

Les justifications des discriminations

Marie-Ange Moreau
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III

Index

1.	L'encadrement juridique des justifications	155
1.1	Les qualités des justifications	155
1.1.1	Le caractère objectif de la justification	156
1.1.2	La finalité poursuivie par l'employeur	157
1.1.3	Le caractère nécessaire et proportionné des moyens mis en œuvre	158
1.2	Les justifications préétablies	159
1.2.1	L'exigence professionnelle essentielle et déterminante	159
1.2.2	Les justifications spécifiques	160
2.	Le contrôle judiciaire des justifications	162
2.1	Le mode d'intervention du juge national	162
2.1.1	L'admission de justifications générales	162
2.1.2	L'exigence d'une preuve de la justification convaincante	163
2.2	La remise en cause de l'intervention du juge national	166
	Notes	169

Les justifications des discriminations

Marie-Ange Moreau

L'adoption de l'article 13 dans le Traité d'Amsterdam est sans aucun doute une étape essentielle de la construction communautaire : il a permis l'intégration dans le Traité de l'imposante construction jurisprudentielle opérée par la CJCE autour du principe d'égalité de traitement¹ et il montre la volonté du législateur communautaire d'élargir les causes de discriminations condamnées par le droit communautaire : race, origine ethnique, religions, convictions, handicap, âge et orientation sexuelle. Le législateur communautaire s'est donc engagé à mettre en œuvre une politique générale de lutte contre les discriminations dans l'Union Européenne, dans tous les domaines des politiques communautaires.

Le droit de toute personne à l'égalité devant la loi et à la protection contre les discriminations constitue un droit universel reconnu par la Déclaration universelle des droits de l'Homme, la Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, par la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, par le Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques et aux droits sociaux et culturels et par la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, signées par tous les Etats membres. De plus ces principes se trouvent inscrits et /ou appliqués dans toutes les Constitutions des Pays de l'Union qui en bénéficient².

Le champ de la relation de travail reste, bien évidemment le domaine premier de la lutte contre les discriminations.

On peut affirmer que le développement du droit communautaire sur le terrain de la lutte contre les discriminations et de l'égalité de traitement trouve son ancrage dans la construction opérée par la Cour de Justice des Communautés européennes dans le domaine de l'égalité de traitement entre les travailleurs féminins et masculins : il a permis l'émergence de principes généraux de droit communautaire et de l'affinement des « concepts- pivot » d'application du principe d'égalité de traitement comme celui de la discrimination indirecte³.

L'adoption des deux directives en date du 29 juin 2000 pour le texte relatif à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement sans distinction de race ou d'origine ethnique et du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail sont à la fois dans la continuité de la construction juridique antérieure et des tournants importants de la politique communautaire : les discriminations sont appréhendées non pas de façon absolue, comme ce qui a prévalu depuis le Traité de Rome pour l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité, mais de façon relative : les différences de traitement sont appréhendées juridiquement d'une façon qui est construite autour d'une acception différenciée de ces dernières et des causes qui justifient ces discriminations.

L'approche retenue par le droit communautaire est en interaction avec les droits internes des Etats membres⁴ et les controverses créées par les logiques de l'égalité, formelle ou concrète, et le « dilemme de la différence »⁵.

Elle s'appuie sur la nécessité d'appréhender les causes de discriminations dans leur spécificité et d'adopter une procédure commune de lutte contre les discriminations.

Elle s'organise à la fois sur une reconnaissance générale des discriminations directes et indirectes, une inversion de la charge de la preuve, et l'acceptation des actions positives.

Il est clair que l'évolution du droit communautaire est marquée par une montée en puissance du rôle joué par les justifications que le défendeur doit présenter pour éviter une condamnation fondée sur une cause de discrimination : cette ascension du rôle des justifications repose tout d'abord sur la notion même de discrimination indirecte : il s'agit, selon la formule retenue dans les textes des dernières directives « d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique apparemment neutre susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique, d'une religion ou de conviction, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnée, par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifiée par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires »⁶.

Le rôle du facteur justificatif est ensuite évidemment au centre de l'évolution du droit communautaire autour de la charge de la preuve. Les Etats membres doivent aligner leur système de preuves sur les principes fixés dans les différentes directives de droit communautaire relatives aux discriminations⁷ : « la personne qui s'estime lésée par le non-respect du principe d'égalité de traitement doit établir devant la juridiction nationale des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte et c'est au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe d'égalité de traitement ».

Cette preuve repose donc sur les justifications que peut présenter l'employeur.

Enfin, les droits internes en matière de discrimination sont en pleine évolution puisque la directive 97/80 sur la charge de la preuve concernant les inégalités de traitement entre les travailleurs féminins et masculins est entrée en vigueur⁸. Les deux directives de 2000 sont à l'heure actuelle en cours de transposition dans les différents Etats membres. En France, la loi du 16 novembre 2001 a opérée cette transposition. La jurisprudence donne quelques exemples de traitement des justifications, en particulier en matière syndicale⁹.

L'approche des discriminations sous un angle volontairement construit autour de la relativité des différences est trop récente pour qu'un regard puisse être porté d'une façon systématique sur l'évolution dans les droits nationaux, même si certains pays ont déjà transposé les directives de l'année 2000 et comme en France, procédé à l'application anticipée des règles communautaires : la question la plus actuelle est plutôt de savoir si, à l'avenir, le juge national conserve une totale liberté d'appréciation des justifications ou non.

La question est évidemment cruciale car le juge en acceptant la justification du comportement ou de l'acte de l'employeur va devoir arbitrer entre les valeurs qui sous-tendent la protection de la personne et les valeurs portées par le marché, qui sont le plus souvent au centre des justifications de l'employeur.

L'admission d'une justification permet en quelque sorte un « rachat de la discrimination »¹⁰.

Puisque le droit communautaire encadre les pratiques judiciaires nationales, il est utile dans un premier temps de se pencher sur la construction qui a été opérée par la Cour de Justice sur les standards de contrôle de ces justifications, standards qui sont repris dans les directives et adaptés ou circonscrits pour chaque cause de discrimination (I).

Une fois le cadre de qualification des standards judiciaires précisé, il conviendra de s'interroger sur le mode d'intervention de ces justifications dans les pratiques judiciaires, autour de quelques interrogations (II): peut-on à l'heure actuelle construire une politique judiciaire européenne de lutte contre les discriminations, y a-t-il une cohérence qui puisse être construite par les juges à partir des objectifs économiques et sociaux du Traité, dans le cadre de la lutte contre les discriminations au plan communautaire ? Les standards de contrôle actuels des justifications sont-ils suffisants pour assurer le respect des objectifs du droit communautaire ?

1. L'encadrement juridique des justifications

Dans la mesure où les directives 2000/43 du 29 juin 2000 et 2000/78 du 27 novembre 2000 s'inscrivent dans une continuité, les règles dégagées par la Cour de Justice dans le cadre de la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre les travailleurs masculins et féminins sont des guides d'interprétation qui s'imposent : qu'il s'agisse des standards dégagés pour qualifier les discriminations indirectes ou de l'application des règles sur l'aménagement de la charge de la preuve, l'approche communautaire est identique puisque les nouveaux textes reprennent dans la définition de la discrimination indirecte l'intervention de la justification, tout comme en matière de charge de la preuve, elles renvoient à la même preuve d'une justification à la charge de l'employeur.

Même si la justification n'est pas invoquée dans le même cadre ni au même moment, dans le contentieux de la discrimination, elle a une fonction identique qui explique que son appréhension par le juge soit opérée à partir des mêmes critères de référence¹¹.

On constate que la Cour de Justice a dégagé des qualités générales que doivent avoir les justifications présentées par l'employeur (1.1) sans égard à la nature économique de la justification ou à l'origine de celle-ci et les textes prévoient également des justifications générales qui sont érigées en véritables exceptions (1.2).

1.1 Les qualités des justifications

Dès l'arrêt *Bilka*¹² la CJCE a indiqué que lorsque il était prouvé qu'un groupe statistiquement identifié faisait l'objet d'une disposition défavorable, l'employeur pouvait démontrer que la mesure susceptible de masquer une discrimination était justifiée à condition d'obéir à un objectif légitime, étranger à toute discrimination, à partir de moyens répondant à un véritable besoin de l'entreprise, nécessaire et proportionné. Les mêmes critères sont repris par les directives : les justifications doivent être objectives, justifiée par un objectif légitime, mises en œuvre par des moyens appropriés et nécessaires.

