

Diversité et lutte contre les discriminations au travail. Catégorisations et usages du droit

Milena Doytcheva

► **To cite this version:**

Milena Doytcheva. Diversité et lutte contre les discriminations au travail. Catégorisations et usages du droit. Les Cahiers de la LCD, L'Harmattan, 2018. hal-01717930

HAL Id: hal-01717930

<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01717930>

Submitted on 26 Feb 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Diversité et lutte contre les discriminations au travail. Catégorisations et usages du droit

Milena DOYTCHEVA*

L'emploi et le marché du travail constituent des secteurs névralgiques en matière de discriminations. Contrairement à ce que les acteurs économiques ont pris l'habitude d'affirmer, en se cachant derrière une prétendue rationalité de leur projet, les discriminations ne sont pas étrangères à la logique de marché. Elles peuvent lui être fonctionnelles, voire même consubstantielles, phénomène en partie dévoilé par les travaux d'économistes qui à partir dès années 1970 commencent à se pencher sur le sujet¹. Par ailleurs, le travail en tant qu'institution sociale demeure un vecteur essentiel d'intégration et de citoyenneté. Les effets délétères d'un déni de justice et d'égalité n'y sont que plus accusés, mettant à mal une norme démocratique essentielle, celle de l'idéal méritocratique, et atteignant les individus au plus profond de leur image de soi et dignité. Par ricochet, ce sont l'ensemble des règles du « vivre-ensemble » et du « faire-société » que de tels actes viennent impacter. Une étude réalisée par « France stratégie » à la demande des ministres du Travail et de la Ville, chiffre en 2016 la perte pour la collectivité, liée aux discriminations, à 150 milliards d'euros². Selon le dixième baromètre du Défenseur des droits, toujours en 2016, un tiers (34%) de la population active rapporte des discriminations en emploi. La proportion croît encore chez les femmes de 18-34 ans (autour de 53%) ; diplômées de Master et plus (50%), en situation de handicap (56%), racisées (61%) (DDD/OIT, 2017).

Parallèlement, des opérations de *testing* révèlent l'ampleur des différentiels de traitement en fonction de caractéristiques personnelles prohibées. Ainsi, quand on s'appelle Mohammed, la probabilité d'être contacté à l'issue d'un envoi de CV est presque 4 fois moins forte, que si l'on est un candidat homme majoritaire, montre un test de situation portant sur les convictions religieuses (Valfort, 2015). Ce ratio, particulièrement élevé, devient de l'ordre de 2, si l'on intègre les candidates de sexe féminin, majoritaires comme minoritaires. Il place néanmoins la France au premier rang en Europe, en ce qui concerne la discrimination subie par les personnes originaires des pays à majorité musulmane, devant également l'Australie et les Etats-Unis. Dans d'autres secteurs, et sur la base d'autres marqueurs de l'origine présumée, des valeurs s'échelonnant entre 1,5 et 1,8 ont été enregistrées : 1,3 en moyenne pour l'opération « d'ampleur », diligentée en 2016 par les pouvoirs publics (avec des « pics » à 1,9 : DARES, 2016).

* Article publié dans : *Les Cahiers de la LCD*, n°6, 2018. Version longue.

¹ Voir notamment l'approche inaugurale que lui consacre Becker, Gary S. ([1957] 1971, *The Economics of Discrimination*) et les corrections apportées par K. Arrow (1972) et E. Phelps (1972) au moment de sa réédition.

² <http://www.strategie.gouv.fr/publications/cout-economique-discriminations>

Les études montrent aussi que les phénomènes discriminatoires, loin de se concentrer à l'étape de la seule embauche, récidivent tout au contraire le long de la trajectoire professionnelle (stages, contrats d'apprentissage, formation, évolution de carrière). De ce point de vue, le *testing* sur CV ne sur-estime pas la prévalence discriminatoire, mais semble au contraire la sous-estimer (L'Horty, 2016). Pour beaucoup de « candidats » et « candidates », le déclassement constitue bien souvent la seule voie de l'insertion (Doytcheva, 2015 ; DDD, 2016).

De manière attendue, l'emploi fut aussi un des premiers champs d'action pris pour cible par la lutte antidiscriminatoire. Dès 1999, la déclaration de Grenelle adoptée par les partenaires sociaux³ montre la voie en ce sens, mettant l'accent sur le dispositif du parrainage, parmi d'autres moyens des politiques de l'insertion, comme outil privilégié de lutte contre les discriminations au travail. Suivent les « plans locaux » lancés de manière expérimentale dans le périmètre des politiques de la ville (Doytcheva, 2016), puis à partir de 2004, des initiatives privées, venant du monde de l'entreprise prennent le relai, telles la charte et le label diversité, proposant de transcoder ces nouvelles finalités de l'action publique dans le langage du succès économique. En 2018, 20 ans après les premières impulsions, il nous semble pertinent de regarder avec le recul les avancées accomplies, mais aussi les impasses et angles morts, de ce nouveau champ d'action publique que constitue la non-discrimination.

C'est l'objectif de cette 6^{ème} livraison des *Cahiers de la LCD*, dont les contributions se concentrent autour de trois axes, définis au croisement des sciences sociales et du droit, dans l'objectif d'un dialogue heuristique. Le premier concerne l'évolution au cours des vingt années du dispositif juridique antidiscriminatoire, avec notamment la démultiplication des catégories d'intervention, et qui impacte en retour les stratégies des acteurs sociaux et économiques : plus largement, se pose la question de l'articulation qu'il convient d'interroger entre approches normatives et « techniques » de la non-discrimination au travail (I). Notre deuxième axe examine en particulier l'un de ces deux piliers de l'action antidiscriminatoire, à savoir l'effectivité de la norme juridique, en proposant d'appréhender de manière critique l'évolution du contentieux en ce domaine, et les freins qui demeurent à l'action (II). Le troisième revient, enfin, sur le nécessaire développement complémentaire à cette stratégie judiciaire d'une action sociale et politique d'envergure en faveur de l'équité en emploi (III).

1. Catégoriser les discriminations. Catégoriser la diversité

De la loi Pleven de 1972⁴, première loi à se référer à la notion de discrimination, à aujourd'hui, le droit français est passé à plus de 25 motifs ou critères prohibés de discrimination (néanmoins, jamais réunis dans le même texte). Cette logique d'expansion, tant en ce qui concerne la catégorisation des discriminations que l'élargissement des champs d'application (Calvès, 2008 ; Doytcheva, 2009) a-t-elle favorisé nécessairement et pour autant la consolidation de ce nouveau droit antidiscriminatoire : sa lisibilité et effectivité pour le justiciable comme pour le professionnel du droit ? N'y a-t-il pas eu « sur-abondance », un « trop plein », des « trop

³ Déclaration de Grenelle sur les discriminations raciales dans le monde du travail, 11 mai 1999.

⁴ Loi n°72-546 du 1 juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme.

nommés » dans le foisonnement de textes qui se sont succédés depuis la loi du 16 novembre 2001⁵, en transposition des directives communautaires ? Quel impact en retour de ces stratégies légistiques et juridictionnelles sur les politiques mises en place par les acteurs sociaux, et plus particulièrement au travail ?

