La disparité de traitement révèle alors la discrimination directe.

Le juge anglais procède également à des comparaisons concernant la valeur du travail de personnes de qualification parfois fort différentes [59]. Cette démarche évoque celle suivie au Québec pour évaluer les emplois des femmes afin de les rémunérer de manière « équitable ». Du fait de la ségrégation sexuelle des emplois, la comparaison est effectuée entre des emplois occupés par des hommes et des emplois occupés par des femmes en établissant des grilles d'évaluation qui intègrent le plus possible des critères importants pour l'exercice de chaque métier [60].

Cette approche pourrait permettre d'analyser le traitement subi dans certains secteurs du marché du travail où existe une forte ségrégation ethnique. Les partenaires sociaux [61] sont dès lors invités à négocier et à conclure des accords de classifications qui tiennent mieux compte de la valeur du travail et à éliminer dans cette démarche les stéréotypes raciaux [62]. « *La démocratie* » exige « *le respect d'un droit fondamental distributif, comme le droit à la non-discrimination fondée sur la race* » [63].

Le cadre juridique existe en droit français pour accueillir une telle démarche. Sur le plan conventionnel, les conventions collectives étendues doivent obligatoirement contenir des clauses concernant « L'égalité de traitement entre les salariés français et étrangers, notamment en matière d'emploi » [64]. Cette référence pourrait utilement être élargie aux salariés d'origine étrangère. Dans les faits, seules figurent dans des conventions collectives des dispositions très générales au contenu formel et dépourvu d'effet, même si leur rappel n'est pas inutile [65]. La Commission nationale de la négociation collective est chargée « *de suivre annuellement l'application dans les conventions collectives du principe "à travail égal, salaire égal"..., de constater les inégalités éventuellement persistantes et d'en analyser les causes. La CNNC a qualité pour faire au ministre chargé du travail toute proposition utile pour promouvoir dans les faits et dans les textes cette égalité* » [66].

Mais la nouvelle définition de la discrimination directe réduit sensiblement la distinction avec la discrimination indirecte, comme l'a illustré une affaire d'inégalité de salaire, au regard du genre. Le juge a considéré que la question n'était plus tant de savoir si

54. R v Birmingham City Council, 1989.
55. Clay Cross Ltd v Fletcher, 1979.
56. James v Eastleigh Borough Council (1990).
57. Chattopadhyay v Headmaster of Holloway School, 1981, North West Thames Regional Health Authority v Noone, 1988.
58. Dite du « critère de l'élément distinctif unique"-"but for test » ; utilisé notamment dans : CJCE 17/02/1998, Mme Grant c/South-West Trains Ltd, C-249/96 (aff. anglaise).
59. Hayward c/Cammel Laird Shipbuilders Ltd, 1988.
60. Loi sur l'équité salariale du 21/11/1996, Québec ; M.-T. Chicha, *L'équité salariale : mise en œuvre et enjeux,* Éd. Y. Blais, 1996, Québec.
61. Déclaration commune CES-CEEP-UNICE sur la Prévention de la discrimination raciale et de la xénophobie et la promotion de l'égalité de traitement sur le lieu de travail, adoptée lors du sommet du dialogue social à Florence le 21 octobre 1995.
62. « Création d'un lien plus étroit entre les systèmes de rémunération et les notions d'équité et de valeur du travail accompli », A. Byre, « Égalité de rémunération et valeur du travail en droit anglais : une jurisprudence novatrice », *Dr. soc.* 1988-815, spéc. 817.
63. S. Leader, *Droit du travail, démocratie et crise,* Actes Sud, Paris, 1986, chap. sur la Grande-Bretagne, p. 75, spéc. p. 80-84.
64. Art. L. 133-5-10° du CT.
65. Ex : CCN Industrie et Commerces de la récupération, art. 44-2 ; en rappelant parfois en même temps les conditions légales d'emploi d'un salarié étranger : CCN Restauration de collectivités, art. 15, et CCN des Entreprises de nettoyage de locaux-Propreté, art. 16.
66. Art. L. 136-2-8° du CT.

le « facteur matériel », la mesure prise, en l'occurrence une baisse de rémunération pour des salariées afin d'être compétitif avec des concurrents versant de bas salaires, était une discrimination directe ou indirecte, mais plutôt de vérifier si cette décision était « teintée » de discrimination liée à des préjugés négatifs à l'encontre du travail des femmes [67].

La question, difficile, qui s'est alors posée est celle d'une possible justification en matière de discrimination directe [68]. Mais cette possibilité a été écartée par le juge anglais : en effet, en matière de discrimination directe, le principe d'égalité en cause étant l'égalité formelle, admettre la possibilité de justifier une mesure discriminatoire, en dehors des exceptions prévues par la loi, aboutirait à admettre la négation du principe même d'égalité [69]. Au niveau communautaire, le juge a écarté la possibilité pour l'employeur d'apporter une justification à une discrimination directe [70].

La nouvelle conception de la discrimination directe (comparaison de traitement et refus d'une justification) transforme celle-ci en une arme puissante, permettant la remise en cause de stéréotypes raciaux [71]. Dans cette perspective, l'effet discriminatoire mesuré n'est plus une conséquence d'une mesure, mais il devient la preuve, d'une pratique discriminatoire.

Au Royaume-Uni, les règles procédurales devant les tribunaux favorisent, notamment en cas de discrimination directe, l'établissement de l'effet discriminatoire. La charge de la preuve repose sur le plaignant mais elle est allégée par la démarche des tribunaux (demande à l'employeur de justifier une différence de traitement ; recours à des données statistiques établissant une disparité de traitement en défaveur de personnes d'un groupe racial [72] ; réponses de l'employeur à un questionnaire adressé par le plaignant ; divulgation ordonnée à l'employeur de tout document utile [73]).

Le chemin parcouru par le droit français

Le droit français, même si il n'emploie pas explicitement ce terme, se réfère à la discrimination directe quand la question de la discrimination est posée [74]. Ce faisant il se situe encore sur le terrain de la recherche d'une intention discriminatoire. En n'abordant que la discrimination directe, dans sa définition première, le système juridique français a atteint ses limites. Les découvertes du droit anglais l'invitent à être plus performant dans sa saisie de la réalité. Mais, le droit français, en matière de discrimination raciale, n'admet aucune justification permettant de ne pas appliquer la loi, à la différence du droit anglais qui le fait pour tenir compte dans certains emplois de l'importance, à ses yeux, d'appartenir à la « minorité ethnique » concernée.

En France, selon l'analyse classique appliquée en matière de discrimination directe, la charge de la preuve repose sur le plaignant et celui-ci doit démontrer qu'il subit un traitement défavorable, qu'il bénéficie d'une protection liée à la prohibition légale de la discrimination au vu d'une caractéristique et qu'il existe un lien de causalité entre le traitement et sa qualité (intention de l'auteur). Cependant, les cours et tribunaux, sur le plan civil, commencent à opérer un partage de la charge de la preuve en matière de discrimination [75]. Cette nouvelle lecture du juge civil se situe dans la démarche du juge communautaire mais semble également prendre appui sur des dispositions internes [76].

L'évolution du mode de raisonnement est également à envisager sur le plan pénal, même si elle est plus délicate. En effet, la discrimination est analysée par le juge répressif comme une infraction intentionnelle, celles-ci étant minoritaires en droit pénal du travail [77]. Cependant, l'évolution de la jurisprudence en matière d'entrave pourrait être transposée en matière de discrimination : « *en ce qui concerne* ***l'élément moral du délit****, il paraît tout à fait nécessaire que la preuve de cette intention soit facilitée et que, sur le schéma de l'entrave, la démonstration d'une différence objective de traitement au préjudice d'un militant syndical, fasse présumer le mobile discriminatoire, à charge pour le prévenu de démontrer que cette différence*

67. RATCLIFFE (1995, ICR 833), in J. ROSS, « Justifying unequal pay », *Industrial Law Journal,* June 1997, p. 174. Dans cette décision, dans le prolongement de la décision JAMES, le « but for test » est à l'œuvre : si les salariées n'avaient pas été des femmes, l'employeur n'aurait pas pris la même décision. Il s'agit donc d'une discrimination directe, même si la décision ne le dit pas explicitement.

68. Décrit comme une « dangereuse hérésie » par HEPPLE, *in* « Can Direct Discrimination be justified ? » (1994) 55 EOR 48, cit. par E. Ellis, art. *infra*.