1. 1.1 Le caractère objectif de la justification

Il implique évidemment que la justification ne soit pas subjective, donc ne soit pas liée à la personne elle-même : en d'autres termes, dès que la justification invoquée par l'employeur est susceptible de se rapporter à une caractéristique de l'individu, elle risque de devenir discriminatoire, particulièrement dans le domaine des discriminations indirectes où le groupe identifié est toujours un groupe qualifié, le plus souvent statistiquement¹³, même si dans les nouvelles directives il doit seulement être identifiable.

Ainsi la Cour n'a pas accepté que l'employeur invoque le mauvaise qualité du travail des femmes (par ce que sont des femmes...) ¹⁴.

L'exigence d'un critère objectif a pour intérêt d'éviter les appréciations judiciaires différentes. Bien évidemment cette exigence renvoie aux raisons « économiques objectivement justifiées » tirées de l'état du marché du travail ou de la situation économique de crise sur un marché. Ces raisons peuvent être tirées de la gestion de l'entreprise ¹⁵ ou de directives prévues par la législation nationale : la disposition est objective « si elle s'inscrit dans un ensemble de mesure visant à alléger les contraintes sur les petites entreprises lesquelles jouent un rôle essentiel dans la création d'emplois » ¹⁶.

Le critère objectif doit par définition être étranger à toute discrimination : cette affirmation, qui semble évidente, est cependant rappelée par la Cour car très souvent dans les affaires de discriminations indirectes, les étapes du raisonnement sont mal identifiées entre la phase d'identification de la présomption de discrimination qui touche un groupe (par ex travailleurs à temps partiel étant des femmes) et la justification invoquée par l'employeur (nécessité du temps partiel pour répondre aux besoins de flexibilité)¹⁷ : ainsi le glissement entre les deux peut apparaître facilement lorsqu'il s'agit de statuer sur le droit de maintien du salaire en cas de maladie accordé aux seuls travailleurs effectuant un nombre minimal d'heures par mois ou par semaine ¹⁸ ou d'une différence de rémunération calculée sur l'ancienneté réservée aux travailleurs qui ont un nombre d'heures suffisant ¹⁹. L'employeur sait que le groupe de travailleurs privés de l'avantage est composé de façon prépondérante de femmes mais la justification sera toujours liée à la nécessité de favoriser les salariés investis de façon importante dans l'entreprise.

Ce standard du critère objectif permet donc d'accepter toutes sortes de raisons : ainsi dans l'arrêt Enderby²⁰ la situation du marché de l'emploi a été admise pour justifier une différence de rémunération entre les travailleurs masculins et féminins. Dans d'autres arrêts, des éléments concernant la main d'œuvre, l'exigence de dextérité ou de flexibilité dans les horaires de travail ²¹, la promotion de l'emploi ou la formation professionnelle ²² ont aussi été invoquées.

Les arguments tirés de la gestion de l'entreprise et des exigences du marché du travail peuvent donc être invoqués à l'infini. La Cour n'attache pas d'importance à l'origine de la justification : qu'elle soit tirée d'un choix patronal propre à l'entreprise ou d'un argument venant de la législation nationale²³, comme le respect de la politique sociale²⁴ ou la clause de choix social dans les procédures de licenciement²⁵, la justification sera toujours objective.

La Cour, en insistant sur le renvoi de leur appréciation au juge national, particulièrement dans la période récente,²⁶ semble bien considérer que cette qualité n'est pas suffisante pour contrôler la pertinence de la situation afin de lutter efficacement contre les discriminations.

1.1.2 La finalité poursuivie par l'employeur

La Cour opère un contrôle de la légitimité du but poursuivi par l'employeur, donc se réserve la possibilité d'apprécier sa réalité et son adéquation, en fonction de la taille de l'entreprise, du secteur professionnel, de la période de référence etc...

Ce critère, extrêmement proche du précédent, a pour raison d'être de forcer le juge national à aller rechercher les mobiles réels de l'employeur : ils seront le plus souvent cachés, surtout bien sûr s'ils sont en relation avec le sexe, la religion, l'âge, ou l'orientation sexuelle des salariés.

La justification économique se trouve systématiquement acceptée puisque, par hypothèse, le développement économique, dans le cadre de la compétitivité économique dans l'Union Européenne est un objectif premier et donc légitime.

Le contrôle de la légitimité de la justification n'évite pas certains glissements : ainsi dans l'affaire Lewen²⁷, la Cour a admis qu'un employeur refuse une prime à une salariée qui était en congé d'éducation, au motif que cette prime n'était versée qu'en contre-partie de la présence du salarié dans l'entreprise. Il est évident que le congé faisant suite à un congé de maternité est utilisé de façon prépondérante par les femmes : l'objectif visé par la prime de lutte contre l'absentéisme dans l'entreprise, si légitime soit-il, était-il pour autant étranger au sexe ? Ce glissement, qui correspond à la valse hésitation que l'on a retrouvé en droit interne français²⁸, est la conséquence des deux approches de l'égalité, égalité abstraite, égalité concrète.

Le droit communautaire cependant, dans son ensemble, cherche à atteindre une égalité concrète et cet objectif, particulièrement net dans les nouvelles directives, devrait être privilégié par la Cour.

Ici encore, on constate que ce contrôle par la finalité de la justification peut permettre d'accepter toutes les justifications. En Grande-Bretagne, pays dans lequel le contrôle judiciaire des justifications est ancien, on dénonce la trop facile admission des arguments économiques, très liée à l'environnement économique libéral, voir ultra libéral, et la confiance qu'ont les juges dans la régulation marchande des rapports de travail²⁹.

Le contrôle de la finalité du but poursuivi a cependant une fonction négative : si l'employeur ne convainc pas le juge de la pertinence de son objectif, le juge peut alors facilement déduire que la finalité poursuivie n'est pas étrangère à toute discrimination³⁰. Ainsi, dans l'arrêt Danfoss, la Cour a considéré que la justification fondée sur l'intérêt du système de rémunération de l'entreprise ne pouvait être admis en raison de son opacité. Dans un système de majoration individuelle des salaire, caractérisé par un manque total de transparence, la différence de traitement entre les hommes et les femmes sera considérée comme discriminatoire.

La Cour impose à l'employeur d'avoir opéré un choix de politique délibéré dans ses décisions lorsqu'elles entraînent une différence de traitement et de pouvoir s'en expliquer : dès lors que la politique suivie est opaque ou non transparente, la finalité pourra être considérée comme discriminatoire³¹. Dans le cadre du régime d'aménagement de la preuve, toutes les politiques non affirmées des employeurs ou reposant sur une opacité des critères décisionnels sont discriminatoires.

La directive du 29 juin 2000 impose que l'objectif soit légitime et étranger à toute forme de discrimination raciale ou ethnique : on peut estimer que l'employeur devra prouver qu'il a pris en considération l'effet de sa mesure sur le

groupe ou les salariés concernés.³²

La preuve du caractère volontaire et transparent de la mesure prise par l'employeur est en outre de nature à favoriser le contrôle du caractère nécessaire et proportionné de la mesure.

1.1.3 Le caractère nécessaire et proportionné des moyens mis en œuvre

Le contrôle du caractère nécessaire et proportionné des moyens mis en œuvre par l'employeur permet au juge d'évaluer leur adéquation avec l'objectif poursuivi : ainsi les juges devront vérifier que le système de rémunération mis en œuvre permet bien d'attirer des candidats³³ ou de les fidéliser par les systèmes fondés sur l'ancienneté des salariés travaillant à temps plein, que la flexibilité dans les systèmes de rémunération permet de compenser la souplesse exigée des salariés dans l'organisation du travail³⁴, que le système de prime évite l'absentéisme³⁵.

Le contrôle du caractère nécessaire de la mesure permet de vérifier la réalité de cette dernière et évite que des justifications qui reposent sur des modèles stéréotypés de comportement ne soient mis en œuvre dans les entreprises³⁶ : ainsi cela empêchera l'employeur d'invoquer indûment des considérations commerciales face à des salariés qui se sentent concernés par une mesure d'exclusion fondée sur l'âge, l'orientation sexuelle ou le handicap.