1.1 « Naturalité » versus choix ? : comment rationaliser l'inflation de catégories antidiscriminatoires

Telles sont en tout cas certaines des questions importantes que pose une recherche récente, réalisée dans le cadre de la Fédération interdisciplinaire de Nanterre en Droit (FIND), et qui propose de faire le bilan de vingt ans de politiques jurisprudentielles et publiques, quant aux obstacles demeurant en France à la « reconnaissance juridique des discriminations » (FIDH, 2016)⁶. En effet, écrivent les auteurs, si l'on écarte l'« hypothèse ontologique », c'est-à-dire qui est liée à la nature même des motifs protégés, il serait tentant de ne voir en cette tendance à l'inflation des catégories antidiscriminatoires qu'une « incohérence », voire un « un impensé de la part du législateur » (ibid. : 30).

On peut en distinguer, selon eux, de trois sortes, en fonction de la fréquence d'occurrence et de la nature des textes concernés : « les motifs unanimement consacrés », ceux « majoritairement mentionnés », et enfin ceux « minoritairement retenus ». Le premier ensemble regroupe des catégories comme le sexe, le handicap, l'orientation sexuelle, l'âge, la « race » ou l'origine ethnique, la religion. Dans le second figurent « la grossesse », « l'apparence physique », « le patronyme », « le lieu de résidence », « l'état de santé », les « opinions politiques » et les « activités syndicales ». Enfin, plus rarement libellés, se rencontrent les huit critères restants : les « caractéristiques génétiques », les « mœurs », « la perte d'autonomie », « les convictions », « la maternité », les « activités mutualistes » et les « opinions philosophiques ». Cette démultiplication, voire confusion entre motifs protégés, n'est pas pour eux sans incidence. En effet, d'une part, comme nous proposons de le voir à présent, en faisant le pari d'un traitement segmenté et discret, elle empêche tant le juge que le législateur d'appréhender des situations plus complexes de discrimination ; elle peut, d'autre part, et de surcroît, induire des hiérarchies implicites en matière de lutte antidiscriminatoire, qui tant impactent l'action contentieuse que brouillent les stratégies des acteurs économiques.

Pour commencer, d'un point de vue juridique, les raisons des différences de traitement entre critères prohibés n'ont rien d'évident. Afin de proposer un début d'explication, les auteurs rappellent l' « hypothèse ontologique » : à « l'inhérence », c'est-à-dire une « naturalité » socialement construite de certaines (sexe, « race »), ou encore le fait qu'elles soient le fruit d'une assignation collective (âge, origine, religion), s'oppose la dimension transitoire, voire même « choisie » de certaines autres catégories (activités syndicales, opinions politiques, etc.). D'après d'autres propositions typologiques, il serait également opportun de distinguer entre motifs qui concernent « la dignité humaine » et ceux, étant davantage affaire de « liberté ». Sans être pleinement convaincantes (par

⁵ Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

⁶ <http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/la-lutte-contre-les-discriminations-a-lepreuve-de-son-effectivite/>

exemple, pourquoi la religion relèverait-elle de l'« inhérence » plutôt que du choix ? ; inversement, pourquoi l'« apparence physique » ne rentre-t-elle pas dans le premier ensemble ?), ces analyses ont le mérite de souligner une normativité implicite, sans doute pas étrangère à des considérations sociologiques de jugement de valeur et de représentations, dont la lourde conséquence n'est autre qu'une lisibilité et une efficacité réduites du dispositif antidiscriminatoire.

A l'instar du droit européen, le droit français a adopté une approche catégorielle des discriminations, souhaitant déterminer *a priori* les groupes ou les situations « à protéger »⁷. Mais l'approche universaliste du principe d'égalité dans la doctrine républicaine, qui en favorise une conception formelle (Champeil-Desplats, 2016 : 47), semble avoir amplifié cette tendance : l'on recherche la formulation exacte et exhaustive, plutôt qu'une application contextuelle, faite au nom d'une plus grande effectivité. Par le choix de la « précision du texte », au détriment de celui de l'« audace du juge » (FIND, 2016 : 24), le dispositif juridique français, serait en retrait sur des situations plus complexes de discrimination. Héritée d'une intégration progressive des motifs prohibés, l'approche catégorielle et compartimentée fait l'impasse sur les discriminations multiples, intersectionnelles ou cumulées.

Cette situation est contrastée avec l'approche canadienne, affranchie du « carcan des motifs énumérés » (ibid. : 27). Le concept d'intersectionnalité et le raisonnement contextualisé qui l'accompagne s'y déploient dès le milieu des années 1990. Côté français, la conception du droit antidiscriminatoire contraint les plaignants à fixer leurs expériences dans des catégories isolées et prédéterminées (Lanquetin, 2009). Côté canadien, la perspective intersectionnaliste exige une prise en considération des interactions entre ces ordres de catégorisation, considérés comme mutuellement constitutifs. D'autres études soulignent dans le cas français la réversibilité des catégories (Serverin & Guiomard, 2013)⁸, leur défaut d'exclusivité, le fait que beaucoup n'ont pas encore ou peu fait l'objet de jurisprudence (Duflos & Hidri Neys dans ce dossier). Aussi, des propositions de simplification (Bossu, 2014) ou de « consolidation » (Médard Inghilterra dans ce dossier), ne manquent d'accompagner cette étude critique de la légistique antidiscriminatoire.

1.2 Les hiérarchies inversées de la diversité en entreprise

Mais la compartimentation normative qui conduit à un traitement segmenté, a aussi pour corolaire une hiérarchie entre critères prohibés. Stigmatisée déjà à la suite des directives communautaires intervenues en 2000 et des transpositions qui ont suivies (Borillo, 2003 ; Doytcheva, 2009), celle-ci était appelée en théorie à s'estomper, sous les effets des transpositions nationales, allant dans le sens d'une égalisation des protections renforcée (De Schutter, 2008). Or le constat est aujourd'hui réitéré, tant sur le plan juridique (Cour de cassation, 2008 ; Médard Inghilterra, 2018), qu'en ce qui concerne les

⁷ L'expansion du principe de non-discrimination semble en revanche limitée en droit européen, qui en reconnaît huit principales catégories : le sexe, la « race » ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle (art. 13 du Traité d'Amsterdam).

⁸ C'est le fait par exemple des décisions qui mobilisent le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'intérêt des pères qui réclament les avantages des mères. Dans le corpus étudié c'est le cas d'environ un quart des arrêts « genrés » (Serverin & Guiomard, 2013, voir aussi *infra*).

démarches propres des acteurs sociaux, dont les politiques offrent non sans paradoxe une « image inversée » des hiérarchies juridiques de la non-discrimination.

Nous avons par ailleurs montré (Doytcheva 2009, 2010), comment les acteurs sociaux et les entreprises en particulier, se saisissent de ce flou entourant le droit des discriminations, travaillent les incohérences juridiques, en préconisant des approches « tactiques », « sélectives » ou « progressives » de la diversité. Nous avons en particulier souligné leur rapport ambivalent à la règle de droit : alors que la conformité légale est dans un premier temps rejetée comme fondement de l'action entrepreneuriale (parce qu'associée à la notion de contrainte, perçue comme contre-productive, étrangère à la « culture d'entreprise » et « culpabilisante »), la mise à distance de l'ordre juridique s'accompagne dans un second temps de son instrumentalisation pratique, afin de démultiplier les champs d'intervention, puis choisir entre des sujets définis comme « prioritaires »⁹. Malgré l'avènement d'un nouvel environnement juridico-politique dont ils observent le développement au début des années 2000, les acteurs économiques estiment qu' « *il n'y pas non plus d'épée de Damoclès au dessus de leurs têtes* ». Ce sont plutôt des risques de « réputation » et d' « image » qui les poussent à la fuite en avant, vers des politiques *proactives*, qui s'adosent à des enjeux économiques et font grand cas des stratégies de communication.

