

# DISCRIMINATION

Article écrit par Gwénaële CALVÈS

## Prise de vue

Dans la France de la fin du XX<sup>e</sup> siècle, la montée en puissance du thème de la discrimination a été spectaculairement rapide. Le mot est aujourd'hui d'usage courant, au point de supplanter, même dans le discours politique, la référence à l'égalité. Le principe de non-discrimination – naguère encore confiné au vocabulaire juridique et économique – semble désormais lesté d'une forte charge émotionnelle. Il exprime notamment une exigence morale, en appelant au refus des discriminations jugées illégitimes (racistes, sexistes, homophobes...).

Mais la notion de « discrimination » – c'est peut-être la rançon de son succès – tend à devenir une notion attrape-tout, dotée de contenus de plus en plus hétérogènes et flous. Une clarification conceptuelle s'impose donc, avant de présenter les politiques anti-discriminatoires qui se déploient dans la France contemporaine.

## I-Qu'est-ce qu'une discrimination ?

Contre un usage abusif du mot « discrimination » qui conduit à l'appliquer à des idéologies (le racisme, le sexisme), à des répulsions (homophobie, rejet des handicapés), ou à des états de fait quantifiables et mesurables (inégalités en tous genres), il faut maintenir que la discrimination est une différence de *traitement*.

## Une préférence arbitraire

Une discrimination, dans le langage du droit comme dans la langue commune, se caractérise par la présence de deux composantes, indissociables l'une de l'autre.

Première composante : l'existence d'un préjudice. Le discriminé se voit refuser un bien auquel il aspirait (un appartement, une promotion, l'accès à une boîte de nuit...). On ne peut parler de discrimination que dans le cadre d'une distribution de biens pour lesquels plusieurs demandes sont mises en concurrence. Pierre et Paul postulent au même emploi : c'est Pierre qui est recruté, et non Paul. La situation de discrimination est toujours une situation triangulaire, qui fait intervenir trois acteurs : l'auteur du choix discriminatoire, celui qui en bénéficie et celui qui en pâtit. Que le bénéficiaire de la préférence arbitraire soit identifié (Pierre) ou simplement hypothétique (« j'aurais obtenu ce poste si j'avais été un homme et non une femme »), c'est toujours un *jugement de comparaison* qui délimite une situation de discrimination

Pour évaluer le caractère arbitraire de la préférence accordée à Pierre au détriment de Paul, il faut pouvoir comparer celle-ci aux conditions « normales » de distribution du bien recherché. C'est la deuxième composante de la situation de discrimination. Je sais bien que si l'homme que j'aime en aime une autre, je ne pourrai pas me dire victime de « discrimination ». Je ne pourrai en effet invoquer ni l'illégalité du critère de sélection (aucun texte n'est applicable à la question !), ni son illégitimité (au regard de quel principe de justice ?), ni son absurdité (au regard de quel principe d'efficacité ?), ni son inadéquation (à quoi ?). Une discrimination ne peut intervenir que dans le champ d'une concurrence normée par des critères objectivés, dont il est établi qu'ils ont été écartés – ponctuellement ou systématiquement – au profit de critères que la langue du droit qualifie d'« étrangers à la matière considérée », c'est-à-dire de critères dont la prise en compte est, en l'espèce, absurde, hors de propos, injustifiée.

La question des critères sur lesquels repose la préférence accordée (« motifs » ou « chefs » de discrimination en langage juridique) est donc tout à fait centrale. Il s'agit de caractéristiques individuelles dont la prise en compte ne doit jamais conduire (sauf éventuellement dans la sphère privée) à léser celui qui en est porteur.

La liste de ces critères, en droit français, ne cesse de s'allonger. La loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations a fait passer leur nombre de douze à seize. Ils sont aujourd'hui dix-huit, et peuvent être classés en trois catégories.

Il s'agit d'abord de caractéristiques qui relèvent de la vie privée des individus : mœurs, orientation sexuelle, situation de famille, grossesse. Ces choix de vie doivent pouvoir rester secrets ou, à tout le moins, ne pas exposer leurs auteurs à être moins bien traités que ceux qui ont fait d'autres choix. Apparaissent ensuite des caractéristiques par lesquelles chacun exerce ses droits d'homme et de citoyen : opinions politiques, activités syndicales, appartenance ou non-appartenance, réelle ou supposée, à une religion. Le droit de la non-discrimination conforte ici les principes traditionnels du droit des libertés publiques. Reste, enfin, un troisième bloc de onze caractéristiques énumérées par la loi française, caractéristiques dont le point commun est que les individus n'ont pas de prise sur elles. Elles sont innées et à peu près immuables : le sexe, l'âge, l'état de santé, le handicap, les caractéristiques génétiques, « l'appartenance ou la non-appartenance, réelle ou supposée, à une ethnie, à une nation, à une race », l'origine, ou encore le patronyme et l'apparence physique, en tant qu'ils révèlent ou « trahissent » l'origine de la personne.