Le contrôle strict de l'exigence d'un lien de causalité directe entre la justification et l'objectif légitime invoqué par l'employeur s'avère extrêmement important, notamment dans toutes les situations dans lesquelles est établie une présomption de discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique : les exigences de qualification professionnelle conduisent-elles à exclure des salariés d'origine maghrébine d'un travail temporaire, les conditions médicales d'aptitude constatées par un médecin du travail sont-elles réelles et indispensables pour le poste pour refuser l'aptitude à un salarié de peau noire, les nécessités de sécurité dans l'entreprise justifient-elles qu'un salarié handicapé ne bénéficie pas d'une promotion etc... ?

Le caractère proportionné des moyens mis en œuvre est, enfin, de nature à réduire l'atteinte, jugée par ailleurs légitime, aux droits des personnes.

L'exigence crée par ce contrôle de proportionnalité permet un contrôle des choix patronaux sur le terrain des résultats atteints. La balance entre les intérêts en cause est une technique générale du droit communautaire³⁷ qui oblige le juge à aller rechercher si l'objectif ne pouvait pas être atteint par des moyens différents qui ne portent pas atteinte aux droits des personnes³⁸. Ainsi l'admission au stage juridique, de façon préférentielle pour les candidats masculins ayant dû accomplir le service militaire n'est pas disproportionné car il ne joue que durant une période courte, en correspondance avec le retard subi³⁹.

Le juge, jusqu'à présent, analyse le caractère proportionné à partir de la situation objective de l'entreprise, sans référence à une obligation d'intervention positive de règlement de la situation lézant les droits des personnes⁴⁰.

Ces qualités que doivent présenter les justifications sont donc des standards de référence qui lient le juge national dans son appréciation des justifications.

L'analyse de ces qualificatifs montre que le cadre de référence est fixé par le droit communautaire mais qu'il est laissé à l'appréciation du juge national. Le droit français sur le terrain de l'analyse des justifications est pauvre car la notion de discrimination indirecte vient d'être introduite dans la loi du 16 novembre 2001 et n'avait eu aucun écho dans la jurisprudence française. Les juges nationaux ont par contre opéré un tournant en matière de preuves des discriminations depuis 1999⁴¹

qui permet le développement, très nouveau, d'un contentieux jusque là « infirme », surtout sur le terrain de la discrimination syndicale⁴², en raison de l'interaction qui existe entre le régime de la preuve et l'admission, au fond de la discrimination⁴³.

Les juges français, jusqu'à présent, ne reprennent pas systématiquement l'analyse des qualités des justifications que présente l'employeur, pour se focaliser sur la preuve que les arguments invoqués par l'employeur sont étrangers à toute discrimination⁴⁴. Ce droit de la discrimination reste en France très récent, en raison de la très grande difficulté d'intégration en France du raisonnement communautaire⁴⁵.

Le renvoi au juge national pour apprécier les justifications se retrouve également pour les justifications spécifiques qui sont retenues dans les deux directives du 29 juin 2000 et du 27 novembre 2000.

1.2 Les justifications préétablies

Il est important de souligner que les deux directives ont cherché à préciser les exceptions générales. On constate que le législateur communautaire ne traite pas de façon similaire les causes de discriminations : il a pris en compte les exigences économiques ou les situations sociologiques diverses des Etats membres pour prévoir de très larges exceptions. Les Etats membres peuvent exclure les forces armées de du champ d'application de leur législation⁴⁶. L'exception tirée des exigences professionnelles⁴⁷ est une exception générale pour toutes les causes de discrimination.

Des justifications spécifiques sont aussi prévues en raison de l'âge et du handicap du travailleur.

1.2.1 *L'exigence professionnelle essentielle et déterminante*

L'article 4 de la directive du 29 juin 2000 laisse les Etats membres autoriser une différence de traitement fondée sur un motif discriminatoire lorsque « en raison de la nature de l'activité professionnelle ou des conditions de son exercice la caractéristique en cause constitue une exigence essentielle et déterminante ».

L'article 4 de la directive du 27 novembre 2000 est rédigé dans les mêmes termes. En outre, l'objectif doit être légitime et proportionné.

Les textes reprennent l'exception générale introduite dans la directive 76/207 relative à l'égalité de traitement dans les conditions de travail entre les travailleurs masculins et féminins.

On sait que la CJCE a fait une interprétation très restrictive du texte afin de favoriser l'objectif d'égalité. Le texte ne vise à l'origine que la « condition déterminante » mais, au fil des arrêts, la Cour a cherché à cerner les emplois pour lesquels le sexe était réellement une condition essentielle. La Cour a rendu un nombre important d'arrêts concernant les emplois dans le cadre de la police des forces armées et des forces d'intervention d'urgence. Elle restreint, on le sait, les postes pour lesquels le sexe est une condition déterminante et essentielle aux postes qui supposent une activité en contact avec des situations de grande violence⁴⁸.

Cette appréciation, qui est toujours au fil des arrêts susceptibles d'une interprétation plus ou moins stricte, a toujours été guidée par le respect de l'objectif essentiel de la politique communautaire.

Il est évident que la Cour de Justice va devoir identifier les emplois pour lesquelles la race ou l'origine ethnique, la religion, l'âge ou le handicap sont des

conditions essentielle et déterminante. Il est aussi certain qu'elle fera de cette exception une interprétation restrictive.

Il reste que la conception même de ce qui peut être déterminant et essentiel est laissé à l'appréciation du juge et donc soumis à l'évolution des idées et de la société. Cela renvoie cependant au caractère évolutif du droit communautaire, qui est particulièrement nécessaire dans l'évaluation des discriminations.

La directive du 27 novembre 2000 aussi prévu des dispositions spécifiques pour les postes offerts dans les entreprises dites « de tendance ». La directive permet à un Etat membre de maintenir ses dispositions mais non d'en adopter de nouvelles.

La différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions d'une personne ne constitue pas une discrimination si la religion ou les convictions constituent une exigence essentielle, légitime et justifiée à l'égard de l'éthique de l'organisation.

Ici encore, seule les qualités de l'exigence sont précisées et renvoie à l'appréciation en fait du juge national. Les limites mises en place par le droit communautaire consistent à opérer un renvoi aux droits constitutionnels internes des Etats membres.

En France, aucune disposition sur ce point n'a été intégrée dans la loi du 16 novembre 2001. La jurisprudence antérieure qui contrôle les exigences spécifiques des entreprises de tendance tout en les admettant ne devrait pas être remise en cause par le droit communautaire⁴⁹.

Le juge pourra faire un contrôle de l'adéquation entre les exigences de l'employeur et l'implication religieuse et éthique du salarié. Le contrôle de la légitimité des exigences de l'employeur risque d'être sur ce point particulièrement délicat : la légitimité doit-elle être appréciée par rapport à l'importance de l'exigence ou à sa nature ? En d'autres termes, le juge sera-t-il autorisé à vérifier par le biais de ce contrôle la légitimité de la croyance ou de la conviction ?

La relativité de la notion de discrimination est encore plus frappante lorsque l'on s'attarde aux justifications spécifiques.

1.2.2 Les justifications spécifiques

Elles sont le résultat des compromis qui ont dû être opérés à deux niveaux : d'une part au niveau traditionnel des Etats membres de l'Union, lors de l'élaboration des directives, mais également au niveau communautaire

entre les objectifs économiques qui prédominent dans le cadre des politiques de l'emploi, dans la ligne du « processus de Lisbonne », et les objectifs fondamentaux tels qu'ils sont énoncés dans le cadre de l'article 13.

Concernant les personnes handicapées, l'employeur est tenu de faire des aménagements raisonnables, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. Les critères de l'appréciation du raisonnable seront laissés au juge ; le caractère non disproportionné des charges sera fonction de la taille et des moyens de l'entreprise.

La directive a pour mérite de forcer les Etats qui n'ont pas mis en œuvre de politique en faveur des personnes handicapées d'en amorcer une, dans la mesure où le refus de l'employeur de conserver un salarié handicapé pour des raisons d'aménagement de poste sera en soi, à l'avenir, discriminatoire. De même, les obligations de formation pour permettre l'accès au poste devront être instituées dans les Etats membres.