1.3 *Soft et hard-law* : « *Wrestling ground* ou pas de deux » ?

Alors que la logique même d'une telle bi-partition est très rarement interrogée, ce qui attire de plus en plus l'attention est l'articulation problématique de cette double stratégie d'intervention : entre *hard* et *soft-law*, *wrestling ground* (lutte à terre) et « pas de deux », pour reprendre la formule proposée par deux chercheurs qui se sont penchés sur l'instrumentation des politiques antidiscriminatoires en France (Gribling & Smith, 2017). En effet, alors que la régulation est appelée en théorie à renforcer l'application de la règle juridique, en se portant garante du respect de la réglementation et en élargissant son champ de contrôle par les pouvoirs publics (Alaktiff & Doytcheva, 2018)¹⁰, la priorité donnée aux logiques marchandes dans ce contexte ne finit-elle pas par détricoter la normativité intrinsèque de la loi ?

Réputés pour leur « efficacité », les dispositifs de *soft-law* – prix, trophées, chartes, normes techniques (labels, certificats ou standards) - sont des instruments dépolitisés d'action publique, qui opèrent un décentrage des sujets, dont il s'agit de traiter toujours plus du point de vue de l'entreprise, des actionnaires, des marchés..., dans des perspectives non nécessairement congruentes avec les objectifs d'équité. Le développement de cette *smart regulation*, qui accompagne en France comme ailleurs le tournant néolibéral, participe d'une tendance plus large de retrait de l'Etat, de montée des régulations privées, où priorité est donnée à la *négociation économique*, au

⁹ Nous avons notamment montré différentes procédures de justification et ordres de légitimation permettant de catégoriser de manière différentielle les champs de la diversité: « sexe » et « âge », car il s'agit de catégories « nombreuses », qui concernent le plus de salariés ; « handicap », car « cela touche la corde sensible des collaborateurs » (Doytcheva, 2009), etc.

¹⁰ Selon l'AFNOR (Association française de normalisation), une norme est « un outil de politique publique qui constitue un complément de la réglementation ». Ces normes techniques forment néanmoins des instruments « dépolitisés » d'action publique, qui masquent la domination exercée dans ce domaine par les acteurs économiques, chargés de la sorte d'« auto-réguler » leurs pratiques, dans une logique de « *self-service* et d'auto-production de certificats de bonne conduite » (Borraz, 2004 ; De la Broise & Lamarche 2016, cités in Alaktiff & Doytcheva, 2018).

détriment d'une gouvernance démocratique, des objectifs d'action publique ou de légalité.

Mais, alors que dans d'autres contextes nationaux, la logique incitative sur laquelle reposent les politiques en faveur de la diversité fait suite à des programmes d'intervention plus coercitifs et à un processus de judiciarisation au long cours de l'action antidiscriminatoire, c'est en l'absence de tout socle stabilisé de politique publique, ainsi que d'une stratégie contentieuse affirmée (Helly & Doytcheva, 2011), qu'en France on donne cours à cette logique. Les effets délétères n'en seront que décuplés : comme le montre la littérature scientifique, ils riment avec contournement, instrumentalisation des objectifs d'action publique, « auto-production » par les entreprises de « certificats de bonne conduite ». Allant jusque, y compris, à brouiller aujourd'hui l'existence et l'incidence mêmes de la norme juridique antidiscriminatoire (Médard Inghilterra, 2018 ; Gribling & Smith, 2017).

Les politiques en faveur de la diversité opèrent sans cesse des débordements par rapport au dispositif juridique antidiscriminatoire, tant dans la définition des critères protégés que de la logique même de l'action : obligation *versus* volontariat ; égalité de traitement *versus* développement durable, etc. Mais la prolifération de normes techniques ces dernières années n'a pas seulement marqué la mise à distance ou le dévoiement de l'ordre juridique antidiscriminatoire. Plus, par un effet de boucle et de rétroaction, elle semble avoir contribué au bilan actuel d'un manque de cohérence, voire à l'idée un tant soit peu répandue de l'absence d'effectivité. Aussi, plutôt que la représentation commune d'une réponse « managériale » au nouvel environnement juridico-institutionnel antidiscriminatoire, c'est une relation plus subtile qu'il convient d'envisager entre sanction légale et politiques entrepreneuriales, où ces dernières peuvent potentiellement détricoter ou subvertir la logique de l'ordre juridique. Plus qu'il n'est « managérialisé », celui-ci se trouve menacé d'être évacué ou de devoir s'effacer, au diapason de processus plus vastes de la gouvernementalité néolibérale, axés avant tout sur une « normalité sociale »¹¹.

2. La dépendance procédurale : quels forums judiciaires pour la lutte antidiscriminatoire ?

En effet, force est de constater que l'exercice de l'action en justice contre les discriminations continue à se heurter aujourd'hui à de nombreux obstacles. Ceux-ci proviennent à la fois de la méconnaissance du droit par les justiciables, du coût de l'action, des difficultés tenant à la production de la preuve. En matière de droit des discriminations, cette dernière revêt un caractère essentiel et hautement stratégique (Cluzel-Métayer & Mercat-Bruns, 2011 ; Bossu, 2014 ; Latraverse dans ce volume). L'aménagement de la charge de la preuve introduit par la directive 2000/43, sur le modèle de la jurisprudence communautaire en matière d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes, a permis de partager le fardeau probatoire entre le plaignant et la partie défenderesse, en l'occurrence l'employeur, en renvoyant à celui-ci, sur la base

¹¹ Plutôt que sur l'édiction d'une norme, celle-ci est basée en effet sur la perception de ce qui est « normal », c'est-à-dire répandu, accepté, toléré... dans la société, et qu'il s'agira donc de généraliser. Voir sur ces notions et distinctions analytiques entre norme, *normation*, normalité et normalisation Foucault (2004 : 64 et sq.).

d'une présomption, l'obligation de prouver que la pratique litigieuse repose sur des éléments « objectifs » et non discriminatoires. Cette provision phare du dispositif juridique antidiscriminatoire ne concerne cependant que la matière civile. En droit pénal, c'est le principe de présomption d'innocence qui l'emporte. Dans bien des situations, comme nous le verrons, et malgré tout l'attrait qu'elle continue à juste titre à exercer, la réponse pénale est apparue inadaptée en matière antidiscriminatoire au cours des dernières années.

2.1 La réponse pénale

Elle fut initiée en France dès 1972 et la première loi qui, nous l'avons vu, introduit la notion de discrimination, interdisant *inter alia* les discriminations raciales. Dans un contexte marqué par l'importance des luttes antiracistes et l'influence des organisations internationales, porteuses d'une vision universaliste des droits humains (Fassin, 2016), le texte opère un marquage idéologique fort par le recours au droit pénal, lesté de poids symbolique. Ailleurs dans le monde, aux Etats-Unis comme au Canada, on observe l'absence de tel traitement pénal des discriminations, en particulier en emploi. D'autres pays européens que la France associent néanmoins la discrimination à une responsabilité pénale : il en va ainsi de la Belgique, des Pays-Bas, du Portugal, ou de la Finlande, parmi d'autres¹².