69. *Cf.* supra JAMES. N. BAMFORTH, « Setting the limits of anti-discrimination law : some legal and social concepts », *in Discrimination Law,* p. 49, spéc. p. 54.

70. CJCE 8/11/1990, DEKKER, Aff. C-177/88, CSBP n° 26, A. 2, p. 5 ; E. ELLIS, « Gender discrimination law in the european community », *in Discrimination Law,* p. 14, spéc. p. 18.

71. S. DEAKIN et G.S. MORRIS, *Labour Law,* p. 493-504, spéc. p. 501.

72. Court of Appeal, 1988.

73. Pour le juge français : TGI : M. JEANTIN, « Pouvoirs du juge des requêtes en matière prud'homale », *Dr. soc.* 1995.586 ; CPH : art. 11, al. 2, NCPC, et R. 516-31 du CT.

74. La chambre sociale de la Cour de cassation a pour la première fois posé une question préjudicielle à la CJCE par arrêt du 28/03/95, il s'agissait d'une question concernant l'égalité professionnelle (CJCE 30/04/98, E. THIBAULT c/CNAVTS, *D.* Som. 1998, p. 246, M.-T. LANQUETIN).

75. Notamment discrimination : * liée à l'activité syndicale, en cas de blocage de carrière, CPH dép., réf., Paris, 04/06/96, CA réf., Paris 21/02/97, Peugeot, notes J.-M. VERDIER, *Dr. ouv.* 1997-224 ; * liée au genre, en cas d'inégalité de rémunération pour des travaux de valeur égale, Soc. 12/02/1997, SARL Usai Champignons c/Mmes DOUARRE et DAUDEL, bull. n° 58, *Dr. soc.* 1997-526, note *M.-T. Lanquetin*, Dr. ouv. 1998-1 ; * liée au non-respect du principe « à travail égal, salaire égal », Soc. 29/10/96, Mme PONSOLLE, *Dr. soc.* 1996-149, chron. A. LYON-CAEN.

76. Art. 1315 du code civil alinéa 2, et pas seulement 1. J. NORMAND, Référés, RTD civ., janv.-mars 1997.

77. A. COEURET, Droit pénal du travail, *JCP* 1996, fasc. 82-10, spéc. p. 33.

est exclusivement fondée sur des motifs professionnels » [78].

Ici, la procédure est inquisitoire et le juge dispose des moyens de chercher les preuves [79]. Le juge pénal pourrait suspendre la condamnation et faire injonction à l'employeur de prendre certaines mesures pour supprimer la situation constatée de discrimination [80]. Une mobilisation judiciaire accrue pourrait favoriser des convergences dans le raisonnement adopté.

Il convient sans doute de réévaluer et de réhabiliter l'importance de la réparation pour les victimes, une réparation authentique, réellement proportionnelle au préjudice subi, étant dissuasive et protégeant ainsi la société. Au Royaume-Uni, depuis une loi modificative de 1994 [81] qui a supprimé la limite maximale à l'indemnisation financière, le montant des indemnisations a augmenté de manière sensible [82]. En France, la réparation indemnitaire pour les victimes est trop souvent d'un faible niveau pour avoir un réel effet dissuasif en matière de discrimination.

Par conséquent, dès aujourd'hui, le juge français, sur le terrain civil, peut, par une réinterprétation des dispositions légales, saisir la discrimination directe au regard des effets produits par une mesure de l'employeur, franchissant ainsi un nouveau pas décisif au-delà des progrès importants réalisés récemment. Ce qui doit le guider, pour donner un « effet utile » aux textes, ce n'est plus tant la recherche de l'objet de la politique ou plus simplement de la décision de l'employeur, l'expérience ayant montré le caractère largement vain d'une telle démarche, que le constat circonstancié des effets produits, c'est-à-dire de la différence de traitement.

Les termes employés par les textes légaux en droit anglais et en droit français sont très proches [83] et l'appréhension de la discrimination par ses effets serait conforme aux engagements internationaux de la France [84]. L'adoption de la notion renouvelée de discrimination directe pourrait permettre d'obliger l'employeur à *justifier* ses choix, dès lors qu'une mesure de l'entreprise peut avoir un effet discriminant pour un salarié ou une catégorie de salariés.

Cette discussion aura nécessairement lieu lors de la transposition de la directive européenne relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe [85]. La directive prévoit qu'elle « n'empêche pas les États membres d'imposer un régime probatoire plus favorable à la partie demanderesse » [86]. La solution retenue en matière de discrimination sexuelle aura certainement un fort écho sur le traitement de toutes les discriminations, notamment raciales. La question du choix du régime probatoire sera également posée par l'éventuelle adoption d'une directive sur la discrimination, possible après la ratification du Traité d'Amsterdam [87]. Dans certains pays de l'Union européenne, la norme appréhende la discrimination directe (et indirecte) au niveau de son effet [88].

Dans le même temps, le droit français est vivement pressé d'aborder de nouveaux espaces du continent discrimination.

Des terres inconnues à découvrir : la discrimination indirecte et le droit à la différence

Le droit français est invité à investir des espaces encore peu connus de la discrimination et à conjuguer liberté avec égalité.

Un nouveau monde ignoré par le droit français

La référence à la discrimination indirecte commence à apparaître en matière de discrimination raciale [89] et des exemples de discrimination indirecte à l'embauche sont révélés [90]. Il convient donc d'examiner si

78. A. COEURET, « Entrave et discrimination », *Dr. ouv.* 1987-447, spéc. p. 461. Le raisonnement suivi en matière de discrimination antisyndicale peut être « transporté » sur le terrain de la discrimination raciale. Voir : A. COEURET et E. FORTIS, *Droit pénal du travail,* préc., spéc. p. 302-303 et p. 358.

79. Parmi les condamnations pénales les plus « récentes » : CA Paris (app. corr.) 20/03/97, M. GHEDIRI c/M. KONISHI et Sté Nidek, licenciement, inédit, source MRAP ; Crim. 30/01/90, D. 1990, som. p. 86 ; Crim. 14/10/1989, Mme B., rejet du pourvoi, n° 88-81.817, inédit, CA Paris 21/01/1988, offre d'embauche discriminatoire, *Dr. ouv.* 1988-308 ; Crim. 14/10/1986, EL YACOUBI, n° 85-96.369, bull. crim. n° 287, refus d'embauche ; TGI (ch corr) 11/10/1979, M.P., *Dr. ouv.* 1980.242, refus d'embauche. Voir également : J.-P. BRILL, « La lutte contre la discrimination raciale dans le cadre de l'article 416 du Code pénal », *Rev. sc. crim.* 1977.35 et jurisprudence citée. Les condamnations concernent surtout des employeurs « maladroits ».

80. P. GUERDER, « La poursuite et la répression pénale des discriminations en droit du travail », *Dr. soc.* 1995-447. Art. L. 152-1-2 et 3 du CT en matière de discrimination sexiste.

81. D. ROWLAND, « Exemplary Damages and Racial Discrimination », *Industrial Law Journal,* Vol. n° 1, March 1994.

82. Indemnisation en 1996 : 9,600 £ en moyenne (en augmentation de près du double par rapport aux prévisions) ; une décision a accordé plus de 100,000 £ (fin 1997), Labour Research October 1997, p. 9.

83. Mais le RRA, Part. I S. 1.1 a, fait référence au traitement qui serait accordé à d'autres salariés.

84. Notamment Convention OIT n° 111, de 1958, concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, art. 1.a) qui dispose : « le terme discrimination comprend : toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur..., l'ascendance nationale, qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité des chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession », ratifiée par la France en 1981, décr. publ. 17/08/82 (JO 22/08).

85. M.-T. LANQUETIN, directive 97/80/CE du 15/12/1997, *Dr. soc.* juill. 1998.

86. Art 4.3.

87. Art. 6 A.

88. *Cf.* La nouvelle législation italienne concernant la discrimination raciale, art. 41.1 du Chap. IV, de la loi n° 40/1998 du 6/03/1998.

89. Contribution du Ministère de l'Emploi et de la Solidarité, Rap. 1997 préc. CNCDH, p. 100.

90. Connaissance d'un dialecte, service national effectué en France, tests culturels favorisant les « locaux », etc.

le système français, à la lumière du système anglais [91], peut appréhender les discriminations indirectes et les « discriminations systémiques » [92].