Mais les obstacles d'ordre financier sont toujours justifiés. Ils seront contrôlés par le juge. Ici les justifications spécifiques permettent à l'employeur d'écarter toute discrimination dès lors que la preuve de la lourdeur de la charge financière créée par l'intégration de la personne handicapée est rapportée.

Le législateur français n'a pas considéré nécessaire d'introduire une disposition spécifique en raison de la multiplicité des textes relatifs aux personnes handicapées qui prévoient une priorité d'accès à l'emploi⁵⁰, l'aménagement des locaux⁵¹, l'organisation des financements dans le cadre de l'Agefip⁵² et surtout les obligations d'adaptation du poste et de reclassement qui s'imposent à l'employeur lorsque le salarié devient inapte et handicapé⁵³.

On peut cependant regretter que le législateur français n'ait pas profité de l'occasion pour proclamer une obligation générale d'aménagement raisonnable des postes dans l'entreprise en faveur des personnes handicapées, qui aurait peut-être eu un effet sur les partenaires sociaux pour accélérer la conclusion d'accords collectifs en faveur de l'insertion des personnes handicapées⁵⁴. Le juge national pourra toujours, si l'occasion se présentait, considérer, dans le cadre de l'obligation d'interpréter le droit français conformément au droit communautaire, qu'il peut la mettre en oeuvre.

Concernant les justifications fondées sur l'âge, elles sont décrétées être légitimes lorsqu'elles sont fondées sur les politiques de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle. L'article 6 donne une liste non limitative des justifications admises sans contrôle judiciaire : on peut se demander dans quels cas pourra encore apparaître une discrimination fondée sur l'âge puisque la liste, au demeurant indicative, justifie toute les situations d'exclusion fondées sur l'âge, tant dans le cadre de l'emploi que dans celui des régimes professionnels de protection sociale.

La loi française a intégrée dans l'article L. 122-45-3, la liste des différences légitimes consistant en l'interdiction d'accès à l'emploi ou en la mise en place de conditions de travail spéciales en vue d'assurer la protection des jeunes et des travailleurs âgés, la fixation d'un âge minimum pour le recrutement fondé sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite.

Le juge a tout de même l'obligation de vérifier que les différences de traitement fondées sur l'âge sont objectivement et raisonnablement justifiées, par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires⁵⁵.

Cette analyse des justifications, telles qu'elles sont encadrées par le droit communautaire montre que l'objectif de lutte contre les discriminations a été mis en place par un élargissement de la politique communautaire à de nouvelles causes de discriminations mais en ouvrant les possibilités de justifications donc de légitimation des faits discriminants de la façon la plus large. On peut les présenter comme des contre-poids de l'évolution qui, sur le terrain de la reconnaissance des discriminations, est favorable aux personnes lésées, surtout sur le terrain des discriminations indirectes et qui est aussi défavorable aux employeurs en raison l'aménagement de la charge de la preuve.

Cette admission très large des justifications rend cependant la poursuite de l'objectif de lutte contre toutes les formes de discriminations plus insaisissable : mais certains ne la trouveront-ils pas plus cohérente avec la construction économique du marché européen ?

La reconnaissance des discriminations est donc fortement relative. Son efficacité dépend de la ténacité du juge puisque ces standards de contrôle reposent tous sur la pertinence de l'analyse du juge dans l'appréciation de ce qui est « objectif », « légitime », proportionné » « nécessaire », « raisonnable », « déterminant » et « essentiel ».

Le droit des discriminations est un droit d'adjectifs éminemment relatif.

2. Le contrôle judiciaire des justifications

La Cour de Justice et le législateur communautaire renvoient l'admission des justifications au juge national. L'influence ici du droit anglo-saxon est nette : la confiance faite au juge, dans l'application des standards de qualification a toujours été beaucoup plus forte dans les pays de Common Law.

L'expérience montre aussi que la diversité des faits et leur complexité en matière de discrimination exigent qu'une très large latitude d'appréciation soit laissée au juge.

La confiance dans l'appréciation laissée au juge national permet aussi une appréciation évolutive des justifications en fonction de l'évolution de la société.

En outre, cette confiance dans l'appréciation judiciaire est la pierre angulaire du système de preuve aménagé par les trois directives de 1997 et 2000.

Aussi peut-il être utile de se pencher sur le mode d'intervention du juge national en matière de justification avant de s'interroger sur ses limites.

2.1 Le mode d'intervention du juge national

Les tendances ne nous semblent pas uniformes : d'une part il semble que l'on constate que la très grande relativité qui est instaurée par le droit communautaire dans la construction du droit des discriminations en ce qui concerne l'admission des justifications conduise à une possibilité d'admettre des justifications générales et abstraites qui sont des portes ouvertes sur l'admission de différences de traitement discriminatoires et que d'autre part, les juges cherchent au niveau concret à ne retenir que les justifications qui les aient convaincus.

2.1.1 *L'admission de justifications générales*

Cette première tendance vient tout d'abord d'une orientation de la Cour qui tend à admettre systématiquement les justifications économiques. Même si les textes renvoient à l'appréciation par le juge national des caractéristiques des justifications, la Cour se réserve de contrôler la légitimité des objectifs « lorsque la question porte sur la conformité d'une législation nationale ou d'une disposition conventionnelle avec le droit communautaire »⁵⁶. Le plus souvent cependant, il s'agit d'une question de gestion de l'entreprise ou de politique sociale des Etats. Dans l'arrêt Kachelmann, la Cour affirme très nettement « qu'en l'état du droit social communautaire la politique sociale relève des Etats membres, lesquels disposent d'une marge d'appréciation raisonnable en ce qui concerne la nature des mesures de protection sociale et les modalités concrètes de leur réalisation. De telles mesures, si elle sont aptes à atteindre cet objectif et nécessaire à cet effet et si elles sont donc justifiées par des raisons étrangères à toute discrimination fondée sur le sexe, ne peuvent être considérées comme une violation du principe d'égalité de traitement ».

Cette orientation récente de la CJCE montre que si elle laisse le juge national appliquer ses critères, qui laissent, comme on l'a vu, une très large part aux critères

marchands, elle souhaite tout de même conserver la maîtrise de l'appréciation des justifications relatives à la politique sociale : cela laisse un champ important aux Etats qui souhaitent instituer des différences de traitement dans le cadre de leur politique sociale⁵⁷.

La Cour admet très largement les justifications tirées des politiques sociales des Etats, tout en vérifiant tout de même qu'elles sont étrangères à toute discrimination⁵⁸.

Il est particulièrement intéressant de souligner que Monsieur l'Avocat général Saggio avait insisté dans cette affaire pour ne pas opérer de généralisation a priori des justifications et obliger les juges nationaux à examiner au cas par cas la situation des travailleurs afin qu'ils constatent si, dans le cas précis, l'application du critère de choix social différenciant les travailleurs à temps plein des travailleurs à temps partiel dans le cadre de la législation allemande⁵⁹ était constitué, contrat par contrat. La Cour n'a pas suivi sa position qui cependant s'appuyait sur des précédents dans lesquels la Cour avait pu admettre « qu'une simple généralisation concernant certaines catégories de travailleurs ne permet pas de dégager des critères objectifs et étrangers à toute discrimination »⁶⁰.

L'approche concrète au cas par cas en évitant la généralisation des justifications n'est donc pas retenue par la Cour alors qu'elle semble cependant être une garantie au niveau individuel. Elle laisse cependant toute liberté au juge national dans l'appréciation des preuves qui lui sont soumises.

2.1.2 L'exigence d'une preuve de la justification convaincante

C'est dans le cadre de l'appréciation des preuves des justifications que se décèlent une tendance plus protectrice pour les salariés.

Le système d'aménagement de la charge de la preuve repose sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour de Justice depuis 1993, qui a cherché à faciliter la reconnaissance des discriminations en limitant l'objet de preuve pour le demandeur aux faits qui font apparaître une différence de traitement. Le défendeur a la charge de la preuve de la justification. Cette modification de la charge de la preuve a suscité en France de lourdes polémiques tant sur le plan idéologique que sur le plan technique. La loi du 16 novembre 2001 a ainsi transposé les directives du 29 juin 2000 et du 27 novembre 2000 en précisant que le demandeur doit « soumettre au juge des éléments de faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ». La même formule a été reprise par le législateur français dans la loi du 17 janvier 2002 dans ses dispositions relatives à la preuve du harcèlement moral : la personne qui s'estime lésée à la suite d'agissements répétés de harcèlement moral a aussi à « présenter des éléments de fait qui laissent supposer l'existence d'un harcèlement ».

Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement.

Le Conseil Constitutionnel a émis sur cette disposition une réserve d'interprétation en précisant que la faveur faite aux demandeurs ne saurait les dispenser d'établir la matérialité des faits précis et concordants.

Le rappel de l'exigence de faits précis et concordants ne nous semble pas en opposition avec la logique du droit communautaire qui impose que la preuve des faits créant une différence de traitement ou un harcèlement soit effectuée.

Il semble important qu'il n'y ait pas de confusion entre l'instauration d'une présomption de discrimination et l'apparence d'une discrimination.

La formulation de la loi du 16 novembre 2001, tout comme la jurisprudence précédente de la CJCE, nous semble pouvoir être conciliée avec l'exigence posée par le Conseil constitutionnel concernant le harcèlement moral. Il serait en effet éminent fâcheux que les deux textes, rédigés de façon similaire et contribuant à créer un droit uniforme de protection des droits fondamentaux des personnes fassent l'objet de deux modes d'application différents.

Il semble clair ici, que la preuve des allégations, entendues selon la formule de Motulsky comme « toutes les circonstances de fait répondant aux éléments générateurs de droit »⁶¹, est au cœur du nouveau régime de la preuve. Elle doit être présentée au juge avec soin et précision⁶².

Il est clair qu'en droit communautaire, tout comme en droit interne français, les juges ont exigé d'une part la preuve de faits précis et concordants permettant de considérer qu'une différence de traitement existait qui pouvait être discriminatoire et d'autre part la preuve à charge de l'employeur de contester le caractère discriminatoire d'une justification à partir d'éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Il apparaît cependant que les juges cherchent, peut-être dans la ligne de ce qui est une exigence de preuve aux Etats-Unis et au Canada⁶³, à être convaincus par la justification invoquée par l'employeur. Cette conviction s'opère bien sûr par le constat de son caractère légitime et nécessaire mais il semble que la conviction du juge sur la justification soit essentielle.

Cette force de l'exigence de conviction est confirmée dans la loi du 16 novembre 2001 en matière de discrimination⁶⁴ et dans la loi du 17 janvier 2002 sur le harcèlement moral : « le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, les mesures d'instructions nécessaires ».

Des exemples permettent de souligner le rôle joué par la nécessaire conviction du juge : ainsi dans l'affaire Enderby, le juge a admis que la pénurie de candidat pouvait justifier le fait que l'employeur attire par une rémunération plus élevée les salariés. Mais il exige d'aller plus loin et que soit vérifié « dans quelle mesure ces objectifs justifient une différence de rémunération ».

Le juge communautaire impose en fait au juge national d'être convaincu de la nécessité de la différence de traitement.

De même dans certaines affaires, la Cour n'a finalement pas retenu la justification économique : ainsi dans l'affaire Rinner-Kühne, le juge communautaire n'a pas retenu l'argument tiré de la moindre intégration des travailleurs à temps partiel dans l'entreprise ou le lien de dépendance économique moins étroit vis à vis de ces salariés.

Cette exigence de conviction face à la justification avancée par l'employeur a donc une portée transversale dans le contrôle des caractères que doit avoir la justification.

Cette même tendance se retrouve dans la jurisprudence française.

Tout d'abord dans le domaine des inégalités de rémunération, la Cour de cassation qui a mis en œuvre le nouveau régime de la preuve a très clairement affirmé dans un arrêt en date du 19 décembre 2000⁶⁵ que l'employeur n'avaient pas apporté de raisons objectives convaincantes, expliquant la différence de rémunération entre les hommes et les femmes, « dès lors que les femmes travaillaient la nuit comme les hommes, qu'elles avaient une ancienneté au moins égale à celle des hommes, et que leurs fonction réelles étaient de valeur égale à celle

des hommes, l'apport des nouvelles techniques ayant pour effet de rendre les différents postes de travail sur machines d'une technicité équivalente ».

En matière de discrimination syndicale, les arrêts révèlent aussi que les justifications doivent être convaincantes pour faire écarter toute discrimination.

De façon anticipée, la Cour de cassation a appliqué les nouvelles règles de preuves aux discriminations opérées dans le cadre des déroulement de carrière des représentants syndicaux : après avoir prouvé que les carrières des représentants syndicaux avaient fait l'objet de différences de traitement très significatives sur de longues durées, les juges ont dû aller rechercher si l'employeur avançait des justifications légitimes, étrangères à toute discrimination : ni les griefs retenus contre les salariés⁶⁶, ni leur insuffisance professionnelle, ni les exigences de formation, ni les réticences des salariés à adapter ou parfaire leurs compétences professionnelles n'ont été retenus⁶⁷. Dans l'arrêt en date du 4 juillet 2000⁶⁸, la Cour considère que, pour justifier le retard de promotion du salarié protégé, l'employeur invoquait des critères objectifs de compétence professionnelle, mais « il ne fournissait aucun élément de nature à établir que la situation professionnelle du salarié était la seule cause des disparités constatées ».

C'est non seulement la nature de la justification invoquée, tenant aux besoins de l'entreprise et à l'intérêt de l'entreprise, ou leur caractère légitime et objectif qui ont été à l'origine de leur rejet mais aussi leur absence de pertinence au regard de la conviction concrète que le juge doit avoir face à l'absence de discrimination.

On peut être cependant frappé par les justifications invoquées par les employeurs face aux déroulements de carrières : ils ont tout simplement soutenu que les avancements se faisaient au choix et qu'il n'était pas prouvé que ces affectations n'étaient pas conformes aux qualifications professionnelles des salariés qui se prétendaient lésés⁶⁹.

Ces arguments posent très directement la question du mode de contrôle du juge sur le mode de gestion des avancements de l'employeur⁷⁰ : « si le juge n'a pas à se substituer à l'employeur, il lui appartient de vérifier en présence d'une discrimination syndicale les conditions dans lesquelles s'est déroulée la carrière de intéressée ». Les juges ne peuvent être convaincus dans le cadre d'une affaire de discrimination syndicale, comme dans l'affaire jugée par la Cour de cassation, le 13 février 2001, par une justification fondée sur l'appréciation par l'employeur « des mérites des salariés, qui peut aboutir à une appréciation globale négative »⁷¹. En d'autres termes, l'employeur ne peut fonder sa justification sur les seules modalités d'exercice du pouvoir de direction, en raison du manque d'objectivité de l'argumentation.

Cette conviction basée sur les faits concrets de chaque affaire est en fait le mode de contrôle qui était réclamé par Monsieur l'Avocat général Saggio dans ses conclusions dans l'affaire Kachelmann.

On peut aussi penser que cette exigence de conviction du juge est le résultat induit de la répartition effectuée par les nouvelles directives en matière de charge de la preuve, puisque le risque de la preuve pèse sur l'employeur.

Cette exigence de conviction est aussi permise par le mode de contrôle des qualités que doivent avoir les justifications, puisque le juge national a la possibilité d'apprécier au regard de ses propres valeurs la pertinence des arguments économiques invoqués par l'employeur et leur lien de causalité avec les faits constatant les différences de traitement.

Il apparaît donc que les approches des justifications n'obéissent pas toujours à une démarche parfaitement cohérente.

La construction générale cependant repose, à partir du mode de contrôle fixé par la Cour de Justice, à laisser le juge national apprécier selon son système propre de preuves et son propre système de valeurs si la justification est convaincante ou non.

Le résultat, qui mériterait d'être vérifié par une très large étude dans les différents pays de l'Union, est que, nécessairement, l'admission de la justification va être conditionnée par le contexte politique, économique et philosophique du juge.

On peut donc également se demander si c'est bien au niveau du juge national que les arbitrages sur ces justifications doivent arrêtés ou si cette fonction ne devrait pas appartenir à d'autres sphères⁷².