Ses origines pénales ont fortement marqué le droit des discriminations, au point où certains en perçoivent l'influence y compris en matière de procédure civile en France (Suk, 2008). En 2004, le rapport Stasi souligne que la justice pénale est encore privilégiée dans les stratégies contentieuses, alors que procès civils ou administratifs jouent un rôle restreint. La volonté des associations, qui se constituent partie civile, de tirer parti de la dimension symbolique et de l'impact médiatique du procès pénal participe de cet attrait (Stasi, 2004 : 37)¹³. En dépit d'une progression relative, le nombre de condamnations demeure faible¹⁴. Pour le rapporteur, c'est que la réussite de l'action se heurte à des difficultés de fond : absence de formation des magistrats, mais aussi de la police judiciaire, faiblesse des sanctions qui diminue leur portée dissuasive, coût pour la victime, tant financier qu'humain et psychologique. Ces chiffres des condamnations ont hélas peu évolué les dernières années : le rapport annuel de la CNCDH en recense 9 pour discrimination à caractère raciste en 2011¹⁵. Mais les sanctions en emploi sont encore plus rares, le classement des plaintes est fréquent, le plus souvent pour preuve insuffisante.

En effet, si la preuve est dite libre en matière pénale ce qui permet l'utilisation de moyens non conventionnels (enregistrements, informations acquises de façon « illicite ») que n'admet pas la procédure civile, l'absence d'aménagement du fardeau

¹² Comme en France, la plupart de ces provisions pénales font suite à la ratification au début des années 1970 de la « Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale » (ONU, 1965 : ratifiée par la France en 1971). Voir ECRI (Commission européenne contre le racisme et l'intolérance) :

https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/legal_research/national_legal_measures/

¹³ Thomas S. (2005), *Rapport d'analyse des affaires récentes de discrimination à l'embauche poursuivies par SOS Racisme*. Au moment de la remise du rapport, le président de SOS prend position en faveur de l'action pénale, alors que, comme le note Suk (2008), le site de l'association ne fait pas même mention de la possibilité d'une action civile.

¹⁴ 3 en 1997, 7 en 1999, 16 en 2000, 12 en 2001 et 29 en 2002 (Stasi, 2004 : 37).

¹⁵ 9 en 2012, 7 (2013), 14 (2014), 7 (2015), cf. CNCDH (2016 : 185, 250).

probatoire, et l'importance de la notion d'intention propre à la justice pénale¹⁶, y restreint considérablement la définition de la discrimination aux seules formes intentionnelles et directes. Un terrain peu propice donc au développement du contentieux que la création en 2007 de pôles anti-discrimination au sein des parquets n'a pas fondamentalement modifié. D'autant que la discrimination en matière d'emploi y est restreinte à seulement quelques sujets couverts par le Code pénal (Latraverse, 2018).

Des chercheurs mettent en garde toutefois ces dernières années contre un « renoncement guidé par l'excès de pragmatisme ». On ne peut totalement écarter, écrivent-ils, que des considérations étrangères à la politique antidiscriminatoire, liées au manque cruel de moyens dont souffre la justice, soient à l'origine de la rareté de la sanction pénale (FIND, 2016 : 116). Malgré les spécificités procédurales, il n'est pas interdit de penser un « dispositif idéal » de lutte contre les discriminations. De même, la responsabilité en matière discriminatoire n'est intrinsèquement ni civile, ni pénale, ce qu'importe donc davantage est de trouver un moyen d'interaction entre ces différents régimes et branches du droit (Suk, 2008). Pour certains, des possibilités d'alléger le fardeau de la preuve en droit pénal seraient envisageables (Touillier, 2016; GELD, 2000 : 50). En attendant, c'est la voie civile qui a vu ces dernières années l'accélération du rayonnement de ce nouveau droit en France (Latraverse, 2018).

2.2 La voie civile

Les premières provisions en droit du travail contre la discrimination sont en France postérieures de dix ans¹⁷. Dès le départ, et à la différence de la centralité de la question du racisme en droit pénal, en matière sociale, les discriminations raciales sont saisies de façon incidente, à l'intérieur d'une règle générale et parmi d'autres motifs prohibés (sexe, situation de famille, opinions politiques, religion, handicap). C'est d'ailleurs le contentieux pour discrimination syndicale qui permettra à cette voie civile de s'affirmer. Même si, comme le remarque Julie Suk, ironiquement, les recours commencent à réellement se développer seulement après la loi du 16 novembre 2001, conçue en transposition de la directive « race » (Suk, 2008 : 1330).

En matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, le principe de l'aménagement de la charge de la preuve est, nous l'avons vu, antérieur aux directives européennes intervenues en 2000¹⁸. L'action contentieuse avant 2005 reste cependant peu importante : en droit « continental » et dans la théorie judiciaire de la procédure civile en France en particulier, on ne peut faire sa preuve en demande avec les éléments de la partie adverse. Y compris après transposition des directives européennes, les juges

¹⁶ En effet, comme le stipule l'art. 121-3 du Code pénal, « il n'y a point de crime ou de délit sans l'intention de le commettre ».

¹⁷ Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, dite « loi Auroux ». Elle transpose la directive 1976/207 en matière d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes en emploi.

¹⁸ Voir la directive 1997/80 du Conseil qui codifie la jurisprudence communautaire (principalement arrêts Danfoss du 17/10/1989 en application de la directive sur l'égalité de rémunération 75/117 et Enderby du 13/12/1993 en application de la directive 1979/7 sur l'égalité en matière de protection sociale) en matière de preuve de discrimination à raison du sexe. Dans un arrêt important du 23 novembre 1999, la Cour de cassation a directement appliqué ces nouvelles dispositions, en les étendant dès 2000 à la discrimination syndicale, avant même que la loi de 2001 ne les ait transposées.

continuent à faire une « application exigeante » de l'aménagement du risque probatoire (Stasi, 2004 : 38). En 2006, la chambre sociale de la Cour de cassation enregistre 139 décisions en matière de discrimination, en « constante augmentation » (Cour de cassation, 2008 : 89), même si celle-ci « semble moins exponentielle qu'on aurait pu le penser »¹⁹. Ces pourvois aboutissent aussi de manière beaucoup plus importante que les autres à des décisions de rejet : à peine 15 % des décisions en matière de discrimination aboutissent à une cassation (contre 43% en moyenne devant la chambre sociale en 2007). La discrimination y est d'ailleurs plus souvent formulée à titre accessoire, et non principal.