Le chef d'entreprise exerce son pouvoir de direction dans un contexte social donné, mais il ne peut s'exonérer de ses responsabilités en se cachant derrière les pressions de l'environnement (certains salariés, clients [93], fournisseurs...). Ainsi, un employeur a pu être condamné pour avoir refusé d'embaucher des salariés étrangers du fait de la pression d'autres salariés. L'employeur prétendait limiter l'effectif étranger à 25 % de l'effectif total prétextant qu'« au-delà, il se produisait une dégradation de l'ambiance ». Le tribunal a considéré qu'il incombait au chef d'entreprise « *d'organiser le travail pour éviter les antagonismes entre français et étrangers* » et a précisé « *qu'il appartient au chef d'entreprise de mettre la main-d'œuvre étrangère à l'abri des vexations et moqueries racistes par des mesures appropriées, au lieu d'invoquer celles-ci pour justifier un refus d'embauche* » [94].

Les « discriminations systémiques », qui ne sont pas le résultat d'un système sans acteur, peuvent être révélées tout en évitant la dilution des responsabilités et en appréhendant celles du chef d'entreprise.

L'identification du groupe discriminé

Le droit anglais est d'un apport précieux à la réflexion pour révéler les discriminations cachées. Celui-ci, comme la jurisprudence communautaire, a recours à des données quantitatives en matière de discrimination. Un tel recours à des données statistiques par le juge français n'est pas dans ses habitudes procédurales. Le droit français s'y montre réticent du fait de sa culture individualiste [95]. Mais ce recours est possible et peut s'avérer d'un intérêt certain pour révéler des pratiques discriminatoires et contribuer à l'établissement de la preuve de la discrimination.

L'élaboration de ces statistiques et leur utilisation dans le système judiciaire posent néanmoins quelques difficultés qui ne sont pas purement techniques. En particulier, l'élaboration d'une statistique suppose de retenir un critère identifiant. De premières décisions ont été rendues en matière de salariés protégés [96]. Ici, le critère ne pose pas de problème particulier ; il est objectif, connu et reconnu par l'ensemble des parties. Il en est de même en ce qui concerne les femmes et la question de l'égalité professionnelle. Dans ce domaine, de manière tardive, le juge français a rendu une décision dans laquelle deux salariées sont replacées dans le groupe des salariées-femmes [97]. Mais il en va différemment en matière de discrimination raciale. En effet, il est illégal de procéder à une identification des personnes en fonction d'un critère ethnique ou racial [98]. La discrimination raciale existe bien comme réalité mais les instruments pour la mesurer (études-recherches) ou pour la saisir (action judiciaire) font défaut (sauf en ce qui concerne la nationalité).

Cependant, dès aujourd'hui, différentes catégories de salariés existent du fait de règles juridiques différentes (la typologie étant à compléter par des traitements différents) [99] : salariés français (avec parmi eux les salariés d'origine étrangère et notamment les jeunes de la « deuxième génération »), salariés étrangers communautaires, salariés étrangers non communautaires (avec parmi eux les salariés en situation irrégulière au titre du séjour/travail). Et les critères prohibés sont utilisés par les acteurs sociaux et les institutions par rapport à des groupes raciaux/ethniques, dans un « bricolage » [100], de manière opaque et sous couvert de traitement local ou social (ex. : école, logement, formation-emploi).

Certains préconisent d'identifier « les groupes fragiles », de « nommer pour protéger » [101]. Ainsi, « *il semble en fait nécessaire qu'une discrimination ait gagné dans l'opinion un statut d'illégitimité suffisant pour que des victimes se mettent en mouvement* (...) » [102].

Pour saisir la discrimination raciale, plusieurs critères sont proposés par le droit (anglais et français). Les deux systèmes juridiques abordent cette question de manière sensiblement différente. Le critère qui pose le plus de difficulté est celui de la race. Ce terme est fréquemment employé dans les traités internationaux et dans le droit interne de chaque pays. Selon les

91. J. WRENCH and D. OWEN, « Preventing Racism at the workplace », The UK National Report, Centre for Research in Ethnic Relations, University of Warwick, UK, 69 p.
92. P. BATAILLE, préc. note 5.
93. Notamment pour des opérations de sous-traitance. Ex : Crim. 1er/12/1992, La Confédération, n° 89-82.689, inédit, infraction de refus discriminatoire d'embauche non-reconnu (chantier de nettoyage pour la Défense nationale).
94. Cité par V. DE RUDDER, étude préc. p. 36. À rapprocher du refus jugé illégitime de réintégration de « salariés protégés » fondé sur l'opposition de salariés : jurisprudence citée in M. MINÉ, H. ROSE et Y. STRUILLOU, *Le droit du licenciement des salariés protégés,* Economica, 1996, spéc. p. 353 et 378.
95. Le droit français veut protéger l'individu contre le groupe de manière très volontariste (ex. : en matière de droit syndical en prévoyant des sanctions pénales en cas de non-respect de l'art. L. 413-2 al 2 du CT – loi du 27/04/56 – prohibant le « close shop »).
96. TA Paris 20/10/93, M. BOUCHERIT, et TA Versailles, 23/02/95, Sté Travexpos Ranno et Me LIEBERT, inédits, cités in *Le droit du licenciement des salariés protégés,* préc. p. 331-332 ; CA Paris, réf., 21/02/97, Peugeot, préc. Dans une espèce antérieure, le juge pénal n'avait pas accepté ce mode de raisonnement : Crim. 8/03/94, IBM, Dr. soc. 1994-884, note M. GRÉVY.
97. Soc. 12/02/97, SARL Usai Champignons c/Mme DOUARRE et Mme DAUDEL, préc.
98. La loi « Informatique et libertés » n° 78-17 du 6/01/1978 (JO 7/01, p. 227) « interdit de mettre ou conserver en mémoire informatisé, sauf accord exprès de l'intéressé, des données nominatives qui, directement ou indirectement, font apparaître les origines raciales (...) » (art. 31 al. 1).
99. J. WRENCH, Discrimination formelle et informelle sur le marché du travail européen, *in Hommes et migrations* préc., p. 100.
100. P. DEWITTE, « Tabou dans la République », in *Hommes et migrations,* préc.
101. D. LOCHAK, L'autre saisi par le droit, préc., p. 179.
102. V. DE RUDDER, étude URMIS préc., p. 39.

résultats de recherches biologiques, les races n'ont pas d'existence au sens du langage commun [103]. La définition du racisme qui figure dans le préambule de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1966 stipule que : « *Toute doctrine, fondée sur la différenciation entre les races ou la supériorité raciale, est scientifiquement fausse, moralement condamnable et socialement injuste et dangereuse* ». Le terme de race est utilisé dans un sens social, sans correspondance avec une réalité biologique [104]. Il est ignoré de la jurisprudence en France [105]. La formulation du NCP se référant à l'appartenance « réelle ou supposée » à une ethnie ou une race apparaît plus satisfaisante, marquant la distance prise par le législateur par rapport aux motivations subjectives des personnes poursuivies [106]. Le critère de la couleur est utilisé par le droit anglais mais rarement par le droit français [107].

La nationalité est le critère posant le moins de difficulté, mais utilisé par la jurisprudence de chaque pays, il est celui qui a les performances les plus limitées dans l'appréhension des réalités sociales, mêmes si elles ont été sous-utilisées en droit français. Ainsi, quand une entreprise procède à un licenciement économique collectif, la discrimination pourra s'exprimer à travers le choix et la mise en œuvre des critères de l'ordre des licenciements. Mais au-delà, il serait pertinent d'examiner la proportion de salariés touchés au regard du critère nationalité. Il peut être aisé de classer les salariés présents et les salariés licenciés selon ce critère [108]. Pourrait ainsi être vérifiée si la proportion de salariés étrangers licenciés est comparable ou supérieure (ou inférieure...) à la proportion de salariés étrangers dans l'entreprise avant le licenciement, en tenant compte des qualifications et des unités de travail. Une telle démarche ne pose pas de problème théorique particulier. Une proportion supérieure constituerait un indice sérieux de discrimination que l'employeur devrait alors justifier par des raisons objectives étrangères à la nationalité. Le terrain d'analyse est alors celui de la discrimination indirecte. Mais dès lors que les salariés sont de nationalité française, de longue date ou depuis peu de temps [109], le critère de la nationalité n'est plus opérationnel.