Cette construction, parce qu'elle repose à la fois sur une relativité de l'approche des discriminations et parce qu'elle renvoie à une conviction du juge qui, bien qu'encadrée est déterminante, conduit un certains nombres d'interrogations.

2.2 La remise en cause de l'intervention du juge national

Le renvoi pour l'appréciation du caractère nécessaire et légitime de la justification au juge national a bien évidemment pour inconvénient de laisser au juge national une liberté d'appréciation extrêmement forte puisque la Cour de Justice ne se prononce pas sur les valeurs qui pourraient conduire les juges nationaux à trouver une ligne commune.

Or, il semble bien que malgré le mode de preuve qui favorise sans aucun doute les personnes qui sont victimes de discrimination, le juge national va avoir à arbitrer et à établir un équilibre entre les impératifs économiques portés par les exigences de compétitivité et, plus généralement, sur les valeurs marchandes et la protection des droits des personnes. Lorsque par exemple, l'employeur invoquera les charges que suppose l'emploi d'un travailleur handicapé, le juge devra apprécier, à partir du caractère raisonnable et proportionné, la ligne de partage entre l'intérêt de l'entreprise et la protection des personnes handicapées. Entre l'organisation de l'entreprise et la protection des modalités de prière pour les salariés musulmans ou le refus d'un travail dans une boucherie en raison de convictions religieuses, le juge devra aussi arbitrer.

Cet équilibre entre les valeurs qui s'opposent est encore plus difficile à opérer face à une discrimination indirecte.

On pressent que l'absence de lignes directrices sur les valeurs que le juge doit faire prévaloir peut avoir pour conséquence d'accroître l'imprévisibilité des évaluations des causes justificatives et de creuser le fossé entre les approches nationales entre les Etats membres de l'Union.

Le risque le plus important est que l'invocation des justifications fondées sur l'intérêt de l'entreprise et sa compétitivité permettent des justifications systématiques des discriminations dans toutes l'Union européenne : ce mouvement a pu déjà être constaté en Grande-Bretagne.

Aussi, il important que les juges nationaux puissent éclairer leurs appréciations par des références à des valeurs fortes qui permettent d'orienter l'évaluation du caractère légitime, nécessaire et proportionné de la justification.

Peut-on considérer qu'il existe une cohérence entre les objectifs présentés par le droit communautaire ?

Les objectifs contenus dans les directives, en préambule des textes, pourraient-ils être ici source de référence ?

Ils contiennent l'ambiguïté forte qui est révélée par les textes : les objectifs économiques sont toujours proclamés comme les objectifs sociaux de progrès social et de lutte contre les discriminations.

Si l'objectif majeur reste la lutte contre les discriminations, sont aussi visés, dans les préambules des directives, les objectifs liés à la politique de l'emploi, à l'insertion sociale des groupes défavorisés, mais aussi à la promotion d'une main d'œuvre qualifiée, formée, susceptible de s'adapter.

La directive du 27 novembre 2000 énonce en outre des objectifs qui ne sont pas réellement traduits dans les textes : ainsi est-il affirmé que « les lignes directrices pour l'emploi en 2000 approuvées par le Conseil européen de Helsinki les 10 et 11 décembre 1999 soulignent la nécessité de promouvoir un marché du travail favorable à l'insertion sociale en formulant un ensemble cohérent de politiques destinées à lutter contre la discrimination à l'égard des groupes tels que les personnes handicapées. Elles soulignent également la nécessité d'accorder une attention particulière à l'aide aux travailleurs âgés pour qu'ils participent davantage à la vie professionnelle ».

Or, si l'objectif d'insertion sociale des groupes défavorisés est affirmé, il ne se traduit pas directement dans les règles fortes d'interdiction des discriminations⁷³.

Il justifie les programmes d'actions positives⁷⁴. Il semble bien d'ailleurs, que la contre-partie de l'admission très large des justifications pour les travailleurs handicapés ou âgés consiste dans les possibilités ouvertes aux Etats membres de mettre en place des actions positives⁷⁵.

Si l'on rapproche cependant le cadre d'appréciation des justifications tels que tracé par la CJCE et ces objectifs d'insertion sociale et d'emploi des salariés ou groupe de personnes susceptibles de faire l'objet de discriminations, ainsi que la nette orientation récente du droit communautaire en matière d'actions positives, il pourrait être suggéré que le juge national fasse toujours prévaloir les exigences d'insertion sociale et d'intégration dans l'emploi dans le cadre de l'évaluation du caractère proportionné de l'exigence de l'employeur.

Dans le domaine des discriminations indirectes, l'appréciation du caractère proportionnel de l'atteinte aux droits des personnes concernées peut aussi conduire le juge à rechercher si d'autres mesures ne peuvent pas conduire l'employeur à satisfaire le même objectif. Dans l'appréciation par le juge des alternatives ouvertes à l'employeur, pourrait être intégrés ces objectifs d'insertion sociale et d'emploi des groupes défavorisés.

Cela supposerait que le juge dépasse le simple constat de l'existence d'autres possibilités⁷⁶ pour obliger l'employeur à rechercher des solutions alternatives. Le contrôle du caractère proportionnel de l'atteinte aux droits des personnes entraînant une différence de traitement ne pourrait être atteinte que si l'employeur a mis en œuvre tous les moyens nécessaires pour éviter ou limiter le désavantage. Cette logique a été intégrée pour les personnes handicapées. Elle pourrait être généralisée.

Cette recherche d'un équilibre entre les valeurs en conflit dans le contentieux de la discrimination dans le cadre d'une règle liant le juge se trouve dans le droit américain et canadien⁷⁷ : au Canada, la promulgation de la Charte des droits de la personne a permis le développement d'une très importante jurisprudence de la Cour suprême du Canada, qui a voulu mettre en œuvre une véritable politique de lutte contre les discriminations tout en favorisant l'intégration des groupes

minoritaires. Cette recherche d'intégration et d'insertion sociale a conduit à développer en matière de discrimination indirecte une obligation « d'accommodement raisonnable »⁷⁸ : l'employeur doit démontrer qu'il s'est efforcé de s'entendre avec le ou les salariés pénalisés indirectement par son exigence professionnelle afin de trouver un arrangement qui permette de tenir compte des besoins des salariés et des besoins de l'entreprise : ainsi, pour ne donner que quelques exemples, l'employeur a dû déplacer les cours donnés à un mécanicien juif orthodoxe à un moment qui n'entre pas en conflit avec ses croyances⁷⁹, les sikhs ont été exemptés de port de l'uniforme pour pouvoir porter le kirpan⁸⁰, les employeurs et les salariés ont été forcés de négocier des arrangements pour permettre à des salariés de ne pas travailler le samedi⁸¹.

Cet effort d'accommodement oblige l'employeur à prouver qu'il a réellement recherché un arrangement avec les salariés. Son obligation est limitée au moment où l'arrangement lui fait subir une contrainte excessive. Il est intéressant de souligner que l'exigence « d'accommodement raisonnable » a été généralisée à toutes les formes de discriminations depuis 1999⁸².

Les mots clés en matière d'accommodement raisonnable sont souplesse, coopération et compromis⁸³.

C'est bien cette approche qui a été retenue par le droit communautaire concernant les personnes handicapées en vue de favoriser leur insertion dans l'emploi.

Rien n'empêcherait le juge dans le cadre du contrôle du caractère disproportionné de l'exigence professionnelle ou de la mesure de gestion d'introduire une obligation générale d'accommodement, trouvant ses fondements dans les objectifs de recherche d'insertion sociale. La reconnaissance générale d'une obligation de moyens d'insertion en matière de lutte contre les discriminations serait de nature à renforcer en particulier la protection des personnes discriminées en raison de leur état de santé, de leur orientation sexuelle et surtout de leur religion.

La reconnaissance d'une telle obligation de moyens dans la jurisprudence communautaire trouverait un ancrage sur le plan du contrôle de la qualité des justifications, puisque l'exigence de l'employeur pourrait être considérée comme disproportionnée s'il n'a pas mis en œuvre tous les moyens utiles pour trouver un arrangement, afin de respecter l'objectif général de recherche d'intégration sociale. De même dans le cadre du contrôle du caractère nécessaire de la justification, on peut aussi, si cet objectif d'insertion devient prioritaire, considérer qu'une exigence professionnelle ne sera jamais nécessaire si un arrangement raisonnable peut être trouvé.