L'incomplétude des facilités probatoires transparaît à travers différentes modalités de preuve, admises mais peu usitées. Les tests de situation, dont la valeur a été actée sous conditions par la chambre criminelle de la Cour de cassation en 2000 et 2002, puis entérinée par la loi pour l'égalité des chances en 2006²⁰, semblent utiles mais non suffisants. Un « flou » entoure la comparaison, censée mettre en évidence le caractère discriminatoire d'une pratique ou d'une décision²¹. Alors que le raisonnement statistique est au cœur du concept de discrimination, peu d'affaires mobilisent de tels instruments (FIDN, 2016 ; Serverin & Guiomard, 2013). Faisant le constat de la rareté des actions contentieuses, le législateur a récemment introduit une action de groupe en matière de lutte contre les discriminations (Sciberras, 2015 ; Guiomard, 2016)²², dont les effets semblent néanmoins attendus avec circonspection. Dans l'actualité immédiate, les « ordonnances Macron » qui prévoient un plafonnement des indemnités prud'homales en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse pourraient-elles, comme l'affirment des avocats spécialisés, conduire à une « explosion du contentieux pour harcèlement et discrimination » ? (qui ne prévoit pas de tel plafonnement)²³.

Le constat d'un manque d'attractivité de l'action en justice perdure pourtant. L'inactivité des syndicats (Bossu, 2014), l'« habitus du juge » (Champeil-Desplats, 2016 ; Andolfatto et al., 2016), mais aussi du professionnel du droit (Leborgne, 2018) font partie des raisons invoquées : plutôt que la non-discrimination, c'est la « rupture d'égalité » que plaident la plupart des affaires recensées. Ces résistances se font particulièrement explicites chez le juge administratif, qui sait se montrer sceptique à l'endroit de ce « nouveau droit », « individualiste et revendicatif », importé de l'Union européenne, et de conception « anglo-saxonne » (Andolfatto et al., 2016 : 79).

En effet, la vision formelle de l'égalité peut concurrencer l'intégration de la logique juridique de lutte contre les discriminations, même si des interprétations différentes existent à ce sujet dans la doctrine²⁴. Au moment de la qualification, les juges préfèrent ou ont pris l'habitude, en raison des formations initiales, d'une routine professionnelle,

¹⁹ Trois principaux griefs sont invoqués : la discrimination syndicale, le non-respect du principe à « travail égal, salaire égal » ; l'inégalité dans l'attribution des avantages. A elle seule, la « discrimination syndicale » représente 30% des pourvois.

²⁰ Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances.

²¹ La définition de la discrimination directe introduite par la loi du 27 mai 2008 met en avant cette dimension comparative, interdisant la différence de traitement, sur la base d'un motif prohibé, à raison de la quelle « une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable ».

²² Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

²³ « Harcèlement, discrimination : vers une explosion du nombre de plaintes ? », *Focus RH*, 18.10.2017, en ligne.

²⁴ Respectivement, « continuiste » et « discontinuiste » (Andolfatto et al., 2016 : 23)

de recourir à des catégories juridiques plus générales : « rupture de l'égalité de traitement » (voir *infra*), « abus de droit », « ordre public » ou plus récemment « haine raciale », « dignité », etc. Des cas qui auraient pu être traités sur le fondement de la non-discrimination le sont plutôt à l'aide d'autres catégories (Cour de cassation, 2008 ; Champeil-Desplats, 2016 ; Andolfatto et al., 2016).

En droit du travail, à partir de l'analyse d'un échantillon d'arrêts extraits de la base JURICA pour la période 2007-2010, Evelyne Serverin et Frédéric Guiomard (2013)²⁵ montrent que le référentiel normatif des discriminations y est concurrencé par celui de l'égalité (« égalité de traitement », « à travail égal, salaire égal »). Alors que ce dernier se caractérise par sa très grande généralité (42% du corpus analysé), la non-discrimination se présente moins comme un principe, que comme une règle énoncée critère par critère. Une hiérarchie et un « jeu des listes » (voir *supra*) compliquent encore la tâche des professionnels, appelés à « construire » et non seulement à appliquer le droit. Les affaires fondées sur des motifs de discrimination ciblée ne sont que 24% des arrêts, dont 6% pour « état de santé », 6% liées au « sexe » et 11% pour un ensemble composite de 14 autres motifs. Les salaires, concluent les auteurs, « semblent se situer plus facilement dans une problématique d'égalité au regard *de ce qu'ils font*, que comme « victimes » de discriminations en raison *de ce qu'ils sont* » (ibid.: 165).

D'autant que dans l'ensemble des arrêts analysés la place de ce type de contentieux (discrimination et égalité) est marginale avec seulement 30% des litiges qui l'indiquent à titre principal. 70% parmi eux sont individuels, seul le secteur de l'égalité femmes-hommes présente un caractère collectif. Dans 65% des cas les salariés sont perdants sur le motif spécifique²⁶. Si la différence se creuse entre les prud'hommes et le juge professionnel, cela « ne suffit pas à inverser la tendance », estiment les auteurs, concluant de manière convergente avec d'autres études empiriques « à une difficulté plus grande à gagner sur des demandes relatives à la discrimination ou à l'égalité », dont l'origine semble tenir principalement pour eux aux à la preuve. Incluant une période plus récente, le rapport réalisé sous la direction de Bernard Bossu (2014) sur le contentieux de la discrimination devant les cours d'appel, montre un pourcentage d'échec moins important, puisque 47% des décisions étudiées reconnaissent l'existence d'une telle discrimination dans les relations de travail²⁷. Le rapport souligne cependant la rareté, voire l'inexistence de contentieux sur certains critères, le manque d'interventions volontaires de la part des syndicats, l'absence d'actions en substitution, etc.

²⁵ 7544 arrêts ont été extraits de JURICA, base de données exhaustive des arrêts d'appel pour la période 2007-2010, à partir des mots-clés « discrimination » et « travail égal ». Parmi eux, un échantillon de 2204 arrêts a intégralement analysé. Ces affaires représentent néanmoins une part très faible du contentieux prud'homal, autour de 2%, avec un pic à 3,29% en 2009.

²⁶ Les perdants sont néanmoins moins nombreux que la moyenne dans les revendications en matière syndicale (45%), et les gagnants sont même majoritaires en ce qui concerne l'égalité femmes-hommes (65%). En revanche, les perdants atteignent 84% pour l'égalité de traitement, autre que rémunération (2013 : 165).

²⁷ Celle-ci engage principalement les « discriminations syndicales » (46% des décisions), le genre (24%), l'« état de santé » (14%), l'âge 6%. Les griefs portent d'abord sur le retard d'avancement de carrière (35%), puis le licenciement (23%). L'étude repose sur un corpus de 1578 arrêts analysés, couvrant la période 2006-2013.

2.3 Portée des stratégies judiciaires

Inexistante il y a trente ans, la problématique de la lutte contre les discriminations semble ainsi aujourd'hui avoir irrigué l'ensemble des champs du droit (social, pénal, commercial, civil, de la fonction publique). Mais bien que les textes sont foison, elle laisse aussi un « goût d'inachevé » (FIND, 2016 : 45). Si la reconnaissance juridique des discriminations a en France progressée, la volonté du législateur ne semble avoir atteint qu'imparfaitement son but : que ce soit dans le domaine social face aux discriminations multiples, en matière probatoire, de sanctions, dans la préparation des juges a ce type de contentieux, tout se passe comme si, au moment où son institutionnalisation en droit français arrive a maturité, la lutte contre les discriminations se trouve confrontée a l'épreuve de son effectivité.