L'ethnie a été définie par la jurisprudence anglaise [110]. Selon Lord FRASER, un groupe constitue un groupe ethnique s'il se regarde lui-même et est regardé par les autres comme une communauté distincte en vertu de plusieurs caractéristiques, soit essentielles comme une histoire séparée et la mémoire de celle-ci et des traditions culturelles, soit secondaires et complémentaires comme une origine géographique commune, un langage commun, une littérature propre, une religion commune... Ont notamment été reconnus comme un groupe ethnique les Sikhs, les Juifs et les Gitans. Ce critère est également utilisé par la commission pour l'égalité raciale pour les politiques d'entreprise en matière d'égalité des chances [111] et dans le code de pratiques [112]. Le droit français ignore les « minorités ethniques » [113]. Ce terme n'est donc pas défini par la jurisprudence française en droit du travail alors que la loi évoque « l'appartenance à une ethnie ». Mais par contre il est utilisé par la jurisprudence en matière « de discrimination par les mots ». La jurisprudence protège le groupe des « immigrés », quand ils sont visés comme un groupe de personnes à raison de leur non-appartenance à la communauté française par des auteurs d'actes de « provocation à la haine raciale » [114]. Ici « *la non-appartenance... sert en quelque sorte de lien entre tous ceux que la diversité ne permet pas de regrouper au sein d'une communauté ou d'une ethnie précise, afin de leur assurer l'identité nécessaire à leur protection* » [115]. Cette jurisprudence semble contenir des ressources pour mieux appréhender « le groupe ethnique » dans les relations de travail [116], cependant elle n'identifie pas une personne comme appartenant à une ethnie, elle se réfère à des « groupes » victimes d'une discrimination par les mots.

L'origine est, en France, le critère qui apparaît le moins connoté, employé à plusieurs reprises par le juge sans autre précision concernant la personne victime de discrimination [117]. C'est celui qui recèle sans doute les plus grandes potentialités, pour le droit

103. A. LANGANEY, « Les races à l'épreuve de la science », in *L'Histoire,* n° 214, oct. 1997.
104. J. WRENCH and D. OWEN, « *Preventing racism at the workplace* », préc.
105. En France, certains se demandent si l'inscription du mot race dans la loi n'est pas une façon ambiguë de lui conférer une sorte d'objectivité, *cf.* « Sans distinction de... race », revue Mots, n° 33, déc. 1992, actes du colloque « Le mot race est-il de trop dans la Constitution française ? », Paris, mars 1992.
106. D. LOCHAK, « L'autre saisi par le droit », préc., p. 190.
107. C.A. Douai (Corr.) 25/06/74, note J. FOULON-PIGANIOL, *D.* 1975 p. 492.
108. Ce critère figure dans les informations que l'employeur doit fournir à l'administration et aux représentants du personnel, notamment R. 321-6-5°, R. 321-1-3°, Arr. 8/12/1977.
109. Chaque année environ 100 000 personnes, sur environ 115 000 qui en font la demande, obtiennent la nationalité française, Rap. 1997 CNCDH, préc.
110. MANDLA v DOWELL LEE, 1983.
111. CRE, *A measure of equality : Monitoring and achieving racial equality in employment*, 1991, 52 p.
112. Au Royaume-Uni, des statistiques sont élaborées, par ethnie, sur le taux de chômage, le niveau des salaires, etc.
113. Le droit ne reconnaît pas de droits collectifs pour des « minorités » ou de droits particuliers pour des personnes appartenant à des « minorités » ; *cf.* position du Haut commissariat à l'intégration, rapport 1993 ; refus des pouvoirs publics de reconnaître l'existence de « minorités ethniques » et de ratifier des conventions internationales où figure cette notion ou ratification avec des réserves sur ce point.
114. Crim. 24/06/97, bull. crim. n° 253, « Les étrangers résidant en France, lorsqu'ils sont visés en raison de leur non-appartenance à la nation française, forment un groupe de personnes au sens de l'article 24, alinéa 6, de la loi du 29 juillet 1881 ».
115. Y. MAYAUD, *Rev. sc. crim.*, janv.-mars 1998.
116. *Cf.* réf. à la « communauté islamique » : Crim. 28/01/92, n° 91-81.778.
117. Soc. 8/04/92 et 10/02/98, préc.

français, parce qu'il permet d'éviter la référence explicite à une appartenance ethnique pour une personne nommée.

Le recours à la notion de discrimination indirecte

La notion de discrimination indirecte, très utilisée par le juge communautaire [118], est aussi présente dans la jurisprudence au Royaume-Uni qu'elle est absente dans la jurisprudence en France. En droit français, la discrimination indirecte est encore largement ignorée. Les décisions qui ont eu recours à cette notion sont rares, récentes et concernent des questions d'égalité professionnelle [119].

En cas de discrimination indirecte, l'employeur applique une condition à tous les salariés ou candidats, de manière égale, mais la proportion de personnes d'une « race » donnée qui peut satisfaire à cette condition est considérablement plus faible que la proportion d'autres personnes. L'employeur ne peut pas apporter une justification licite à cette condition et cette condition a un effet négatif sur la victime, qui ne peut remplir cette condition. Plusieurs paramètres sont donc à appréhender qui interrogent chacun le droit français.

La plainte doit définir tout d'abord l'exigence, la condition ou la pratique de l'employeur qui est en cause. Le juge anglais grâce à une conception large de la discrimination indirecte est à même de passer au crible toute mesure de l'employeur [120]. Le juge français pourra prendre appui sur les décisions précitées se référant au terme de « mesure » et sur des dispositions légales [121] pour investir l'ensemble du vaste champ de prise de décision de l'employeur.

En ce qui concerne la proportion, la plainte doit montrer que les membres d'un groupe sont proportionnellement moins en capacité de remplir la condition que les autres personnes. La capacité à satisfaire à cette condition ne doit pas être entendue sous l'angle de la « capacité physique » mais sous celui de la compatibilité avec les coutumes et les traditions culturelles du groupe « ethnique ». Il ne s'agit donc pas d'une capacité théorique mais d'une capacité de faire en pratique.

L'effet défavorable d'une pratique peut apparaître clairement mais le recours à des données statistiques est souvent nécessaire. Ce recours à des statistiques pose le problème, déjà abordé, de la reconnaissance de groupes alors que le droit français est très hostile à la reconnaissance de « minorités ethniques » [122]. Mais le groupe pourrait être défini dans chaque cas d'espèce et ne pas se confondre avec une « minorité ethnique », au sens strict. Le concept d'origine pourrait connaître une prospérité certaine pour la révélation de discriminations à l'embauche en particulier celles subies par les jeunes d'origine étrangère. Ainsi, des statistiques pourraient être élaborées concernant des demandes d'embauches, en classant les demandeurs suivant leur origine (nationale), les embauches réalisées, en classant les élus selon le même critère. Seraient ensuite comparés les taux de réussite des groupes. Deux groupes pourraient être reconnus (origine « française », français de la « deuxième génération »).

Il convient de tenir compte du fait que les jeunes « issus de l'immigration » sont victimes de facteurs structurels de discrimination [123], liés à leur origine, leur « culture jeune » [124] et leur absence de lien familial avec le personnel de l'entreprise [125]. Ces critères [126] sont donc à combiner en matière de discrimination indirecte [127]. L'échec plus que proportionnel du deuxième groupe ferait apparaître la discrimination.

Cet échec s'expliquera dans certaines entreprises par l'impossibilité de répondre au critère de lien familial avec un membre du personnel. Il s'agit alors bien d'une discrimination indirecte. Ce critère familial, qui aboutit à l'élimination complète d'un groupe, n'a pas de pertinence par rapport au poste à occuper. C'est donc un critère illicite qui détruit le principe d'égalité [128].

La victime doit avoir subi un préjudice du fait de la condition qu'elle ne pouvait pas remplir. Mais au regard de la justification, l'employeur peut imposer une exigence ou une condition, même si elle a un effet défavorable disproportionné sur un groupe « racial », à la condition qu'il démontre que la règle est justifiée objectivement, indépendamment de la

118. Depuis CJCE JENKINS, 31/03/81, aff. 96/80, rec. 911 (affaire anglaise JENKINS v Kingsgate (clothing) Productions LTD (1981), IRLR 333) et surtout BILKA, 13/05/86, aff. 170/84, rec. 1607 (affaire allemande).

119. Soc. 9/04/96, Mme SOUFFLET c/CPAM Marne, bull. n° 146, *Dr. ouv.* 1998-10 ; Crim. 10/01/1995, n° 94-82.724. Il s'agit d'arrêts de rejet et dans la première affaire l'arrêt de la cour d'appel ne traduit pas une parfaite maîtrise de la discrimination indirecte ; cf. M.-T. LANQUETIN, « Égalité et discrimination hommes-femmes », *A.J.* n° 125, p. 13.