## Discrimination directe et discrimination indirecte

On distingue deux grands types de discrimination : la discrimination directe et la discrimination indirecte.

Une discrimination est dite « directe » lorsque les chefs de la discrimination interdite sont au fondement d'une décision défavorable à un individu, c'est-à-dire lorsque la décision (de recrutement, de conclusion d'un contrat, d'octroi d'un prêt bancaire...) est *subordonnée* à leur présence ou leur absence. La logique de la discrimination directe est une logique du « si... alors » (« si c'est une femme, alors je ne la recrute pas »). Le lien entre la présence du critère prohibé et la décision défavorable est un lien direct, assumé par l'auteur de la décision. Tel est le cas des petites annonces à caractère discriminatoire, ou des systèmes de gestion du personnel qui assignent des tâches différentes aux employés en fonction de leur couleur de peau. Un texte de loi peut également (sous le contrôle du juge) poser que le sexe est une « condition déterminante » pour l'exercice de certaines fonctions. En toute hypothèse, le critère prohibé est directement utilisé pour exclure ou traiter moins bien tous ceux qui n'en sont pas porteurs.

La discrimination directe est presque toujours illégale. La prise en compte de la religion d'un demandeur d'emploi, par exemple, sera le plus souvent aberrante. On estimera qu'elle traduit, de la part du recruteur, une hostilité à l'égard de la religion concernée, une intention de nuire, une malveillance qui tombe sous le coup de la loi. La discrimination intentionnellement malveillante expose son auteur, en droit français, à une peine de prison.

Mais toute discrimination intentionnelle n'est pas nécessairement malveillante. Une discrimination directe est parfois justifiée. Elle peut également être rationnelle.

Dans le premier cas, la décision discriminatoire relève bien de la logique du « si... alors » (« s'il est musulman, alors je ne le recrute pas »), mais sa subordination à un critère prohibé est justifiée par la nature des fonctions (boucher dans un établissement kasher, par exemple). La discrimination dite positive s'inscrit également dans cette hypothèse de discrimination directe justifiée : la personne est bien recrutée sur le fondement d'une caractéristique prohibée, mais l'intention n'est pas malveillante, la préférence instituée en sa faveur poursuivant au contraire un objectif d'intégration de son groupe d'appartenance à la société globale. Deuxième hypothèse de discrimination directe non malveillante : la discrimination rationnelle, dite aussi statistique, ou probabiliste. Ici encore, le chef de distinction prohibé est directement placé au cœur de la logique du « si... alors » (« s'il est noir, alors il ne montera pas dans mon taxi »). Mais cette forme de discrimination ne repose pas sur une hostilité à l'égard d'un groupe. Elle se fonde sur une connaissance statistique (même approximative) de ses principales caractéristiques sociologiques : un Noir américain risque plus qu'un Blanc d'avoir maille à partir avec la justice, une femme de trente ans décide plus facilement d'avoir un enfant qu'une femme de quarante. Un chauffeur de taxi ou un employeur « rationnels » préféreront éviter de s'exposer à des risques statistiquement avérés. Ils pratiqueront une forme de discrimination directe, intentionnelle et réprimée par la loi, mais cette forme de discrimination n'est pas malveillante : elle n'a pas pour mobile la haine, le mépris ou l'intention de nuire.

La discrimination indirecte, contrairement à la discrimination qui établit un lien direct entre le critère prohibé et la décision préjudiciable, consiste à appliquer des critères de distinction qui ne tombent pas sous le coup de la loi, mais qui aboutissent en fait au même résultat. Si l'objectif est d'écarter les Noirs de l'accès à certains emplois ou fonctions, mais qu'on ne veut ou ne peut retenir directement le critère « noir », on recherchera une caractéristique que partagent le plus grand nombre possible de Noirs. Dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle américain, la caractéristique « fils ou petit-fils d'affranchi » a ainsi permis d'exclure un très grand nombre de Noirs de l'exercice du droit de suffrage. La caractéristique retenue fait office de substitut fonctionnel à la caractéristique « noir », et ce substitut est relativement efficace : il n'exclut pas tous les Noirs

(les descendants de « Noirs libres » échappent à la règle discriminatoire), mais il n'exclut que des Noirs. Reste qu'il est difficile de trouver des substituts aussi efficaces. S'il s'agit par exemple d'exclure les femmes, le critère de la taille minimale pour l'occupation d'un emploi frappera une grande partie d'entre elles, mais il aura aussi pour effet d'écarter un certain nombre d'hommes.