Ces constats empiriques sont néanmoins en partie partagés par d'autres études portant sur le contentieux de la discrimination en emploi, notamment aux Etats-Unis, où celui-ci apparaît également dominé par les actions individuelles, faisant état d'un préjudice spécifique, plutôt que par des logiques plus politiques, visant à dénoncer des règles discriminatoires. Parmi elles, les plus récentes montrent que seulement 6% des actions initiées en justice arrivent devant les tribunaux (Berrey et al., 2017), et que 4% environ donnent lieu à des réparations (Sperino & Thomas, 2017)²⁸. D'autant que, une autre incertitude pèse sur ces prospectives, indépendante elle des contextes nationaux, qui concerne la capacité de la stratégie judiciaire à faire advenir à elle seule l'égalité des chances au travail.

Aux Etats-Unis où la voie judiciaire a été privilégiée comme réponse principale, même si non exclusive, de lutte contre les discriminations, ces études récentes tirent la sonnette d'alarme quant à sa capacité très imparfaite à s'attaquer aux ordres de domination qui informent les pratiques discriminatoires. Plutôt que de les déstabiliser ou subvertir, les dispositifs en faveur de l'équité semblent « réinscrire » des mécanismes discriminatoires, en entreprise comme au tribunal. Ce n'est plus telle « bonne pratique » qui se trouve par ricochet porter entrave à la reconnaissance du préjudice subi par les salariés (Krieger et al. 2015, cité par Doytcheva, 2015), c'est l'ensemble du système antidiscriminatoire, y compris dans ces fondements judiciaires et juridiques, qui est soupçonné d'implicitement reconduire les hiérarchies et ordres statutaires. D'où la nécessité, écrivent les auteurs, de compléter l'action judiciaire par des programmes sociaux et politiques d'envergure, qui puissent s'attaquer aux fondements même des inégalités²⁹.

3. Les habits « neutres » de la diversité au travail

Or, en la matière, c'est l'extrême prudence qui marque l'action des pouvoirs publics au cours des dernières années en France. Après la « charte de la diversité », l'avènement du label éponyme n'a pas apporté le remaniement attendu des rapports de force dans le champ, voire a consacré ceux issus des impulsions initiales, penchant très largement

²⁸ Par un raisonnement analogique, on peut confronter ces chiffres à ceux des réclamations reçues et instruites par le DDD en France, dont environ 5% vont chaque année et en parallèle au procès. A noter qu'il s'agit ici d'affaires de discrimination tous champs confondus, et non seulement en emploi (voir Latraverse dans ce volume).

²⁹ Voir notre compte rendu dans ce volume.

nous l'avons vu en faveur des intérêts et « libertés » entrepreneuriales. Depuis, la réalisation de *testings* à répétition a du mal à cacher le manque de vision et perspective en matière de politique publique, derrière les déclarations de principes et d'intention. En matière de politique publique de lutte contre les discriminations au travail, l'Etat s'est dessaisi de ses prérogatives au profit du monde économique, cependant qu'aucun signal décisif n'émerge de ce « marché de la diversité », qu'il a également et au demeurant substantiellement financé.

3.1 Pédagogie versus contrainte : quel positionnement pour les acteurs de la diversité au travail ?

En effet, lancée en 2004 et signée aujourd'hui par plus de 3600 organisations, la charte fut très souvent critiquée pour son absence d'objectifs et plus encore de résultats mesurés. Si elle a été à l'origine de la révolution idéologique du *business case* (Bereni, 2009) et de celle de la *diversité générique* (Doytcheva et al. 2008 ; Doytcheva, 2009), cette action n'a que peu apporté à la réalité des programmes des acteurs économiques, au-delà des enjeux d'image de communication. Le label conçu avec le soutien des pouvoirs publics et décerné depuis 2008 par l'AFNOR, non seulement n'a pas modifié ces tendances et les stratégies des firmes, mais semble au contraire les avoir *normalisées*, via l'édiction d'une norme « technique », qui de fait valide les démarches sélectives et à « géométrie variable » des entreprises. Intéressées par cette *smart regulation* quand cela leur apporte un « mieux disant social », les firmes sont à nouveau frileuses dès qu'il s'agit de sortir de la communication : les audits sont « chers », la procédure « chronophage », la démarche non-productive et la commission de normalisation de l'AFNOR, réputée « rabat-joie » (Alakiff & Doytcheva, 2018). En 2015, 380 organisations sont en tout labellisées, indiquant ainsi une progression en « stagnation » que le gouvernement souhaite « redynamiser »³⁰.

C'est dans ce contexte perçu de stagnation et d'essoufflement des initiatives phares de la décennie 2000 – la charte, puis le label – qu'est installé, en octobre 2014, « le groupe de dialogue inter-partenaires sur la lutte contre les discriminations en entreprise », sous la responsabilité de Jean-Christophe Sciberras. Président de l'ANDRH³¹, association qui a co-piloté avec l'Etat la conception du label, il est investi de la mission de faire valoir une feuille de route sur ces questions, pouvant même conduire, prévoit-on à l'amont, à de nouvelles initiatives législatives. Pourtant, c'est dans une « démarche pédagogique » que la commission choisit d'installer ses travaux (Sciberras, 2015 : 13). Des actions très générales d' « information et de sensibilisation », de communication, puis de formation sont envisagées, dont la récurrence au cours des vingt dernières années ne peut manquer d'interroger (Doytcheva, 2015)³². Alors que la méthode du « CV anonyme » est officiellement écartée, c'est la pratique d'opérations de *testing* « à grande échelle » qui

³⁰ Voir notamment le rapport « Comment redynamiser le label diversité. Retours d'expérience des entreprises labellisées », remis au ministère de l'Intérieur et à celui du Travail en 2014, à la suite des travaux réalisés par une commission éponyme (Alakiff & Doytcheva, 2018).

³¹ Association nationale des directeurs de ressources humaines.

³² Outre la campagne nationale de sensibilisation (*cf. infra*) font partie des propositions : l'affichage de l'accord national interprofessionnel relatif à la diversité (2006) dans chaque entreprise ; la réalisation d'une plaquette d'information à destination des chômeurs par Pôle Emploi. A noter que ces mesures ne reçoivent pas l'aval du Défenseur des droits.

signe la nouveauté, appelée à « objectiver d'éventuelles pratiques discriminatoires » (Sciberras, 2015 : 13), pourtant déjà très largement documentées

Lancée conjointement par le ministère du Travail et celui de la Ville, l'opération produit des résultats médiatisés (DARES, 2016, voir aussi *supra*)³³. Or, plutôt qu'un instrument de connaissance ou de mesure de progression, le *testing* est un moyen probatoire, de manière privilégiée. Aussi, la plupart des études appuyées sur des *testings* préconisent : la réalisation d'autres *testings* (L'Horty, 2016). Une ligne d'action suivie par l'actuel gouvernement qui, engagé pour la « rénovation morale des banlieues », a récemment annoncé « un plan de lutte contre les discriminations à l'embauche dans les quartiers »³⁴.

En 2016, le MEDEF quitte pourtant la table des négociations au prétexte d'actions par trop coercitives³⁵. Il « claque la porte » à ce groupe, qui « tourne à l'accusation systématique des entreprises », et entreprend une « stratégie pro-active » pour contrer les conclusions, ainsi que « mettre en valeur les actions qu'il mène déjà »³⁶. Une confrontation ouverte donc avec les organisations du patronat, qui illustre à notre sens l'absence de consensus *a minima*, après bientôt quinze années d'action, où la *régulation économique* sur ces sujets l'a très largement emporté.