Le droit français a, quant à lui, développé des obligations implicites de moyens dans le cadre du contrat de travail afin de poursuivre des objectifs spécifiques en matière d'emploi : les obligations d'adaptation et de reclassement qui ont été imposées à l'employeur depuis 1992 montrent l'utilité de ces obligations propres au contrat de travail, pour renforcer la politique générale en matière d'emploi.

Le développement d'une obligation de moyens d'insertion, fondée sur l'obligation de trouver de bonne foi des arrangements pour les salariés lésés pour un motif visé à l'article L 122-45 serait tout à fait dans la même ligne.

Elle est déjà reconnue en ce qui concerne l'état de santé, dans le cadre de l'obligation de reclassement des personnes inaptes, et pourrait être généralisée.

Ce serait aussi un moyen pour le juge de limiter l'approche éminemment relative des discriminations, qui, si elle repose sur la logique de la différence et est ancrée

sur une approche sociologique des réactions sociales face aux différences, pourrait vite aboutir à une négation de l'objectif poursuivi.

La construction actuelle du droit communautaire, tel qu'il va pouvoir dans les prochaines années de développer dans tous les Etats membres, présente d'indéniables qualités : politique générale de lutte contre les discriminations, lutte contre les discriminations indirectes, aménagement du régime de la preuve pour permettre dans tous les Etats membres, même ceux qui sont le plus réticents, à mettre en œuvre une action judiciaire efficace de lutte contre les discriminations.

Mais le contrôle repose sur la vigilance des juges et sur l'équilibre qu'il réalisera, en fin de raisonnement, entre la différence de traitement et la justification objective.

Bien sûr, il ne faut pas céder à l'attitude très française qui repose sur une méfiance du juge national. Et s'il est vrai que les pays anglo-saxons ou sous influence du droit anglo-saxon ont l'habitude d'utiliser les standards juridiques, et en particulier le critère du « raisonnable », tous les pays de l'Union ont aussi une approche en terme de standards, favorisée d'ailleurs par l'application des normes communautaires. Il ne s'agit donc pas de se placer sur le terrain du rôle du juge mais sur celui de l'harmonisation européenne.

Le domaine de la lutte contre les inégalités de traitement est sans aucun doute un joyau de la construction sociale communautaire : il mérite simplement d'être encore affiné à l'échelle communautaire par une orientation commune vers l'intégration sociale des groupes lésés par des agissements discriminatoires, afin que le contrôle des justifications n'aille pas dans un sens opposé à celui qui peut être recherché dans le cadre des programmes d'action de l'Union européenne ou des actions positives engagées par les Etats.

Mais on peut aussi aller plus loin. Il a été remarquablement démontré⁸⁴ que le principe d'égalité dans la construction européenne avait acquis une valeur sociale, transversale, permettant la construction d'une communauté sociale : il est « un objectif en soi, signe de l'attachement communautaire à la protection des droits fondamentaux de l'homme ».

Les grandes constructions juridiques nécessitent des petits pas.

Le contrôle des justifications des discriminations en fait partie.

Notes

- 1 S. Robin-Ollivier, Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques, P.U. d'Aix-Marseille, 1999, 550 p.
- 2 voir les préambules des deux directives n°2000/43 CE relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique du 29 juin 2001 et n°2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.
- 3 S. Robin-Ollivier, op.cit. p. 415-485, F. Baron, Marché intérieur et droit social dans l'Union européenne, P.U. d'Aix-Marseille, 1998, p. 225-280, et les ref. également, P.Rodière, Droit social de l'Union européenne, LGDJ, 2^{ème} éd., 2002, n°261 et s., B. Teyssie, Droit européen du travail, Litec, 2001, p. 216-247
- 4 les textes sur les discriminations ont été fortement influencés par le droit nord américain et le droit anglais. Les études de droit comparé faites par la Commission montre que tous les pays de L'Union ont une législation développée de lutte contre les discriminations fondées sur leur constitution (ou une loi, pour la Grande Bretagne loi de 1998 sur les droits de l'homme), Rapport des dispositions juridiques des Etats

- membres pour combattre la discrimination, Commission européenne, Emploi et Affaires sociales, février 2000
- 5 Martha Minow Making all the difference, Cornell University Press, Ithaca, 1990, M. Mercat-Brun, « Les discriminations », Liaisons sociales, n° 14/2001, 16/02/2001, sur l'approche différente de l'égalité en droit français, M.T. Lanquetin, Geld, loc.cit., p.13. A. Lyon-Caen, « Egalité et différence dans l'ordre du droit », dans La place des femmes, éd. La découverte, 1995 collec. Recherches.
 - 6 la définition n'est pas exactement similaire à celle qui se dégageait de la jurisprudence, M.T. Lanquetin, « Le principe de non-discrimination », Droit ouvrier 2000, p. 186-193, la jurisprudence visait l'impact disproportionné d'une mesure; des difficultés sont apparues sur l'utilisation des statistiques et à propos de l'identification des groupes, conduisant à une formule plus souple visant le désavantage. Sur les discriminations indirectes, R. Rodière, op. cit., n°266, P. Garenne, « Les discriminations indirectes, vers une théorie générale » RTDE 1994, p. 425, D. Martin, « Discriminations, entraves et raisons impérieuses d'intérêt général, trois concepts en quête d'identité », Cah.dr.eur. 1998, 261 et 561
 - 7 M.T. Lanquetin, « Discrimination à raison du sexe, Commentaire de la directive 97/80 du 15 décembre 1997 », Droit social, 1998, p. 688, « Un tournant en matière de preuve des discriminations », Droit social 2000, p.589, GELD Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve, octobre 2000, note n°2, M. Miné, « Les discriminations dans l'emploi », La Semaine sociale Lamy suppl., ° 1055, 17/12/2001
 - 8 M.T Lanquetin, loc.cit.
 - 9 M. Miné, loc.cit. Liaisons sociales, n° 8232, 29 novembre 2001
 - 10 P. Rodière, op. cit., n° 267
 - 11 sur la question générale des justifications, F. Guiomard, La justification des mesures de gestion du personnel, thèse Paris X Nanterre, 2000
 - 12 CJCE 13/05/1986, Bilka, aff. C-189/84, Rec. 1607
 - 13 La Cour de justice a cherché à réduire l'importance du critère statistique depuis l'arrêt Regina/Seymour, 9 février 1999, aff C-167/97, TPS 04/99 p.24 note P.H. Antonmattei
 - 14 arrêt Danfoss cit.
 - 15 arrêt Bilka cit.
 - 16 arrêt Kisammer-Hack, 30/1993, Aff C- 189-91, Rec p.122, plus généralement en matière de rémunérations, sur le rappel des faits justificatifs retenus par la jurisprudence, « L'égalité des rémunérations au regard de la jurisprudence de la CJCE », RRJ 2000/1, p. 301
 - 17 S. Robin-Olivier, op. cit., p. 479 et s.
 - 18 arrêt Rinner-Kühn, 19 juillet 1989, Rec. I- 5535
 - 19 arrêt Nimz, aff 7 février 1991, C- 184/89, Rec. I-314
 - 20 27/10/ 1993, C- 127/92, Rec. p.5566
 - 21 CJCE 30 mars 2000, Jámstalldhetsombudsmannen,
 - 22 CJCE 17 octobre 1989, Danfoss, aff 109/88, Rec. p.3220, CJCE 2 octobre 1997, Gerster
 - 23 Y. Leroy, « Les éléments d'appréciation de la discrimination en matière d'égalité entre hommes et femmes », Droit ouvrier 2000, p. 229
 - 24 Y. Leroy, loc. cit. p.234
 - 25 arrêt Nolte, 14/12/85, C 217-93, Rec. I- 4625
 - 26 affaire Kachelmann, cit. infra
 - 27 CJCE 21/10/1999, aff C-33/97, Europe 1999, n° 414
 - 28 Pour la suppression d'avantages à l'occasion du congé de maternité considéré comme absentéisme ou comme une discrimination directe, Cass 30 mars 1984, Droit social 1984, obs. M.A. Moreau, et Cass. 16 juillet 1998, M. Mine, « Le droit communautaire dans la pratique du droit social, Droit ouvrier 2000, p. 97
 - 29 R. Townshend-Smith, « Economic defences to Equal pay Claims », dans K.T. Hervey, D. O'Keefe, Sex equality law in the European Union, ed. John Wiley and sons,