120. Dans une entreprise, l'exigence que les opérateurs soient capables dans un délai de six mois et sans formation d'être pleinement compétents sur de nouvelles machines a été considérée comme non justifiée, cette condition étant plus difficile à remplir pour les étrangers du fait des machines concernées, BAYOOMI v British Railways Board, 1981.

121. Art. L. 120-2 du CT. Communication du Professeur G. LYON-CAEN, Cour de cassation, 27/11/98.

122. Le droit français a dans le passé, avec un objectif différent, utilisé de telles données : cf. Titre IV du Livre III du code du travail « Main-d'œuvre étrangère et protection de la main-d'œuvre nationale », Chapitre II « Protection de la main-d'œuvre nationale » dont les dispositions n'ont été abrogées qu'en 1978/1981.

123. P. BATAILLE, préc.

124. Le terme mœurs pourrait bénéficier d'une nouvelle lecture, art. L. 122-45 du CT.

125. Discrimination liée à la situation de famille : Crim. 23/10/1990, UD CFDT des Hautes-Alpes, RJS 12/90, n° 940.

126. Art. L. 122-45 du CT et 225-1 du NCP.

127. La combinaison ne serait pas sans rappeler la pondération pratiquée lors des licenciements économiques pour définir, à partir de différents critères, l'ordre des licenciements.

128. Il apparaît, dans un contexte où l'emploi est rare et précieux, en contradiction avec l'esprit de l'art. 1° de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui prévoit que « Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ».

« race », et proportionnée à l'objectif à atteindre (de nature économique, d'efficacité de gestion... [129]). Dans ce cas, il n'y a pas de discrimination.

Au Royaume-Uni, la jurisprudence de la CJCE [130] est désormais mise en œuvre en matière de discrimination raciale [131]. L'adoption de cette démarche par le juge français suppose une réflexion sur la notion de proportionnalité de la mesure par rapport à l'objectif de la mesure. Soit le juge examine la proportionnalité de la mesure par rapport à l'objectif de l'entreprise, soit il examine aussi la pertinence de l'objectif, soit enfin il considère que le droit fondamental doit être strictement respecté [132]. Du choix qui est opéré ressortent une protection des droits fondamentaux plus ou moins importante et des incidences plus ou moins grandes sur le pouvoir de gestion de l'entreprise. La proportionnalité apparaît ainsi comme une tentative de conciliation de différents principes. Au cœur de la notion de proportionnalité s'exprime le conflit entre le droit fondamental du salarié et le pouvoir de direction de l'employeur. Les droits fondamentaux sont à affirmer comme le centre de gravité de la démocratie et non pas comme de simples correctifs à des mesures de gestion. Le droit fondamental est alors le vecteur de contrôle de la finalité du pouvoir de l'employeur.

Pour mettre en œuvre cette démarche, le droit français dispose de la notion de proportionnalité [133], l'interrogation des finalités d'une mesure de gestion n'étant pas nouvelle pour lui. Ainsi, en matière de licenciement économique, le juge a prévu un critère de vérification pour décider si une mesure de suppression d'emploi relevait d'un motif économique : l'intérêt de l'entreprise [134] puis la sauvegarde de la compétitivité [135]. Le contrôle de la finalité de la décision de l'employeur, déjà effectué au nom de la protection de l'emploi [136], peut également avoir lieu au nom du respect des droits fondamentaux des personnes susceptibles d'être victimes de discrimination raciale. Il apparaît donc que le juge français peut avoir recours à la notion de discrimination indirecte pour saisir des discriminations qu'il méconnaît aujourd'hui. Cette question se posera en particulier lors de la transposition de la directive européenne sur la discrimination sexuelle précitée.

Le recours à la méthode de recherche de la discrimination indirecte peut être source de conséquences importantes pour le « modèle républicain d'intégration » tel qu'il est habituellement perçu. En effet, à un premier niveau, la recherche de la discrimination indirecte vise à mettre en lumière une discrimination cachée. La discrimination indirecte impliquant la reconnaissance de groupes discriminés, la démarche à ce stade pose la question du « groupe » au « modèle républicain » [137].

Au-delà, si l'on considère qu'en l'absence de discrimination indirecte, chaque groupe doit proportionnellement satisfaire à la condition posée, à un second niveau, la recherche de la discrimination indirecte peut viser à ce que l'entreprise reflète dans sa force de travail la population active locale. Traquer la discrimination indirecte débouche alors sur une politique d'égalité des chances et d'actions positives. Cette question a été mise en lumière *in concreto* en matière de recrutement et de gestion du personnel lors d'une opération de création d'un établissement [138]. Il a été tenu compte de la « réalité ethnique » pour choisir les personnes à recruter, sous l'apparence d'un recrutement local (quartier « sensible » à forte population d'origine immigrée). Cette « expérience », diamétralement opposée à d'autres où l'objectif est d'ignorer la réalité locale de la population pour ne recruter que des « français d'origine » [139], constitue une forme cachée d'action positive, mise en place de manière officieuse. Elle pourrait être renouvelée, de manière temporaire et locale, en particulier au bénéfice des « jeunes issus de l'immigration » pour rétablir l'égalité des chances.

Or, selon chacune des législations, du fait de la conception de la discrimination directe, le domaine des actions positives concernant les personnes d'origine étrangère est limité ou inexistant. Au Royaume-Uni, le traitement préférentiel d'une personne du fait de son appartenance à un groupe racial n'est licite que pour favoriser des actions de formation professionnelle,

---

129. RAINEY, 1987 ; CLYMO v Wandsworth London Borough Council, 1989.

130. Justification de la pratique au regard d'un objectif légitime, pratique appropriée et nécessaire pour atteindre l'objectif selon la règle de la proportionnalité, absence d'atteinte excessive au principe d'égalité, cf. notamment CJCE *Bilka*, préc.

131. HAMPSON v Departement of Education and Science, 1989.

132. S. LEADER, « Proportionnality and the justification of discrimination », in *Discrimination Law*, p. 110.
Il est admis de manière limitée que l'affirmation de droits fondamentaux aille à l'encontre du fonctionnement de l'entreprise : cf. respect de l'intégrité physique des personnes (droit de retrait du salarié et pouvoir d'arrêt de chantier par l'inspecteur du travail notamment).

133. CE 1er/04/1980, Corona, *Dr. soc.* 1980-310, L. 122-35, L. 120-2 ; en matière de plan social : Soc 30/09/97, Barraud et a c/Ets Broussaud, Liaisons soc. N° 7759 du 13/11/97.

134. Soc 1er/04/92, MADRELLE, *Dr. soc.* 1992-481 ; le juge a eu l'occasion d'affirmer que cet intérêt devait refléter la diversité des intérêts, pas uniquement ceux des actionnaires mais aussi ceux des salariés : CA Dijon 4/05/94 Hobart, *Dr. ouv.* 1995-351, pourvoi rejeté Soc. 19/03/97, *Dr. ouv.* som. mai 1997.

135. Soc. 5/04/95, TRW Repa et Vidéocolor, Dr. ouv. 1995-284, note A. LYON-CAEN ; condition non-remplie quand la réorganisation entraîne une modification de contrat « dictée par le désir d'augmenter les profits », la réorganisation n'est pas justifiée : Soc. 30/09/97, Sté Rosières c/TORDJMAN, *Dr. soc.* 1997-1100, note G. COUTURIER.

136. Préambule de la Constitution du 27/10/46 en vigueur en vertu du préambule de la Constitution du 4/10/58 ; la question du débiteur du droit à l'emploi demeurant posée.

137. « En théorie, l'idéal républicain exclut toute forme de groupement qui viendrait s'interposer entre le citoyen et la Nation », (J. ION, 1997) p. 21-22 et 25-26.

138. Magasin Continent à Marseille, J. WRENCH, *Recueil européen de bonnes pratiques pour la prévention de la discrimination raciale et pour la promotion de l'égalité de traitement sur le lieu de travail,* Centre danois des migrations et études ethniques, 1997,spéc. p. 42-45 ; V. DE RUDDER, « À Marseille, "la préférence locale" contre les discriminations à l'embauche », in *Hommes et migrations* préc., p. 28-48, spéc. p. 44.