3.2 Quelle définition des compétences au service de la lutte contre les discriminations ?

La campagne nationale de sensibilisation pour « déconstruire stéréotypes et préjugés » fait partie, avec le *testing*, des mesures phares envisagées par la commission. C'est la notion de *compétences* qui dans ce contexte retient l'attention des pouvoirs publics, présentée comme un outil « neutre », par excellence objectif et technique, qui devrait permettre de rationaliser les processus de recrutement. A noter que, en amont, les praticiens de la diversité explorent déjà très largement cette piste (Doytcheva, 2011, 2015) : par des méthodes d'accompagnement personnalisées, des « ateliers d'image » et autres formes de « travail sur soi », intermédiaires de l'emploi privés et publics, clubs d'entreprises et professionnels des ressources humaines, s'attachent à réparer les écarts des minoritaires à une normalité managériale et sociale perçue en matière d'emploi.

Lancée en mai 2016, conjointement par les ministères du Travail et de la Ville³⁷, la campagne se déploie via une série d'affiches et interventions éponymes sur les réseaux sociaux. Intitulée « Les compétences d'abord », elle met en avant la notion de « compétences » comme remède présumé miracle à toute forme d'inégalité au travail. Comme l'écrit Emmanuelle Bruneel dans sa contribution au dossier, la notion est en France « sacralisée », devenue l'incarnation par excellence d'une norme qui se veut parfaitement « neutre » et universelle, dans une démarche de communication institutionnelle et en l'absence de toute réflexivité à l'égard des pratiques

³³ Voir aussi, « Discriminations à l'embauche : un *testing* accablant », *Libération*, 16.11.2016, en ligne.

³⁴ Voir notamment le discours présidentiel à Tourcoing, le 14.11.2017, très largement repris dans la presse.

³⁵ Rodier A., « Le Medef prône la pédagogie », *Le Monde*, 06.10. 2016, en ligne. Voir aussi, « Pourquoi la lutte contre les discriminations n'avance pas », *L'Express*, 17.11.2016.

³⁶ http://www.medef.com/fileadmin/www.medef.fr/documents/2016/Plaquette_Bilan_MEDEF_2016.pdf

³⁷ Voir par exemple : <http://www.cget.gouv.fr/actualites/contre-les-discriminations-a-l-embauche-la-loi-et-les-competences-d-abord> Ou encore sur le site du ministère du Travail : <http://travail-emploi.gouv.fr/grands-dossiers/lutte-contre-les-discriminations/discrimination>

professionnelles. Or, au croisement de la sociologie du travail et de celle du racisme et des discriminations, la pertinence et les limites de cette « catégorie pratique » que constitue la compétence méritent d'être questionnées. En occultant les dimensions avant tout sociales et relationnelles de la *valuation* des aptitudes individuelles, elle peut, utilisée de manière non critique, contribuer à reproduire, voire amplifier les biais qu'il s'est agi de corriger (Doytcheva, 2015). De fait, dans ces travaux de la diversité, d'autres notions que manient en parallèle les mêmes acteurs, dont celle par exemple de « risque psycho-social », sont bien utilisées en tant que marqueur racial, permettant de catégoriser certains *indésirables* en particulier (Quernez dans ce dossier).

Ainsi, tout comme le législateur et le juge manquent l'approche intersectionnelle des discriminations en privilégiant un traitement segmenté et discret, les praticiens de la diversité semblent ignorer celles indirectes et systémiques. Tout se passe comme si l'énoncé et la réaffirmation incantatoires d'une règle générale suffisaient pour en venir à bout des pratiques discriminatoires (Bruneel, 2018). Or, comme le montrent les travaux en psychologie sociale, enjoindre au public de ne pas discriminer peut être contreproductif (Legault et al., cité par Valfort, 2015) : poser une règle générale a hélas peu d'impact en matière de dissuasion, pour prévenir le risque discriminatoire.

3.3 Le blanchiment d'une diversité normalisée ?

Adossée à ces développements, mais pas seulement, s'énonce notre hypothèse d'un *blanchiment* de la diversité normalisée à la française (Doytcheva 2015, 2017) : celle-ci n'est pas pour les femmes voilées, peu en faveur de l'homosexualité, les immigrés, de surcroît clandestins, tendent bien souvent à en être exclus. Les politiques de la diversité « naturalisent » et domestiquent certaines formes de différence et d'altérité, mais pas toutes, au risque y compris de recouper des situations et des logiques discriminatoires³⁸. Aujourd'hui le « label diversité » n'est effectif que sur trois critères : âge, sexe et handicap, qui sont ceux étayées par des provisions juridiques. Il a peu influencé les pratiques des firmes, définies dans le cadre de démarches sectorielles spécifiques. Consultée en amont, l'AFNOR décourage les entreprises à certifier la diversité ethnoraciale. Dans les termes mêmes de la presse hexagonale, celle-ci est devenue « le parent pauvre » de la lutte antidiscriminatoire³⁹.

Mais les mêmes processus se lisent au prisme d'autres catégorisations : si la diversité valorise prétendument les « seniors », ce n'est qu'au prix de mieux les distinguer des « vrais vieux ». Car, en effet, à partir du moment où l'individu est perçu de manière privilégiée en termes de « capital humain », de « stock de compétences » ayant vocation à s'apprécier, une logique de tri et de sélection est introduite à l'intérieur même des dispositifs d'action, qui tend à reproduire les hiérarchies statutaires et de valeur qu'il

³⁸ S'ajoute à ces tensions ou dissonances une tendance à la *naturalisation des compétences* (Scheepers, 2013), tributaire d'une idéologie en termes de « dons », ou du fait qu'elles soient encore trop souvent appréhendées à partir de la métaphore du « moulage ». Or cela ne manque à nouveau d'amplifier les risques discriminatoires: car s'il existe des appartenances « transformables » en compétences, en inversant le sens des causalités, des (non-)compétences pourraient à leur tour se transformer en appartenances. Plutôt qu'un outil de lutte contre les discriminations, utilisées de manières non réflexive et non critique, ces catégories cognitives et d'action peuvent renfermer un danger important de *réification*.

³⁹ « Les discriminations ethniques au travail, un tabou très français », *L'Express*, 04.02.2016
https://www.lexpress.fr/emploi/business-et-sens/les-discriminations-ethniques-au-travail-un-tabou-tres-francais_1714756.html, consulté décembre 2017

s'est agi au départ de corriger. Or, comme l'affirme Danièle Lochak (2003), une fois reconnue l'impossibilité pratique d'éradiquer les discriminations dans le cadre du marché, il ne reste d'autre solution que de s'en affranchir, à chaque fois que la logique de marché entrave celle d'un égal accès.



Ainsi l'engagement des firmes en faveur de la diversité ne nuit pas à la reconduite des pratiques discriminatoires, comme l'illustre l'exemple de ces *managers* soucieux de prévenir un « risque psycho-social », qui en masque un autre, perçu comme « racial » (Quernez, 2018). Chez les professionnels même du droit, le référentiel de la non-discrimination demeure sous-utilisé, plus communément reconverti en égal « accès aux droits », accompagné d'une définition restrictive de la discrimination et de justifications admises en dérogation (Leborgne, 2018). En effet, en sortant du périmètre de quelques catégories protégées, qui semblent avoir été assorties de règles en matière de qualification des discriminations sur la base d'une jurisprudence, d'autres contiennent d'importantes zones grises. L'« apparence physique » en fait partie, tout en entretenant des liens étroits avec d'autres motifs prohibés, elle illustre la difficulté de la mise en œuvre d'une approche non seulement discrète et catégorielle, mais aussi intersectionnaliste et contextuelle des discriminations (Duflos & Hidri Neys, 2018). Raison de plus pour plaider une simplification ou « la consolidation » du droit des discriminations (Médard Ingilterra, 2018), dans un souci renouvelé de clarté et d'efficacité de la norme juridique.