La discrimination indirecte n'atteint sa cible qu'à des conditions finalement assez restrictives. Il faut que le groupe visé soit composé de membres qui partagent, dans une proportion très élevée, une même caractéristique, et il faut que cette caractéristique soit propre au groupe. Le critère du lieu d'habitation retenu à des fins de discrimination « raciale » ne fonctionnera bien, par exemple, que dans des sociétés où la ségrégation résidentielle est élevée. De la même façon, le critère de la « disponibilité » du salarié ne jouera pleinement à l'encontre des femmes que dans une société où le partage des tâches ménagères est très systématiquement déséquilibré. Est-il possible de discriminer « indirectement » les Noirs français ? La recherche d'un critère « efficace » s'annonce pour le moins ardue.

La complexité et la diversité des sociétés contemporaines étant ce qu'elles sont, la notion de discrimination indirecte ne trouve son utilité que dans deux séries d'hypothèses.

La première, abondamment illustrée par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, est celle d'une application d'une règle nationale à des non-nationaux. Lorsqu'un État membre de l'Union européenne subordonne l'octroi d'une autorisation de s'établir, de commercer, de travailler, etc., au respect de prescriptions qui lui sont propres, il établira de facto une discrimination à raison de la nationalité. La seconde hypothèse de discrimination indirecte naît également de la coexistence de différents types de normes, mais au sein d'un même espace national. L'application d'une règle *A* à une situation régie par une norme *B* (étatique ou infra-étatique) aura pour effet d'exclure de manière arbitraire (et parfois involontaire) les personnes soumises au respect de la règle *B*. Parmi les exemples classiques, on mentionnera la règle *A* selon laquelle « les années de service national comptent pour le calcul de l'ancienneté » (qui exclut les femmes, dispensées par la règle *B* de l'obligation d'accomplir leur service national), ou la règle *A* qui pose que « les stages sont réservés aux enfants du personnel » (qui exclut les enfants de ceux qui, en vertu de la règle *B*, n'avaient pas accès à des emplois réservés aux Français), ou encore la décision *A* qui décide que « le concours aura lieu un samedi » (préjudiciable à ceux qui appliquent une règle *B* leur interdisant de travailler le samedi).

## II-Les politiques antidiscriminatoires

Sous l'effet notamment de règles récemment adoptées au niveau communautaire, le droit de la non-discrimination, en France, couvre aujourd'hui la quasi-totalité des domaines de la vie sociale : l'emploi (public ou privé), le logement, l'accès aux loisirs, les relations avec le service public... Toutes les branches du droit comprennent des dispositions prohibant la discrimination, selon des modalités assez largement semblables.

Ce droit présente la particularité d'être à la fois répressif et résolument incitatif, appelant au déploiement de politiques publiques et d'initiatives privées.

### Les politiques répressives

Un certain nombre d'avancées ont permis, au cours des dernières années, de faciliter l'accès à la justice des victimes de discrimination. L'effort du législateur français a consisté, d'une part, à rendre plus aisée la preuve de la discrimination, et à développer, d'autre part, un dispositif d'assistance aux personnes estimant avoir été l'objet d'une discrimination.

S'agissant de l'administration de la preuve, les règles ont été aménagées aussi bien devant la juridiction pénale (où la victime demande la condamnation de l'auteur de la discrimination, assortie le cas échéant d'un dédommagement) que devant une juridiction civile (où la victime demande uniquement la réparation du préjudice subi).