139. Cf. P. BATAILLE, entreprises du bassin d'Alès, opus préc.

dans des situations de sous-représentation, et pour prioriser l'embauche de certaines personnes dans des emplois pour lesquels le critère ethnique est admis [140]. En France, toute action positive au bénéfice d'un groupe racial est perçue comme illicite [141]. Pourtant, dans le cadre de la politique de l'emploi, des actions spécifiques impliquant des traitements « diversifiés » (formation, insertion...) sont mises en œuvre au bénéfice de catégories de personnes identifiées selon différents critères (âge, sexe, lieu de résidence, niveau scolaire, handicap...). Mais pas selon un critère tenant compte de leur origine (ou plutôt d'une manière officieuse en ayant recours à des substituts comme le territoire, niant ainsi le groupe).

De plus, une politique d'égalité des chances amène à remettre en cause le fonctionnement de certaines structures (entreprises, services de l'emploi...), qui lèsent les personnes de ces groupes. La question est donc posée d'admettre des actions positives de manière temporaire et limitée, mais en l'affirmant clairement et en les mettant en œuvre de manière transparente. Ce type d'action pourrait voir le jour dans le cadre de « contrats publics » qui ne seraient conclus par l'État qu'avec des entreprises menant une politique en la matière [142].

La reconnaissance de la discrimination indirecte amène maintenant à s'interroger sur le droit à la différence au-delà du droit à l'égalité de traitement.

Les chemins de la liberté

Le système de chaque pays traduit une conception différente de la place des étrangers dans la société (société « différenciée » ou société « universelle »). Ces conceptions ont de fortes incidences dans les entreprises au regard de la place de « l'étranger ». La question concernant la qualité et la diversité des personnes qui contribuent à l'élaboration du modèle républicain, posée au niveau de la société, se décline au niveau de l'entreprise. Le salarié « d'origine étrangère » peut-il aussi attendre que l'entreprise tienne compte, dans son fonctionnement et ses choix, de ses « spécificités » ? Si le juge anglais répond par l'affirmative, la question n'est pas tranchée par le juge français qui a cependant jusqu'à présent plutôt eu tendance à répondre par la négative.

L'attente légitime du salarié est ainsi double et peut apparaître comme contradictoire. Il aspire d'une part, à une égalité de traitement, impliquant l'absence de regard sur sa vie personnelle, et d'autre part, à un droit à la différence, nécessitant la prise en compte des spécificités de sa vie personnelle.

Le modèle d'intégration revisité

Le modèle d'intégration français est présenté comme étant de portée universelle. N'ayant pas de référent précis, il peut être dynamique et évoluer en intégrant des apports nouveaux, ou au contraire être statique et se figer sur une identité à conserver [143]. Cependant, dans les faits, ce modèle semble plutôt correspondre à un référent majoritaire et dominant (homme, de nationalité française, de longue date [144], appartenant à la religion majoritaire catholique, etc.).

Le modèle d'intégration est en fait le plus souvent un modèle d'assimilation. « L'autre » est invité à se fondre dans la réalité sociale et à cacher ses originalités. Le refus de la différence exprime la peur d'un glissement vers un « communautarisme », mais également un certain ethnocentrisme [145] et le rejet de toute remise en cause du fonctionnement habituel de la collectivité de travail. Le refus de la différence accompagne la banalisation des discriminations (rejet en dehors de l'entreprise, ségrégation dans l'entreprise), exacerbant les spécificités. Celui, et à plus forte raison celle, qui ne correspond pas au référent risque donc d'être exclu [146], de manière d'autant plus marquée qu'il y éloignement du modèle de référence.

Cependant, le modèle qui ne veut reconnaître aucune différence est néanmoins obligé d'accepter certaines concessions. Ainsi, des entreprises ont été amenées à tenir compte de certaines demandes [147]. Mais ces concessions sont précaires, liées le plus souvent à la décision unilatérale de l'employeur, dans un contexte social de l'entreprise plus ou moins tolérant, à un moment donné, à l'égard de la différence qui s'exprime. Or, l'exercice de droits fondamentaux suppose une sécurité juridique, impliquant une certaine stabilité [148].

Le droit à la différence est aussi au service de l'égalité. Le droit peut reconnaître la différence dans

140. G. PITT, Discrimination Law, p. 198.
141. Au nom de principes bien connus : art. 2 de la Constitution du 4/10/1958, « La France... assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion » ; art. 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26/08/1789 : « La loi... doit être la même pour tous...». Voir cependant les mesures prises en faveur des enfants de harkis.
142. « The use of volontary measures (contract compliance...) », in *Preventing racism at the workplace,* The UK national report, 1995, p. 38, *infra.*
143. Le Président de la République lors de sa conférence de presse du 16/04/98 consacrée à l'Europe évoquait certaines peurs : « On craint au fond la disparition de notre identité nationale, la mise en cause de notre culture, de nos traditions, certains disent même de notre langue », *Le Monde,* 18/04/98.
144. Alors que 20 % de la population française a un parent ou un grand-parent étranger, INSEE.
145. P.-A. TAGUIEFF, *Le Racisme,* Flammarion, 1998.
146. « La discrimination, au sens fort, c'est l'exclusion », D. LOCHAK, préc., Dr. soc. 1987-790.
147. Ex. : jours chômés pour les fêtes religieuses non catholiques – seules reconnues par le code du travail, « tolérance » de baisses de rendement dans les entreprises occupant des salariés musulmans pendant la période de Ramadan, choix alimentaires, temps voire lieux de prière, langues pour les consignes et alphabétisation, délais de route et durée des congés (CCN Services automobiles du 15/01/81, étendue le 30/10/81 (art. 2.07)). V. DE RUDDER, étude préc. ; Conseil d'État, Rap. 1996 préc.
148. Préambule de la Constitution du 27/10/1946 : « ... tout être humain, sans distinction de race..., possède des droits inaliénables et sacrés. »

l'égalité des droits alors qu'une « *demande accrue de diversité se fait jour, conséquence du développement économique, social et culturel ainsi que de l'ouverture des frontières* » [149]. « *La question de l'égalité des droits est étroitement liée à celle de l'**identité*** [150]. *Le besoin de reconnaissance qui s'attache aux individus comme aux collectivités porte en lui la dialectique de l'égalité et de la différence. Un individu puise dans ses racines culturelles à la fois le sentiment de solidarité qui l'unit à ceux qui les partagent et le sentiment d'identité qui le différencie des autres. De même, un **groupe ethnique*** [151] *ou une nation développe une communauté d'esprit à travers l'égalité affirmée de leurs membres et une différence ressentie, voire revendiquée, vis-à-vis de l'étranger* » [152]. Enfin, des évolutions sont perceptibles sur la question du « pluralisme culturel » [153], le droit à la différence étant un droit individuel qui s'exerce collectivement [154].

Une nouvelle étape est donc à engager qui tienne compte du refus français de reconnaître des droits à des « minorités ethniques » [155] mais qui reconnaisse le droit à l'individu de vivre ses différences. Voie étroite, qui mérite d'être empruntée. Le projet républicain implique l'égalité mais aussi la liberté, qui signifie alors pluralité. En effet, l'universalité implique l'accueil et la prise en compte de différents caractères et non la réduction à un caractère unique, fût-il majoritaire. Le terme intégration dans l'entreprise signifie alors, dans une nouvelle lecture, intégration dans les deux sens : acceptation par l'arrivant des « règles du jeu » de la collectivité d'accueil et prise en compte par cette collectivité de la nouveauté.

Il n'est dès lors plus seulement demandé à l'entreprise d'assurer une égalité de traitement sans discrimination mais également de permettre l'expression de différences.

Vers une nouvelle place de la différence dans l'entreprise

L'arbitrage, entre les attentes parfois contradictoires (salarié, entreprise, société) à l'œuvre, se fait, en droit anglais, à travers la grille de la discrimination indirecte. Le droit français peut procéder de même, en s'appuyant également sur d'autres dispositions [156], pour interroger la justification de la condition imposée ou du refus manifesté, en veillant à l'absence d'abus de droit ou de détournement de pouvoir. Cependant, le refus d'une différence n'est pas toujours discriminatoire dès lors qu'elle peut porter atteinte à des valeurs fondamentales de la société [157].