Bibliographie :

- Alaktiff, J. & Doytcheva, M. (2018), « *Normation de la diversité en entreprise: Qu'en est-il des discriminations ethno-raciales ?* » à paraître.
- Andolfatto, D. et al. (2016), *Le principe de non-discrimination : l'analyse des discours*, Mission de recherche « Droit et Justice », Université de Bourgogne, 478 p.
- Bereni, L. & Jaunait, A. (dir.) (2009), « Usages de la diversité », *Raisons Politiques*, n°35.
- Berrey, E. C., Nelson, R. L. & Nielsen, L.B. (2017), *Rights on trial. How workplace discrimination law perpetuates inequality*, Chicago, UCP.
- Bruneel, E. (2018), « Quand montrer c'est ne pas dire : analyse sémiotique comparée de deux campagnes gouvernementales de sensibilisation aux préjugés », *Les Cahiers de la LCD*, n°6, pp.
- Borillo, D. (2003) (Ed.), *Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte.
- Bossu, B. (dir.) (2014), *Les discriminations dans les relations de travail devant les cours d'appel. La réalisation contentieuse d'un droit fondamental*, Mission de recherche « Droit et Justice », Université de Lille 2, 462 p.
- Champeil-Desplats, V. (2016), « De quelques obstacles conceptuels à la reconnaissance juridique des discriminations », in FIND, *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son efficacité*, pp. 44-60.
- Cluzel-Metayer, L. & Mercat-Bruns, M. (2011), *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparée de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation*, Paris, La Documentation française.
- CNCDH (2016), *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, Paris, La Doc. française.
- Cour de Cassation (2008), *Rapport annuel*, 482 p.
- DARES (2016), « Discrimination à l'embauche selon « l'origine » : que nous apprend le testing auprès de grandes entreprises ? », *DARES Analyses*, n°76, 6 p.
- DDD (2016), « Résultats de l'appel à témoignages : accès à l'emploi et discriminations liées aux origines », *Etudes et résultats*, 18 p.
- DDD/OIT (2017), « 10ème baromètre de la perception des discriminations dans l'emploi », *Etudes & Résultats*, 28 p.
- Doytcheva, M. et al. (2008), *De la lutte contre les discriminations ethno-raciales à la « promotion de la diversité ». Une enquête sur le monde de l'entreprise*, Université de Lille 3-DREES/MiRE.
- Doytcheva, M. (2009), « Réinterprétations et usages sélectifs de la diversité dans les politiques des entreprises », *Raisons Politiques*, n°35, pp. 107-124.
- Doytcheva, M. (2011), « Intermédiaires et "opérateurs de la diversité" dans les politiques des entreprises », *Sociologies pratiques*, n°23, pp. 57-68.

Doytcheva, M. (2015), *Politiques de la diversité. Sociologie des discriminations et des politiques antidiscriminatoires au travail*, Peter Lang, 2015, 196 p., coll. « Travail et société ».

Doytcheva, M. (2016), « Usages et mésusages des catégories territoriales : les risques d'un retournement idéologique des causalités », *Les Cahiers de la LCD*, n°1, pp. 51-66.

Doytcheva, M. (2018), « Diversité et super-diversité dans les arènes académiques : pour une approche critique », *Sociétés Plurielles*, n°2, en ligne.

Duflos, J. & Hidri Neys, O. (2018), « Entre perceptions accrues et recours marginaux : le paradoxe des discriminations à l'embauche selon l'apparence physique », *Les Cahiers de la LCD*, n°6, pp.

Fassin, E. (2016), « Race et histoire aujourd'hui », conférence à l'université d'Angers, en ligne.

FIND (2016), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son efficacité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, Mission de recherche « Droit et Justice », Université Paris X- Nanterre, 626 p.

Foucault, M. (2004), *Sécurité, territoire, population: cours au Collège de France, 1977-1978*, Paris, Hautes Etudes Gallimard-Seuil.

GELD (2000), *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, note n°2, octobre, 80 p.

Gribling, M. & Smith, M. (2017), « Wrestling Ground or 'Pas de Deux'? 'Hard' and 'soft' law approaches to Diversity in France », Working Paper.

Helly, D. & Doytcheva, M. (2011) « La Discrimination et la pluralité culturelle. Des objets de rhétorique des années 2000 en France », *Journal of International Migration and Integration*, 12(4), pp. 391-409.

L'Horty, Y. (2016), *Les Discriminations dans l'accès à l'emploi public*, rapport au Premier ministre, 103 p.

Lanquetin, M. T. (2009), « Égalité, diversité et... discriminations multiples », *Travail, genre et sociétés*, n°21, pp. 91-106.

Latraverse, S. (2018), « 20 ans de non-discrimination en France : du droit aux pratiques », *Les Cahiers LCD*, n° 6.

Leborgne, M. (2018), « La Justice face aux discriminations : les enjeux d'une reconnaissance », *Les Cahiers de la LCD*, n° 6.

Lochak, D. (2003), « Loi du marché et discrimination », in Borillo D. (Ed.) *Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte.

Médard Inghilterra, R. (2018), « Face à la fragmentation matérielle et formelle, plaider la consolidation du droit antidiscriminatoire en France », *Les Cahiers de la LCD*, n° 6.

Quernez, E. (2018), « Fournir les codes de l'entreprise à ceux qui en sont éloignés: Construction et mitigation d'un risque socio-racial », *Les Cahiers de la LCD*, n° 6, pp.

Sciberras, J.-C. (2015), *Rapport de synthèse des travaux du groupe de dialogue inter-partenaires sur la lutte contre les discriminations en entreprise*, 43 p.

Scheepers, J. (2013), *Logiques, formes et enjeux de l'ethnicisation des compétences professionnelles*, Thèse : sociologie, Université de Nice.

Serverin E., Guiomard F. (2013), *Des revendications des salariés en matière de discriminations et d'égalité. Les enseignements d'un échantillon d'arrêt extrait de la base JURICA (2007-2010)*, GIP Justice, U Paris X- Nanterre, 204 p.

Sperino, S. & Thomas, S. (2017), *How America's courts undermine discrimination law*, OUP.

Stasi, B. (2004), *Vers la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, Paris, La Documentation française, 129 p.

Suk, J. C. (2008), « Procedural Path Dependence: Discrimination and the Civil-Criminal Divide », *Wash. UL Rev.*, vol. 85 n° 6, pp. 1315-1371.

Touillier, M. (2016), « Réflexions sur l'opportunité d'étendre l'aménagement du fardeau probatoire en droit pénal », in FIND, *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son efficacité*.

Valfort, M.-A. (2015), *Les discriminations religieuses à l'embauche : une réalité*, Paris, l'Institut Montaigne, 142 p.