La charge de la preuve, au civil, est désormais répartie entre les deux parties. Depuis la loi du 16 novembre 2001, toute personne qui s'estime victime de discrimination en matière d'emploi ou d'accès au logement peut présenter « des éléments de faits qui laissent supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ». Elle ne doit plus prouver la discrimination (preuve souvent difficile à rapporter), mais simplement produire des éléments matériels susceptibles de faire naître une présomption. C'est alors à l'employeur ou au bailleur qu'il incombera de « prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs

étrangers à toute discrimination ». Cette preuve s'ancrera généralement dans l'analyse des fonctions à pourvoir. L'appréciation par le juge de la situation de discrimination (« relation triangulaire » et logique du « si... alors ») sera toujours une appréciation au cas par cas. Le critère de la couleur de peau (discrimination directe) pourra être admis s'il s'agit de recruter un comédien pour jouer le rôle d'Othello ; la condition de maîtrise du dialecte alsacien (discrimination indirecte à raison de l'origine) pourra être admise pour le recrutement d'un aide-soignant dans une maison de retraite en Alsace (mais certainement pas pour un emploi de chauffeur routier).

En matière pénale, c'est toujours à la victime qu'il incombe de prouver – par tout moyen – la réalité de la discrimination. Celle-ci doit être directe et intentionnelle. Mais les juridictions, depuis le début des années 2000, accueillent de plus en plus volontiers la technique du *testing*. Un *testing* commence avec la formation de couples de demandeurs d'emploi (ou de clients d'une banque, d'une discothèque, d'une agence immobilière...). Les deux membres du couple, qui présentent séparément leur candidature, se ressemblent en tous points mais diffèrent l'un de l'autre par une caractéristique, dont la prise en compte est interdite par la loi dans ce type de contexte (couleur de peau, origine supposée, sexe, handicap...). Si l'un des deux membres du couple est accepté alors que l'autre est refusé, on imputera cette différence de traitement à l'unique caractéristique qui les distingue l'un de l'autre. Un *testing* (surtout s'il est répété) permet ainsi de confondre les auteurs de discriminations directes.

Parallèlement à ces innovations introduites en matière de preuve, les pouvoirs publics se sont efforcés de développer les dispositifs d'aide aux victimes de discrimination. Campagnes d'information du grand public, mobilisation des parquets, formations spécifiques des agents de certains services publics, création d'un « numéro vert » (le 114)... : les initiatives, depuis la fin des années 1990, n'ont pas manqué. Une étape importante a été franchie avec la création, en décembre 2004, de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (H.A.L.D.E.). Cette autorité administrative indépendante peut recueillir des « réclamations » et assister les victimes dans leurs démarches en justice. Elle assure la promotion, sur la scène médiatique et dans les sphères politico-administratives, de la non-discrimination et de la « diversité ».



*Jacques Chirac et Louis Schweitzer, 2007*

Louis Schweitzer (à gauche), président de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (H.A.L.D.E.), assisté de sa vice-présidente, Marie-Thérèse Boisseau, et de Fadela Amara (à droite), présidente de l'association Ni putes ni soumises, remettent au président français, Jacques Chirac, le rapport annuel de la H.A.L.D.E. en avril 2007. (P. Kovarik/ AFP/ Getty Images)

## Les politiques d'égalité

En complément du dispositif de répression des différences de traitement arbitraires, toute une gamme de politiques publiques explicitement présentées comme « antidiscriminatoires » (ou « de lutte contre les discriminations ») ont été mises en place, en France. Pour extirper les pratiques discriminatoires des principaux marchés, ces politiques peuvent chercher à corriger soit le résultat que produisent les grands dispositifs d'allocation de biens rares, soit les procédures d'allocation elles-mêmes.

Les politiques de discrimination positive relèvent, à l'évidence, de la première catégorie. Elles consistent à imposer la présence de telle ou telle catégorie de personnes en des lieux où elles semblent avoir du mal à accéder « spontanément ». Les handicapés bénéficient ainsi de quotas d'emplois, de même que les femmes pour l'accès à certaines fonctions électives (pour les conseils municipaux, par exemple, le quota est de 50 p. 100). Là où le recours au quota est interdit par la Constitution (« quotas de femmes » en dehors du champ électoral, « quotas raciaux » ou « quotas de musulmans » en quelque domaine que ce soit...), la discrimination positive emprunte des voies plus informelles. Sous le nom de « politique de diversité », elle fixe un objectif de « représentation » des Français issus de l'immigration maghrébine ou subsaharienne ou, plus précisément, de personnes pouvant être identifiées comme telles d'un seul coup d'œil (d'où l'expression « minorités visibles »). Sauf peut-être pour quelques esprits naïfs ou néo-racistes, la notion de « représentation » ne signifie pas que le journaliste noir d'une chaîne de télévision, le cadre arabe d'une grande entreprise, ou l'élève kabyle de Sciences Po ont vocation à être les porte-parole de leur groupe d'appartenance. La « représentation » doit ici être comprise au sens premier d'exhibition : ils sont placés sous les yeux du public, mis en évidence, rendus visibles. C'est bien le résultat, et lui seul, qui compte. L'exhibition de la « diversité » (des origines) est, selon certains, une fin en soi. Pour d'autres, elle est simplement le moyen le plus efficace pour contrecarrer les stéréotypes négatifs, et pour encourager les « minoritaires » dans leur combat contre l'autodévalorisation et l'autocensure.