Le droit anglais reconnaît parfois explicitement un droit à la différence. Ainsi, un Sikh portant un turban peut refuser de porter un casque de sécurité sur un chantier du bâtiment et l'employeur ne peut sur cette base justifier d'un refus d'embauche [158]. L'employeur qui fixe une règle selon laquelle des congés ne pourront être pris durant la période de forte activité de l'entreprise, alors que cette règle empêche des Musulmans de participer à une importante fête religieuse, doit justifier la pertinence de cette disposition [159]. Mais dès lors que le refus de la différence est « nécessaire » à la bonne marche de l'entreprise, ce refus est justifié [160].

Le droit français qui ne reconnaît pas les « minorités » dans l'espace public règle les questions de différence de manière ponctuelle. Ainsi, il encadre le pouvoir disciplinaire de l'employeur et par là même ouvre des espaces de liberté individuelle au salarié. Il n'est pas possible de déterminer dans le détail et *a priori* les contours des modalités d'exercice du droit à la différence. Cette question, dès lors que le droit est affirmé et reconnu par les partenaires sociaux, ouvre un espace de négociation sur le « caractère » de l'entreprise et interroge l'élaboration patronale de normes.

Illustration de ce propos, la question vestimentaire ouvre un conflit à plusieurs acteurs : le salarié qui peut souhaiter se vêtir « différemment », l'entreprise qui souhaite une certaine uniformité. L'entreprise s'appuie parfois sur des motifs commerciaux : « la demande de la clientèle ». Or, cette demande est ambivalente : parfois, la clientèle souhaite l'absence de différence (le personnel devant lui correspondre), dans certaines circonstances, elle souhaite la présence de différences (le personnel devant alors correspondre à certains stéréotypes [161]). Mais la demande de la clientèle n'est pas une justification en soi, elle doit

149. C.E., Rap. préc., p. 49.
150. Art. 12 f), Convention OIT n° 143 de 1975, « sur les migrations dans des conditions abusives et sur la promotion de l'égalité des chances et de traitement des travailleurs migrants », que la France pourrait utilement ratifier.
151. Souligné par nous.
152. C.E., Rap. préc., p. 67.
153. C.E., Rap. préc., p. 73-77.
154. Comme pour le droit de grève, il signifie une rupture par rapport à l'ordre établi de l'entreprise et la création d'un espace-temps de liberté ; il est source de solidarité au sein du groupe mais son exercice génère parfois la peur par rapport au groupe. La comparaison connaît sans doute une limite temporelle : la grève a une durée déterminée alors que la différence aspire à s'exprimer de manière continue, même si ce n'est pas de manière permanente.
155. La Constitution « ne connaît que le peuple français, sans distinction d'origine, de race ou de religion », décision « peuple corse », CC déc. n° 91-290 du 9/05/91, C.E. Rap. préc., p. 40.
156. Art. L. 120-2 du CT.
157. Ex. : polygamie, DC 13/08/1993, p. 224.
158. Employement Act 1989, S. 11 ; cité in Code of Practice, CRE, 1996, p. 20, *Cultural and religious needs*. En cas d'accident, le salarié sera indemnisé pour les dommages qui ne sont pas liés au non-port du casque.
159. J.H. WALKER Ltd v HUSSAIN, 1996.
160. Dans une fabrique de chocolat, l'interdiction de porter la barbe, exigence imposée pour des raisons d'hygiène, aboutit à l'exclusion des Sikhs mais est considérée comme justifiée : Singh v Rowntree Mackintosh Ltd, 1979. Lord MACDONALD utilise le terme « nécessaire ».
161. Le droit anglais traite cette question à travers les exceptions à l'application de la loi.

elle-même être justifiée [162]. Les attentes de l'entreprise vis-à-vis du personnel pour qu'il corresponde aux attentes de la clientèle sont-elles légitimes ? Ces attentes ne sont légitimes que par rapport au salarié, pas par rapport à sa personne [163]. La question renvoie à l'ethnisation de l'organisation des entreprises.

Le juge français a récemment reconnu une certaine liberté individuelle de se vêtir, dans une banale affaire où un salarié refusait de porter une blouse blanche alors que les autres salariés se conformaient à la discipline vestimentaire. L'arrêt d'appel est cassé, n'ayant pas recherché si le port obligatoire de la blouse était « *justifié par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché* » [164]. Cette décision peut favoriser l'expression de différences vestimentaires.

En matière d'organisation du travail, le salarié peut-il refuser d'accomplir certaines tâches du fait de sa « différence » ? La question a été posée dans une espèce où un salarié boucher refusait de couper de la viande de porc du fait de sa religion [165]. La chambre sociale, n'a pas considéré ce refus comme légitime. La question de la recherche d'une conciliation entre l'exigence de l'employeur et le droit du salarié est oubliée au dépens du second [166]. Le juge d'appel avait fondé son raisonnement sur l'obligation pour l'employeur de « respecter les croyances religieuses » du salarié et considérait le refus de le réintégrer à son ancien poste comme fautif.

Cette décision montre que le droit à la différence, ici la religion du salarié, est à intégrer au cœur du raisonnement. À défaut, il est nié, même quand il est rappelé en principe général. Ici, le recours à la méthode de la discrimination indirecte aurait pu permettre de vérifier si le refus était justifié puis si l'entreprise (effectif, organisation du travail) pouvait répondre favorablement à la demande du salarié.

Le droit à la différence peut s'exprimer de multiples manières, par exemple par un aménagement d'horaires. Dès lors que celui-ci est demandé pour un motif légitime et peut être accordé sans préjudice pour l'entreprise (ce qui peut supposer, du fait de l'organisation du travail, l'accord d'autres salariés), un refus constitue un abus de pouvoir [167].

Mais cette prise en compte du droit à la différence ne repose pas que sur l'employeur et la direction de l'entreprise. Elle concerne toute la collectivité de travail, c'est-à-dire l'ensemble des salariés et en particulier les membres du comité d'entreprise, dans leurs choix en matière d'activités sociales et culturelles, et les organisations syndicales, dans leur mode de fonctionnement et d'élaboration de leurs revendications.

*
* *

Ainsi l'universalité suppose l'égalité entre les personnes dans la société et dans l'entreprise, c'est-à-dire le droit à l'indifférence. L'intégration des « personnes d'origine différente » suppose sans doute la reconnaissance de droits civils et politiques, mais elle exige de manière essentielle une égalité de traitement en matière d'emploi. À défaut, les jeunes de la deuxième génération ne bénéficieront que de droits formels. Or, l'intégration de ces personnes constitue un test fondamental pour la République. Mais cette universalité suppose aussi la liberté de chaque personne au sein de la société et dans l'entreprise, c'est-à-dire un droit à la différence. Cette universalité suppose alors une fraternité entre les personnes au sein de la société et dans l'entreprise, c'est-à-dire une solidarité contre les inégalités, solidarité forgée au cœur de processus démocratiques visant au double respect du droit à l'indifférence et du droit à la différence, et à leur conciliation.

Un nouveau contrat social dans l'entreprise est nécessaire. Pour permettre son avènement, il faut débanaliser la discrimination raciale au travail, et faire mesurer son coût humain, économique et politique, afin d'obtenir sa reconnaissance et sa prise en charge institutionnelle, par l'ensemble des partenaires. ■

---

162. « S'il n'y avait que des clients musulmans, est-ce qu'on nous obligerait à porter le voile ? (...)», P. BATAILLE, opus cit., p. 230. Une chaîne de télévision ne pourrait pas exclure de la présentation du journal de 20 heures les journalistes noirs ou d'origine arabe, pour répondre à la demande d'une partie de l'auditoire...

163. E. DOCKÈS, « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », *Dr. soc.* 1997-140, spéc. note 6. Le salarié a droit à la protection de sa vie personnelle sur le lieu de travail, J.-Y. FROUIN, « La protection des droits de la personne et des libertés du salarié », *CSBP* n° 99, p. 123.

164. Art. L. 122-35 al. 2 du CT ; Soc. 18/02/1998, BOUÉRY c/SARL Sleever international, *Dr. soc.* 1998-507, note A. JEAMMAUD. Circ. min. n° 91/17 du 10/09/91, solutions administratives sur le contrôle du règlement intérieur, *Légis. soc.* A.1, n° 6579 du 3/10/91. Des droits différents sont parfois à concilier. Ainsi, il a été jugé que le droit pour une salariée d'exprimer sa religion au sein de l'entreprise à travers sa tenue vestimentaire trouvait sa limite dans les « impératifs commerciaux liés à l'intérêt de l'entreprise » (CA St Denis-de-la-Réunion, 9/09/97, D. jurisp. 1998-546, note S. FARNOCCHIA), le licenciement d'une vendeuse en articles mode pour femmes, qui portait un vêtement « la couvrant de la tête aux pieds », est jugé fondé sur une cause réelle et sérieuse.