- Chichester, 1996, p.96, argument développé par F. Guiomard, thèse cit. p. 368
- 30 voir infra
- 31 F. Guiomard, thèse cit., ce point peut être d'une grande importance, notamment pour les discriminations liées à l'orientation sexuelle, sur les difficultés en droit communautaire avant 2000, B. Guiguet, « Le droit communautaire et la reconnaissance des partenaires du même sexe », Cahiers de droit européen 1999, p. 537
- 32 indirectement, cette obligation d'afficher une politique de gestion justifie la pratique des « testing », des tests de situation dans le domaine des discriminations fondé sur la race ou l'appartenance à une ethnie : concernant l'accès discriminatoire à une discothèque, Crim. 12 septembre 2000, M. Miné, loc. cit. Sur la difficulté d'appréhender juridiquement la catégorie discriminée, M. Miné, « Approche juridique de la discrimination raciale au travail : une comparaison France, Royaume-Uni, Travail et Emploi, septembre 1999, p.99
- 33 arrêt Enderby, cit.
- 34 arrêt Danfoss, cit.
- 35 arrêt Lewen cit.
- 36 M. Miné, loc.cit.
- 37 X. Philippe,
- 38 voir infra pour une interprétation plus dynamique du critère de proportionnalité
- 39 CJCE 7/12 ? 2000, aff C- 79-99 Schorbus, Rec I-
- 40 voir infra
- 41 M. T. Lanquetin, loc.cit.,
- 42 expression utilisée dans le rapport du Geld, op.cit. p 22, qui souligne qu'il n'y a eu en France que deux arrêts de la cour suprême en 10 ans concernant la discrimination raciale. La liste présentée à la fin du rapport sur les condamnations des tribunaux en première instance ou en appel concernent presque exclusivement les discriminations à l'embauche dans des hypothèses où une preuve a pu être fournie par témoins ou parfois par un écrit de l'employeur (note de service, affiches)
- 43 rapport Geld cit., Cass 14 juin 2000 et Cass 23 novembre 2000 cit., rapportés à la Semaine sociale Lamy, suppl n° 1055, cit. p. 47
- 44 voir infra II partie
- 45 malgré une évolution très récente significative.
- 46 J. Gerkrath, « Le principe de l'égalité de traitement et l'accès des femmes aux emplois dans les unités armées de la Bundeswehr, Europe, décembre 2000, p. 5. Cette possibilité de réserves n'est pas sans incidence si l'on songe aux réactions fortes qui ont eu lieu en Allemagne après l'arrêt Kreil,
- 47 F. Guiomard, thèse cit, p. 329 et s.
- 48 l'article L 123-1 du code du travail ne vise que la condition déterminante.
- 49 Cass 27 novembre 1986, Droit social 1987,p.379, obs. J. Savatier, JCP éd. G 1987 II 20798, note Th. Revet, Cass. Soc. 17 avril 1991, Droit social 1991,p. 489, obs. J. Savatier, « il peut être procédé à un licenciement dont la cause objective est fondée sur le comportement du salarié qui, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière »
- 50A. Jeammaud, J. Pelissier, A. Supiot, Droit du travail, Dalloz, n° 368
- 51 Loi 91- 663 du 13 juillet 1991 comprenant diverses mesures destinées à encourager les possibilités d'accès aux locaux résidentiels aux lieux de travail et aux installations ouvertes au public pour les personnes handicapées
- 52 Agence qui collecte la contribution des employeurs qui ne respectent pas l'obligation d'avoir dans l'entreprise 6% de personnes handicapées et qui organise les financements de tous les projets d'intégration sociale des personnes handicapées
- 53 sur l'abondante jurisprudence, A. Jeammaud et alii, op.cit. n°368 et s., pour une synthèse, S. Bourgeot, Maladie et Inaptitude, RJS 1/ 00, p. 10
- 54 article L 323-8 du code du travail, les accords doivent prévoir au moins deux mesures sur les 4 citées : plan d'embauche en milieu ordinaire de travail, plan d'insertion et de

- formation, plan d'adaptation aux mutations technologiques, plan de maintien dans l'entreprise en cas de licenciement.
- 55 cet article de la loi du 16 novembre 2001 reprend donc précisément les qualités que doivent revêtir toutes les justifications. Elles ne sont précisées dans la loi que pour le motif d'âge.
- 56 CJCE 15 décembre 1994, aff. Stadt Lengerich, C- 399-92, Rec. I p. 5727
- 57 S. Robin-Olivier, op. cit. : p. 482
- 58 aff Seymour-Smith, 9 février 1999, aff C- 167/97, Rec I- p. 5566
- 59 conclusions 14 mars 2000, Rec. I 7507 point 33
- 60 Arrêt Gerster C- 1-95, Rec. I-p. 5253
- 61 H. Motulsky, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, Sirey, 1948, p.87, sur la discussion, F. Guiomard, thèse cit. p. 115 réfutant cette approche
- 62 dans le cadre du droit du licenciement, F. Favennec-Hery, La preuve en droit du travail thèse Paris-X, 1983, Droit social 1985, p. 172
- 63 Texas Department of Community Affairs V. Burdine, 450 U.S. 248 (1981), cité par M. Mercat-Bruns, loc.cit ;, Liaisons sociales n° 14/2001, D. Proulx, Les discriminations dans l'emploi : les moyens de défense selon la Charte québécoise et la loi canadienne, éd. Y. Blais, 1993
- 64 article L 123-1 et L 122-42
- 65 Droit social 2001, p. 314, obs. C. Radé
- 66 Crim 14 juin 2000 cit. M. Miné, loc. cit. p. 10
- 67 Cass 4 juillet 2000, Droit social 2000, p. 919, obs. J. Mouly, Droit Social 2000, p. 1152, obs. M.T. Lanquetin
- 68 cit.
- 69 Cass 23 novembre 1999 et Cass 28 mars 2000, Droit Social 2000p. 593, M. T. Lanquetin, loc. cit., M.T. Aubert-Monpeyssen, JCP éd. E février 2000, p.233
- 707070 F. Guiomard, thèse cit
- 71 Droit social 2001, p. 566, obs. Radé
- 72 Discussion fondamentale sur la construction de la norme juridique qui ne sera pas développée ici
- 73 voir supra
- 74 A. Haquet, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », R.T.D. eur. 37 (2) avril-juin 2001, p.325, J. Hodges, « L'action positive dans l'emploi », R.I.T. 1999, p. 271, m. Schmit, « Une nouvelle approche de l'égalité professionnelle : les actions positives », Droit ouvrier 2001, p. 56
- 75 mouvement qui se retrouve aussi dans la jurisprudence dans l'acceptation des législations qui prévoient des actions positives en faveur des femmes, en dernier lieu, K. Abrahamson, 6 juillet 2000, C- 407/98
- 76 voir supra
- 77 D. Proulx, op. cit. p. 73 et s.
- 78 D. Proulx op. cit. ;, p. 73 et s où de nombreux exemples sont cités est aussi analysée en détail l'appréciation judiciaires des contraintes excessives qui limitent l'obligation de l'employeur
- 79 Sehdevc.Bayview Glen Junior School (1988) 9 CHRR D/4881 (Ontario)
- 80 Pandori c. Peel Board of Education (1990) 12 CHRR D/ 364 (ont)
- 81 Gomm c. Domtar (1990) 12 CHRR D/ 161 (Ont)
- 82 Colombie-Britannique c. BCGSEU, 9 septembre 1999, CSC, N° 26274, pour une évaluation quantitative du rôle de l'accomodement raisonnable, C. Robert et G. Vallée, « Le traitement des plaintes concernant la discrimination en matière d'emploi par l'arbitre de griefs et par la tribunal des droits de la personne du Québec : une étude comparative exploratoire, Les Cahiers de droit, vol. 41, mars 200, p. 95
- 83 synthèse de D. Proulx cit.
- 84 S. Robin-Olivier, op. cit., l'arrêt Defrenne énonçait d'ailleurs que l'égalité de traitement faisait partie des droits fondamentaux de la personne humaine.