## Tête de Turc, G. Wallraff

En Allemagne, le journaliste Günter Wallraff s'est fait connaître pour son enquête dénonçant la discrimination dont les Turcs sont l'objet. Son livre retentissant suscita une vive polémique.(D.R.)

Les politiques directement tournées vers les processus discriminatoires sont plus diversifiées que les politiques centrées sur leurs résultats. Ces politiques partagent un même objectif : éliminer les obstacles qui s'opposent à l'allocation non discriminatoire de biens théoriquement distribués selon des procédures loyales.

Il s'agit d'abord de recenser et d'éliminer les critères de sélection qui peuvent avoir pour effet d'être indirectement discriminatoires. Vivement recommandée par les organes de l'Union européenne, la démarche de « l'approche intégrée » (*mainstreaming*) consiste à s'interroger sur les effets socialement différenciés que peut avoir telle règle ou telle pratique. Une condition de taille minimale ne risque-t-elle pas d'exclure davantage de femmes que d'hommes ? La valorisation à outrance, dans une entreprise ou une administration, du « présentéisme » et de la « disponibilité », ne risque-t-elle pas de produire le même effet ? La prise de conscience qu'entraîne l'approche intégrée d'une politique de recrutement, d'une politique de gestion du personnel ou d'une politique publique doit être suivie d'une évaluation précise de ses coûts et avantages. La philosophie du « conçu pour tous », ou « d'accessibilité au plus grand nombre », doit s'imposer dans tous les compartiments de la vie sociale.

Il s'agit ensuite de détruire les obstacles que la discrimination ou la crainte d'y être exposé a progressivement amoncelés dans le for intérieur de ses victimes. Les politiques antidiscriminatoires construites sous le signe du « aller vers » (*outreach*) veulent les convaincre que la discrimination n'est pas une fatalité. Ces politiques se ramènent, au fond, à une entreprise d'affichage : on affiche sa détermination à ne jamais opérer de choix en fonction de critères « étrangers à la matière considérée » ; on affiche la volonté de ne pas se satisfaire d'une reconduction indéfinie du statu quo. Pour les entreprises, les chambres de commerce, les collectivités locales, les administrations, les établissements d'enseignement ou les bailleurs sociaux, la matérialisation de cet engagement passe aujourd'hui par la participation à un « programme d'action » (en direction des « zones sensibles » par exemple), par la signature d'une charte (charte de déontologie, charte de la diversité, charte pour l'égalité des droits...), ou encore par la conclusion d'une convention (avec la H.A.L.D.E., un ministère, une association de quartier...). L'organisation ou la participation à des actions de communication participent de la même logique (semaine d'action contre le racisme, forums de l'emploi organisés en banlieue, *job dating* entre employeurs et demandeurs d'emplois plus spécialement exposés à la discrimination...). L'octroi d'un « label » officiel peut venir couronner ce micromanagement de la non-discrimination. À l'instar des drapeaux arc-en-ciel qui ornent la façade des établissements *gay friendly*, ces logos prolifèrent : « label égalité », label « atout fraternité », « label social pour l'égalité des chances », label « tourisme et handicap », « label senior »...

Balkanisation de la démarche antidiscriminatoire, ou convergence de petits ruisseaux qui font les grandes rivières ? L'avenir le dira.

| Gwénaële CALVÈS

## Bibliographie

- S. BEAUD, J. CONFAUREUX & J. LINDGAARD, *La France invisible*, La Découverte, Paris, 2006
- J.-M. BELORGEY, *Lutter contre les discriminations : stratégies institutionnelles et normatives*, éd. de la M.S.H., Paris, 2001
- G. CALVÈS, *La Discrimination positive*, coll. Que sais-je ?, n° 3712, P.U.F., Paris, 2004
- CENTRE D'ANALYSE STRATÉGIQUE, « La Discrimination saisie sur le vif : le *testing* », in *Horizons stratégiques*, n° 5, La Documentation française, 2007
- P. WEIL, *La République et sa diversité. Immigration, intégration, discriminations*, Seuil, Paris, 2005.