165. Soc. 24/03/98 AZAD c/CHAMSIDINE M'ZE, *Dr. Soc.* 1998 – 614 note J. SAVATIER ; CSBP n° 99, p. 132. Selon l'arrêt « l'employeur est tenu de respecter les convictions religieuses de son salarié », mais « celles-ci, sauf clause expresse, n'entrent pas dans le cadre du contrat de travail » ; dès lors « l'employeur ne commet aucune faute en demandant au salarié d'exécuter la tâche pour laquelle il a été embauché dès l'instant que celle-ci n'est pas contraire à une disposition d'ordre public ». La seule limite apparaît dans le respect de l'ordre public.

166. La grille de lecture proposée par les dispositions de l'art. L. 120-2 n'est pas mentionnée.

167. Soc. 10/02/93, Mme MANGASSARIAN, CSB n° 48, p. 75 ; CPH, départ., réf., 20/05/98, M. AISSOU c/SA Carcoop, *Dr. ouv.* 1998-407, droit à une durée de congés payés supérieure à 2 semaines en été, notamment pour un salarié ayant sa famille au Maroc, au nom du droit à une vie familiale normale ; Royaume-Uni : arrêt HAMED, concernant une modification d'horaires entraînant l'impossibilité de participer à une activité religieuse.

Bibliographie

« Sans distinction de... race », *Revue Mots*, n° 33, déc. 1992, actes du colloque « Le mot race est-il de trop dans la Constitution française ? », Paris, mars 1992.

BAMFORTH J. N., « Setting the limits of anti-discrimination law : some legal and social concepts », *Discrimination Law*, p. 49, sous la direction de DINE J. et WATT B., Londres, 1996.

BATAILLE P., *Le racisme au travail,* La Découverte, 1997.

BOURN C., « Equal treatment and managerial prerogatives » in *Discrimination Law*, p. 37.

BRILL J.P., « La lutte contre la discrimination raciale dans le cadre de l'art. 416 du Code Pénal », *Revue de Science criminelle*, 1977-35.

BYRE A., « Égalité de rémunération et valeur du travail en droit anglais : une jurisprudence novatrice », *Droit social* 1988-815.

CHAMPEIL-DESPLATS V., « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français », *Dalloz*, 1995.

CHOISEZ M. et BENOIT-ECK A., « La discrimination dans l'emploi », *Droit social*, 1974-29.

COEURET A., « Droit pénal du travail », JCP 1996, fasc. 82-10.

COEURET A., « Entrave et discrimination », *Droit ouvrier,* 1987-447.

COEURET A. et FORTIN E., *Droit pénal du travail,* LITEC, 1998.

Commission nationale consultative des droits de l'Homme, *Rapport 1997 sur la lutte contre le racisme et la xénophobie*, La Documentation Française, 1998.

Conseil d'État, rapport 1996, *Sur le principe d'égalité,* La Documentation française, 1997.

COSTA-LACOUX J., « Deux fois contre le racisme » in *Face au racisme*, La Découverte, 1991, p. 105.

DAUGAREILH I., « La situation de l'emploi salarié des étrangers en France », *Revue de Droit sanitaire et social,* oct.-déc. 1997, p. 968.

DE RUDDER V., « À Marseille, "la préférence locale" contre les discriminations à l'embauche », *Hommes et migrations* n° 1211, janvier-février 1998.

DE RUDDER V., TRIPIER M., VOURCH F., SIMON V., *La prévention du racisme dans l'entreprise en France*, URMIS, 1996, 52 p.

DEAKIN S. ET MORRIS G.S., *Labour Law*, Butterworths, 1995.

DEWITTE P., « Tabou dans la République », in *Hommes et migrations*, n° 1211 préc.

DINE J. et WATT B. (eds.), *Discrimination Law*, Langman, London, 1996.

DOCKÈS E., « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », *Droit social*, 1997-140.

FOULON-PIGANIOL J., « La lutte contre le racisme », *Dalloz* 1972, chron. p. 56.

FRISON D., *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques*, Erasme, Paris, 1989.

GILBERT G., « The protection of minorities under the european convention on human rights », in *Discrimination law*, p. 150.

GIUDICE F., *Tête de turc en France*, La Découverte, 1989.

GUERDER P., « La poursuite et la répression pénale des discriminations en droit du travail », *Droit social,* 1995-447.

ION J., *La fin des militants*, L'Atelier, Paris, 1997.

JEAMMAUD A., « Le droit constitutionnel dans les relations du travail », *AJDA*, 1991-613.

JEAMMAUD A., « L'état du contentieux judiciaire social », *Droit social*, 1993-445.

JEANTIN M., « Pouvoirs du juge des requêtes en matière prud'homale », *Droit social*, 1995-586.

LANGANEY A., « Les races à l'épreuve de la science », *L'Histoire*, n° 214, oct. 1997.

LEADER S., « Proportionnality and the justification of discrimination », in *Discrimination Law*, p. 110 préc.

LEADER S., « La Grande Bretagne » *in Droit du travail, démocratie et crise,* Actes Sud, Paris, 1986.

LESTER A., « La législation anglaise contre la discrimination », *Droit social*, 1987-791.

LOCHAK D., « L'autre saisi par le droit », in *L'Autre, Études pour Alfred Grosser* sous la direction de BADIE B. et SADOUN M., Presses de Sciences Po, 1996, p. 179.

LOCHAK D., « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, 1987-778.

LOCHAK D., « Les discriminations frappant les étrangers sont-elles licites ? », *Droit social*, 1990-76.

LYON-CAEN A., « La discrimination raciale dans les relations de travail », *Colloque Le droit face au racisme*, Paris La Défense 5/12/97.

LYON-CAEN A., « L'égalité et la loi en droit du travail », *Droit social*, 1990-68.

LYON-CAEN A. et G., *Droit social international et européen*, Dalloz, 1993.

LANQUETIN M.T., « Discrimination à raison du sexe, La directive 97/80/CE du 15/12/1997 », *Droit social*, juill. 1998.

LANQUETIN M.T., « Égalité et discrimination hommes-femmes », *Actualités juridiques,* n° 125, p. 13.

MASSE-DESSEN H., « La résolution contentieuse des discriminations en droit du travail. Une approche civile », *Droit social*, 1995-442.

MATHIEU B., « Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *Dalloz,* 1995.

MAYAUD Y., « Discrimination syndicale et dignité de la personne », *Revue de Science criminelle,* janvier-mars 1998.

MATTHEWS P., « Legal concepts of justifying discrimination », in *Discrimination law,* p. 31.

MCCOLGAN A., « Remedies for Discrimination », *Industrial Law Journal*, vol. n° 3, sept. 1994.

MINÉ M., *Négocier la réduction du temps de travail,* Paris, 1998, Éd. de l'Atelier, p. 49.

MINÉ M., ROSE H. ET STRUILLOU Y., *Le droit du licenciement des salariés protégés*, Economica, 1996.

Rapport annuel de l'inspection du travail 1997, La Documentation française.

RIFKIN J., *La fin du travail*, La Découverte, 1996.

ROWLAND D., « Exemplary Damages and Racial Discrimination », *Industrial Law Journal*, vol. n° 1, mars 1994.

SERVERIN E., « L'application des sanctions pénales en droit social : un traitement juridictionnel marginal », *Droit social,* 1994-654.

TAGUIEFF P.A., *Le Racisme,* Flammarion, 1998.

VERDIER J.M., « Libertés et travail. Problématique des droits de l'homme et rôle du juge », *Dalloz*, 1988, chron. p. 63.

WIEVORKA M., « La production institutionnelle du racisme », in *Le racisme à l'œuvre*, p. 5-15, *Hommes et Migrations*, n° 1211, janv.-févr. 1998.

WRENCH J., « Discrimination formelle et informelle sur le marché du travail européen », *Hommes et migrations*, n° 1211, janv.-févr. 1998.

WRENCH J. ET OWEN D., *Preventing Racism at the workplace*, The UK National Report, Centre for Research in Ethnic Relations, University of Warwick, Coventry, UK, 69 p.

WRENCH J., *Recueil européen de bonnes pratiques pour la prévention de la discrimination raciale et pour la promotion de l'égalité de traitement sur le lieu de travail*, Centre danois des migrations et études ethniques, 1997.